



La privation des droits civiques et politiques

L'apport du droit pénal à une théorie de la
citoyenneté

Camille Aynès

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de
l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques
de l'European University Institute

Florence, 21 septembre 2020

European University Institute
Département des Sciences juridiques

La privation des droits civiques et politiques
L'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté

Camille Aynès

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de
l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques
de l'European University Institute

Membres du jury

Pr. Loïc Azoulai, Sciences-Po Paris (Directeur de thèse)
Pr. Olivier Beaud, Université Paris II Panthéon-Assas (Co-directeur de thèse)
Pr. Xavier Pin, Université Jean Moulin (Lyon 3)
Pr. Christoph Schönberger, Université de Constance

© Camille Aynès, 2020

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite ou distribuée
sans la permission préalable de l'auteur

**Researcher declaration to accompany the submission of written work
Department of Law – Ph.D. Programme**

I Camille Aynès certify that I am the author of the work *La privation des droits civiques et politiques. L'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté* I have presented for examination for the Ph.D. at the European University Institute. I also certify that this is solely my own original work, other than where I have clearly indicated, in this declaration and in the thesis, that it is the work of others.

I warrant that I have obtained all the permissions required for using any material from other copyrighted publications.

I certify that this work complies with the Code of Ethics in Academic Research issued by the European University Institute (IUE 332/2/10 (CA 297)).

The copyright of this work rests with its author. Quotation from it is permitted, provided that full acknowledgement is made. This work may not be reproduced without my prior written consent. This authorisation does not, to the best of my knowledge, infringe the rights of any third party.

I declare that this work consists of <263 489> words.

I confirm that chapter 6 draws upon an earlier article I published "*La privation des droits politiques en France et aux États-Unis. L'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté*", in Beaud (Olivier) et Saint-Bonnet (François), *La citoyenneté comme appartenance au corps politique*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2020 (forthcoming).

I confirm that the conclusion draws upon an earlier article I published "*La citoyenneté politique dans l'Union européenne à l'épreuve de la sanction pénale de la privation des droits politiques*", *Revue trimestrielle de Droit européen*, n° 3, juill.-sept. 2019, p. 603-627.

31 december 2019



Résumé

Il est d'usage de considérer que la citoyenneté étatique, en tant qu'elle désigne une appartenance statutaire, est un concept de clôture qui implique l'inclusion aussi bien que l'exclusion. À rebours de la littérature dominante sur la citoyenneté en droit qui privilégie généralement sa dimension inclusive, cette thèse entreprend un renversement de perspective : elle se propose de théoriser la citoyenneté en creux, à partir de ses exclus, de définir autrement dit le citoyen par le non-citoyen. L'exclu étudié en droit français n'est pas la figure paradigmatique de l'étranger, mais celle du criminel déchu de ses droits politiques à la suite d'une condamnation pénale. Nous faisons l'hypothèse de la valeur heuristique d'une étude proprement juridique et non normative de la notion constitutionnelle de citoyenneté à partir du droit pénal en général, et des sanctions privant le condamné de ses droits de citoyen en particulier.

L'apport de cette recherche est double : il concerne à titre premier la citoyenneté dont on entend examiner les bénéficiaires, la nature (les valeurs) et le contenu matériel (les droits et les devoirs). Nous démontrons (1) que par différence avec la nationalité, la citoyenneté a historiquement une dimension axiologique et qu'elle protège la moralité publique. Cette affirmation semble de prime abord remise en cause aujourd'hui en raison de l'influence du droit des droits de l'homme sur la matière. Plus qu'à la substitution d'un modèle de citoyenneté à un autre, nous établissons (2) que l'on a affaire à une tension au cœur du régime actuel de la citoyenneté.

À titre second, nous contribuons en filigrane à une lecture de la démocratie en soutenant (1) que la lutte pour les droits politiques des derniers exclus de la nation (les condamnés et les « aliénés ») correspond moins à une revendication de *participation politique* qu'à une demande d'*inclusion sociale* ; (2) que le citoyen, dans cette lutte, tend à disparaître derrière le sujet de droit doté de droits opposables.

Mots clés : citoyenneté – droit pénal – droits civiques et politiques – dignité – suffrage universel – non-citoyen – Conseil constitutionnel – Souveraineté – contrat social – moralité publique – infraction politique – droits fondamentaux – démocratie – Révolution française.

Abstract

It is generally considered that State citizenship, as a designation of statutory membership, is a concept of enclosure that implies *inclusion* as well as *exclusion*. Contrary to the dominant literature on citizenship in law, which traditionally favours its inclusive dimension, this thesis undertakes a change of perspective: it proposes to theorize citizenship in terms of its exclusions, to define in other words the citizen by the non-citizen. The Excluded as studied in French law is not the paradigmatic figure of the foreigner, but that of the criminal who has been disenfranchised following a criminal conviction. We hypothesize the heuristic value of a strictly legal and non-normative study of the constitutional notion of citizenship based on criminal law in general, and on the sanctions depriving the convicted person of his or her rights as a citizen in particular.

The contribution of this research is twofold: *firstly*, it concerns citizenship, whose beneficiaries, nature (values) and material content (rights and duties) are to be examined. We demonstrate (1) that, unlike nationality, citizenship historically has an axiological dimension and that it protects public morality. This statement seems at first sight to be questioned today because of the influence of human rights law on the matter. More than the substitution of one model of citizenship for another, we establish (2) that we are dealing with a tension at the heart of the current regime of citizenship.

Second, we contribute to a reinterpretation of democracy by arguing (1) that the struggle for the political rights of the nation's remaining excluded categories (the criminals and the "insane" persons) is less a demand for *political participation* but for *social inclusion*; (2) that the citizen, in this struggle, tends to disappear behind the subject of law endowed with opposable rights.

Keywords: citizenship – criminal disenfranchisement – civil and political rights – dignity – universal suffrage – non-citizen – Constitutional Council – Sovereignty – social contract – public morality – political offense – fundamental rights – democracy – French Revolution.

À Christophe,

À mes parents,

REMERCIEMENTS

Ma reconnaissance la plus sincère va tout d'abord à mes deux directeurs de thèse, les Professeurs Loïc Azoulai et Olivier Beaud, sans lesquels ce travail n'aurait pu être mené à terme. Leur engagement, leurs conseils et leur soutien ont été constants. Ils ont dirigé ces recherches avec soin, rigueur et bienveillance. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma plus profonde gratitude. Je tiens ensuite à adresser mes remerciements aux membres du jury qui ont accepté de lire ce manuscrit et me font l'honneur de participer à la soutenance.

Cette thèse, qui a été financée par un contrat doctoral, a bénéficié des incomparables moyens humains, matériels et financiers que l'Institut Universitaire Européen de Florence met à la disposition de ses chercheurs. J'ai également été accueillie chaleureusement pendant ces années florentines au sein de l'équipe de l'Institut Michel Villey. Les discussions avec le Professeur Saint-Bonnet en particulier ont alimenté mes réflexions. Enfin, Vincent Bouhier m'a fait confiance pour que j'achève ma thèse en tant qu'A.T.E.R. en droit public dans sa faculté de droit, à l'Université d'Évry-Val-d'Essonne.

J'ai bénéficié de l'aide, aux Archives nationales de Pierrefitte-sur-Seine, de Caroline Piketty qui m'a gracieusement aidée à formuler des demandes d'accès à des documents du ministère de la Justice et du Conseil constitutionnel encore inaccessibles au public. La Sous-direction de la statistique et des études du ministère de la Justice et le Pôle d'évaluation des politiques pénales de la Direction des affaires criminelles et des grâces m'ont de leur côté donné accès à de précieux renseignements statistiques.

Je ne saurais enfin trop remercier mes parents, mes frères et sœurs, Christophe ainsi que mes chers amis de Fiesole, François-Xavier Millet, Mery Ciacci, Mathias Möschel, Philippe Reyniers, Antonio Marcacci, Keiva Carr, Janine Silga, et Katia Soboul.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Act. Jur.</i>	Actualités juridiques
Aff.	Affaire
<i>AJ</i>	Actualité jurisprudentielle
<i>AJDA</i>	Actualité juridique Droit administratif
<i>AJ Pénal</i>	Actualité juridique Pénal
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. Nat.	Assemblée Nationale
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
<i>Cah. dr. eur.</i>	Cahiers du droit européen
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
Déc.	Décision
<i>D.P.</i>	Dalloz périodique
<i>D. jur. gén.</i>	Dalloz jurisprudence générale
<i>Dr. pén.</i>	Droit pénal
<i>Dr. ad.</i>	Droit administratif
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>JCl.</i>	JurisClasseur
<i>JCP A</i>	La Semaine juridique édition administrative
<i>JCP G</i>	La Semaine juridique édition générale
<i>JORF</i>	Journal officiel de la République française
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne
<i>Lebon</i>	Recueil Lebon des décisions du Conseil d'État
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>Op. cit.</i>	Même référence déjà citée dans le chapitre
<i>Préc.</i>	Précité
<i>RDP</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel

<i>RFSP</i>	Revue française de science politique
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RTD Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD Eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>s.</i>	Suivant
<i>spéc.</i>	Spécialement
<i>t.</i>	Tome
<i>TA.</i>	Tribunal administratif
<i>Trib.</i>	Tribunal
<i>V.</i>	Voir
<i>Vol.</i>	Volume

Abréviation spéciale

<i>A.P.</i>	Archives Parlementaires de 1787 à 1860 (1 ^{ère} série de 1787 à 1799, 2 ^{ème} série de 1800 à 1860).
-------------	--

SOMMAIRE

PARTIE 1.

LES BÉNÉFICIAIRES DE LA CITOYENNETÉ :
LES CONTOURS DU CORPS POLITIQUE TRACÉS PAR LA LOI PÉNALE

Chapitre 1 – Droit pénal et nationalité : esquisse d’une généalogie des contours externes du corps politique

Chapitre 2 – Droit pénal et citoyenneté : la dernière forme d’exclusion à l’intérieur des frontières de la nation

PARTIE 2.

LA NATURE DE LA CITOYENNETÉ :
LA SUBSTANCE DU CORPS POLITIQUE DESSINÉ PAR LA LOI PÉNALE

Chapitre 3 – Les justifications traditionnelles de la déchéance des droits politiques

Chapitre 4 – Les valeurs protégées par la déchéance des droits politiques

PARTIE 3.

LE CONTENU DE LA CITOYENNETÉ :
L’ÉVOLUTION DE LA CONCEPTION DES DROITS POLITIQUES À L’ÉPREUVE DU DROIT PÉNAL

Chapitre 5 – Des droits appartenant au Souverain

Chapitre 6 – Des droits fondamentaux individuels appartenant au citoyen

INTRODUCTION

Dans son étude magistrale sur « L'institution de la majesté »¹, Yan Thomas a démontré comment, dans l'histoire de l'État romain, la construction de quelque chose d'équivalent à la souveraineté est passé par le détour de l'histoire du crime de lèse-majesté. Entreprenant une longue analyse de la majesté et du crime qui, lui étant associé, la définit en creux, l'auteur a mis en évidence l'introduction, par la sanction, d'un substitut à la souveraineté qui explique la réutilisation du terme de majesté par Jean Bodin. La criminalisation de l'atteinte à la majesté a fait entrer le concept dans le domaine proprement juridique et l'a institutionnalisé. Il convient de rappeler qu'à Rome, un système dans lequel on aurait eu affaire à une conception unitaire de la souveraineté aurait été dépourvu de sens dans la mesure où chaque organe tirait son pouvoir d'une source autonome. Il ne pouvait exister de souveraineté d'imputation – de toutes les décisions politiques à un centre unique. La souveraineté ne pouvait être pensée d'une manière positive. Une forme d'unité et d'indivisibilité de pouvoir et l'instauration d'une notion de grandeur ont pu être imaginées, mais par la voie négative. Le *crimen maiestatis* a introduit l'idée d'une plénitude sinon de la puissance, du moins du périmètre où la loi l'enclave. Ce n'était pas encore la plénitude en acte d'une somme de compétences, telle que devait la concevoir le droit monarchique à la fin du Moyen-Âge et au début de l'époque moderne. C'était une plénitude affirmée seulement comme intransgressible, à travers l'interdit. Le *crimen maiestatis*, pendant une très longue durée, est resté le rempart d'une grandeur constituée en droit par son inviolabilité même. La souveraineté ne s'est définie donc vraiment en toute rigueur que de façon négative, à la faveur de l'infraction pénale qui la mettait en cause.

Au-delà des riches enseignements que toute personne qui s'intéresse à la souveraineté peut en tirer, l'analyse de Yan Thomas a le mérite de souligner la fécondité d'une étude d'une notion relevant du droit constitutionnel à travers le prisme du droit pénal. Nous réclamant de son autorité, nous nous proposons d'analyser la notion constitutionnelle de citoyenneté à partir des sanctions pénales qui privent le condamné sinon de sa qualité de citoyen, du moins de certains de ses droits politiques ou civiques. Là où Yan Thomas interprète la souveraineté à partir de l'*infraction* – à partir autrement dit de la *violation* –, nous entendons mener une

¹ THOMAS (Yan), « L'institution de la majesté », *Revue de synthèse*, n° 3-4, juill-déc. 1991, p. 331-386.

enquête sur la citoyenneté à partir de la *sanction* – à partir autrement dit de la *privation*. Nous faisons l’hypothèse que, d’un point de vue proprement juridique, la citoyenneté se donnerait peut-être (aussi) à voir en arrière-plan, dans la privation de tout ou partie des droits civiques. Que ce serait peut-être aussi dans l’*exclusion* ou la restriction des droits de citoyen résultant d’une condamnation pénale et dans les justifications qui en sont proposées que se lirait la substance de la citoyenneté². Le rapprochement avec Yan Thomas connaît toutefois une limite. Dans l’Antiquité et au Moyen-Âge, la souveraineté qui n’existait pas encore en tant que pouvoir suprême unitaire ne pouvait être pensée *que* négativement. Tel n’est pas le cas de la citoyenneté que l’on peut définir positivement. N’était cette différence, il apparaît que le concept d’exclusion – qu’on le regrette ou le déplore – est tout autant inhérent à la citoyenneté étatique que ne l’est celui d’inclusion. Il est entendu que cette affirmation – comme la position adoptée plus généralement dans cette thèse – ne se veut *pas normative* (au sens où l’on approuverait une telle exclusion), mais *descriptive*. Si une approche consistant à étudier la notion de citoyenneté *en creux* à partir de ses exclus n’est pas la seule possible, elle semble donc se prêter fort bien à son objet.

C’est ce que Dieter Gösewinkel a mis en évidence dans son étude comparative de l’histoire de la citoyenneté aux XX^e et XXI^e siècles dans différents pays d’Europe. Ce dernier souligne que la citoyenneté (étatique) « était et est tout d’abord une appartenance statutaire, constitutivement orientée en fonction d’un *intérieur* et d’un *extérieur*, de l’*inclusion* aussi bien que de l’*exclusion* »³. Comme il est généralement admis, sinon expressément, du moins implicitement, la citoyenneté est un concept de « "clôture sociale" déterminant les limites à (ou l’exclusion de) la participation de certains extérieurs à certaines interactions »⁴. Cette notion de clôture est intrinsèque à la définition même de la citoyenneté qui désigne classiquement l’appartenance à une communauté politique et le droit qu’elle confère de participer directement ou indirectement à l’exercice du pouvoir politique. La citoyenneté est

² VINCENT (Jean-Yves), « Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice », in Geneviève KOUBI (dir.), *De la citoyenneté*, Lexis Nexis, 1995. Dans cet article, l’auteur évoque la nécessité d’adopter une « méthode négative et non plus positive, fractionnelle et non plus globale, qui se construit autour des exclus du droit de suffrage » pour penser la citoyenneté.

³ GOSEWINKEL (Dieter), *Schutz und Freiheit. Staatsbürgerschaft im 20. und 21. Jahrhundert*, Berlin, Suhrkamp Verlag, 2016, p. 611 (nous soulignons). Traduit et cité par COLLIOT-THELENE (Catherine), « Le citoyen et l’étranger », in Olivier BEAUD, François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020 (à paraître).

⁴ BRUBAKER (William Rogers), « Citizenship as Social Closure », in *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, 1992, p. 21-34 ; voir également LECA (Jean), « La citoyenneté entre la nation et la société civile », in Dominique COLAS, Claude EMERI et Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 479.

autrement dit le lien qui manifeste l'appartenance des individus à la communauté politique, appartenance entraînant la possession d'un ensemble de droits et de devoirs, d'un statut juridique qui fait de celui qui en bénéficie un citoyen. La citoyenneté ne saurait ainsi être conçue en droit indépendamment d'une communauté et d'une instance de référence⁵, lesquelles correspondent, dans la tradition républicaine, à l'État-nation. La ligne démarquant le citoyen du non-citoyen est celle-là même qui oppose au national l'étranger, celle de la nationalité. Dans la mesure en effet où la possession de la qualité de citoyen confère à son titulaire un droit de participer à l'expression de la souveraineté nationale, seuls les membres de la nation peuvent en être titulaires. Dans cette perspective, l'exclusion de l'étranger ne doit pas être considérée comme « la limite (inévitabile, mais regrettable) de la dynamique d'inclusion qui distingue la citoyenneté démocratique de ses formes antérieures, mais comme une détermination constitutive de la citoyenneté en général. Parce que la citoyenneté est une appartenance statutaire (*ein Status der Mitgliedschaft*), comme le dit Dieter Gösewinkel, elle requiert et produit nécessairement, comme son double inversé, le *non citoyen* »⁶. L'universalisation du suffrage résultant de l'abolition des critères de l'argent, du sexe, de la race et de l'incapacité, la démocratisation autrement dit de la citoyenneté n'a pas fait tomber l'ultime barrière. Un peuple qui prétend s'autodéterminer a besoin de frontières : « les lois démocratiques requièrent la clôture [...] parce que la représentation démocratique doit être responsable devant un peuple spécifique »⁷.

L'« imaginaire néo-westphalien »⁸ constitué par une juxtaposition d'États-nations a tenté de contourner cette difficulté en présumant que chaque étranger jouit dans le pays dont il est le national des droits attachés au statut de citoyen. En ce sens serait garanti un droit universel à la citoyenneté que chacun exerce toutefois strictement dans l'État dont il est le ressortissant. Forts du constat que cette présomption reste, dans le monde actuel, une fiction, d'aucuns, à

⁵ Certains auteurs tentent toutefois de penser une forme démocratique dans laquelle le citoyen n'aurait précisément plus à être considéré comme l'objet d'un *statut d'appartenance communautaire*. C'est ce que se propose de démontrer la philosophe Catherine Colliot-Thélène dans *La démocratie sans demos* (PUF, 2011). Selon l'auteur, la « pluralisation du *kratos* » – c'est-à-dire la multiplication des foyers de production de normes impliquée par la mondialisation – aurait rendu « le *demos* inassignable » (*ibid.*, p. 21). Comme dépossédé du « monopole de la contrainte physique légitime », l'État serait devenu incapable de revendiquer à son profit l'allégeance exclusive de ses ressortissants. De son côté, le citoyen ne pourrait plus se définir sur la base d'une quelconque forme d'appartenance politique à l'exception de celles, circonstancielles et mouvantes, qui surgissent à l'occasion des différents mouvements de revendication de droits. Dans ce contexte, la démocratie n'est pas incarnée par le *peuple* auto-législateur – un « mythe » – mais par le *sujet* en situation de revendiquer des droits face aux différentes autorités auxquelles il est soumis.

⁶ COLLIOT-THELENE (Catherine), « Le citoyen et l'étranger », *op. cit.*

⁷ Cf. BENHABIB (Seyla), *The Rights of Others*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 219.

⁸ Nous reprenons cette expression à COLLIOT-THELENE (Catherine), « Le citoyen et l'étranger », *op. cit.*

l'instar de Luigi Ferrajoli, appellent à la formation d'un constitutionnalisme global qui impliquerait la création d'une citoyenneté mondiale⁹. Dans la mesure où nous entendons théoriser la citoyenneté à partir de ce qu'elle *est* et non pas de ce qu'elle *devrait* ou *pourrait être*, nous nous limiterons à mentionner dans notre thèse sans la développer plus avant l'existence d'une vaste littérature relative à la citoyenneté mondiale, universelle ou encore cosmopolitique.

À l'exception notable de deux thèses portant respectivement sur l'étranger¹⁰ et sur l'« indigène »¹¹ et d'un ouvrage issu d'un colloque dont une partie porte sur le « mauvais citoyen »¹², les travaux consacrés à la citoyenneté en droit privilégient d'ordinaire sa dimension inclusive¹³. Ils favorisent cette dimension, « y compris lorsqu'ils traitent des droits de l'étranger, en s'interrogeant avant tout sur les possibilités d'ouverture de la *politeia* démocratique, qu'ils souhaitent généralement aussi généreuses que possible »¹⁴. Notre démarche représente de ce point de vue un renversement de perspective. Partant du constat

⁹ FERRAJOLI (Luigi), « La contradiction entre l'égalité des droits fondamentaux et la citoyenneté comme statut d'exclusion », in Olivier BEAUD, Catherine COLLIOT-THELENE et Jean-François KERVEGAN (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, Paris, Classique Garnier, 2019, p. 167-183. L. Ferrajoli ne nie pas l'existence d'une tension entre l'universalité proclamée des droits fondamentaux et les conditions restrictives de la citoyenneté dans un monde organisé en États-nations. Face à l'impossibilité de garantir dans ce cadre le *jus migrandi* – lequel figure pourtant au nombre des « droits de l'homme » dans toutes les Déclarations, y compris dans celle, « universelle », de 1948 –, celui-ci appelle soit à l'abolition de la citoyenneté, soit à sa recréation sous forme d'une citoyenneté mondiale.

¹⁰ SLAMA (Serge), *Le privilège du national : étude historique de la condition civique des étrangers en France*, th. dactyl., Université Paris X Nanterre, 2003.

¹¹ URBAN (Yerri), *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, Paris, LGDJ, 2011.

¹² BEAUD (Olivier), SAINT-BONNET (François) (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, op. cit. Au sein de cet ouvrage, v. plus spécifiquement les contributions de COLLIOT-THELENE (Catherine), « Le citoyen et l'étranger » ; de SAFI (Farah), « Réprimer des actes ou punir des citoyens ? » ; de ZEDNER (Lucia), « Policing civility in public space and the exclusion of "uncivil" citizens », et de GRANGE (Ninon), « Du mauvais citoyen à l'ennemi public. Une histoire courte, tendue et négative ». Que l'on nous permette également de renvoyer à notre article, AYNES (Camille), « La privation des droits politiques en France et aux États-Unis. L'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté », in *ibid.*

¹³ On citera entre autres, en langue française, les ouvrages de BEAUD (Olivier), COLLIOT-THELENE (Catherine), KERVEGAN (Jean-François) (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, op. cit. ; COLAS (Dominique), EMERI (Claude), ZYLBERBERG (Jacques) (dir.), *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, op. cit. ; MAGNETTE (Paul), *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; DUBOIS (Jean-Pierre), GONOD (Pascale) (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Paris, Dalloz, 2003 ; KOUBI (Geneviève) (dir.), *De la citoyenneté*, Litec, 1995. Du côté des thèses de doctorat, on se référera aux travaux de HERISSON (Bertrand), *L'évolution de la citoyenneté en droit public français*, Paris, th. dactyl., Université Paris I, 1995 et de MICHON-TRAVERSAC (Anne-Sophie), *La citoyenneté en droit public français*, Paris, LDGJ, 2009. Pour une approche plus théorique dans laquelle l'auteur propose « une interprétation post-moderne et post-nationale de la citoyenneté comme accès plurivoque à la création, l'interprétation et l'application des normes juridiques », on se rapportera à LEROY-FORGEOT (Flora), *La citoyenneté juridique*, th. dactyl., Université Paris II, 1999. Concernant des aspects plus spécifiques ou non-étatiques de la citoyenneté, v. DUMONT (Gilles), *La citoyenneté administrative*, th. dactyl., Université Paris II, 2002 et BENLOLO-CARABOT (Myriam), *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

¹⁴ COLLIOT-THELENE (Catherine), « Le citoyen et l'étranger », op. cit. C'est notamment l'approche retenue par BENHABIB (Seyla), *The Rights of Others*, op. cit.

partagé par Anicet le Pors selon lequel « la citoyenneté se définit souvent *en creux*, le citoyen par le non-citoyen, c'est-à-dire par celui qui ne détient pas les droits politiques que l'on dit civiques »¹⁵, nous nous proposons de réfléchir à la citoyenneté à partir de ses exclus. L'exclu que nous étudierons n'est pas, cependant, la figure paradigmatique de l'étranger, mais celle du condamné.

Il est en effet une autre forme de relégation qui, quand bien même elle ne serait plus que partielle, témoigne encore aujourd'hui de l'existence d'autres « frontières de la citoyenneté »¹⁶ que celle de la nationalité. Nous nous référons ici à la privation des droits civiques et politiques résultant d'une condamnation pénale, à ces criminels qui, déchus de leurs droits de citoyen, « témoignent à leur façon d'exemple limite que la frontière entre *le dedans* et *le dehors* reste malgré tout compliquée par la superposition possible de la figure de l'ennemi social avec celle de l'étranger »¹⁷. C'est d'ailleurs la métaphore de l'« étranger » que les juges de la Cour suprême de l'Illinois, entre autres, emploient de façon non anodine en 1913 pour qualifier la situation d'un criminel privé de ses droits civiques et politiques : celui-ci devient « *un étranger dans son pays*, et pire encore », car il ne peut être rétabli dans ses droits que par la grâce, tandis qu'un étranger peut acquérir la citoyenneté de plein droit par les voies de la naturalisation¹⁸. Et d'ajouter : « un homme ne pourrait pas perdre plus »¹⁹.

À la même époque, en France, et jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en 1994, il n'y a pratiquement pas d'infractions qui ne soient susceptibles d'entraîner également une déchéance définitive des droits civiques et politiques, faisant en quelque sorte du condamné un étranger. Dans le code pénal de 1810, la dégradation civique, peine criminelle dite infamante qui consiste dans la privation du droit de vote, d'éligibilité, et en général de tous les droits civiques et politiques, dans la destitution et l'exclusion des condamnés de toutes fonctions, emplois ou offices publics, dans la privation du droit de port d'armes, du droit de faire partie de la garde nationale, de servir dans les armées françaises, dans l'incapacité d'être juré et entraînant, en outre, la perte de certains droits civils et de famille

¹⁵ LE PORS (Anicet), *Le nouvel âge de la citoyenneté*, Éditions de l'Atelier, Paris, 1997, p. 58.

¹⁶ Nous empruntons la formule à BERTOSI (Christophe), *Les frontières de la citoyenneté en Europe : nationalité, résidence, appartenance*, Paris, L'Harmattan, 2001.

¹⁷ ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, p. 422 (nous soulignons).

¹⁸ Supreme Court of Illinois, *The People of the State of Illinois vs. Jennie Russell* (1910), 245 Ill. 268 91 N.E. 1075. Sauf précision de notre part, toutes les traductions dans cette thèse sont les nôtres.

¹⁹ *Ibid.*

(art. 34), cette peine était, tantôt une peine principale en matière criminelle et politique (art. 8), tantôt une peine accessoire attachée de plein droit à toutes les condamnations à une peine criminelle (art. 28), sans même que le juge ait à la prononcer. Qu'elle intervienne comme peine principale ou comme peine accessoire, la dégradation civique était toujours perpétuelle, imprescriptible et globale et ne pouvait être fractionnée à certaines des incapacités qui la constituaient. Outre la dégradation civique, le code pénal en vigueur jusqu'en 1994 prévoyait à l'article 42 que les tribunaux jugeant correctionnellement pouvaient, dans certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques, civils et de famille pour une durée temporaire. L'article L. 5 du code électoral, texte recouvrant toutes les hypothèses d'incapacité électorale qui résultait toujours des condamnations pour crimes et très souvent des condamnations pour délits, organisait de façon quasi systématique une *capitis deminutio* (au sens romain de l'expression), une exclusion à vie de la citoyenneté. Au 1^{er} septembre 1989, 222 553 personnes se trouvaient en France privées de leur capacité électorale du fait de la transmission du casier judiciaire national à l'INSEE, 64 236 personnes ayant été radiées en 1987.

§1. L'intérêt du sujet

C'est dire l'intérêt du sujet, qui est tant pratique (A) que scientifique (B).

A. Intérêt pratique : l'actualité politique du sujet

Si l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en 1994 a considérablement fait diminuer le nombre de peines d'interdiction des droits civiques prononcées, la proposition de loi du 11 février 2015 visant à rétablir l'indignité nationale pour les djihadistes, la vigueur des débats qu'elle a suscités et les nombreuses confusions juridiques qu'elle a engendrées témoignent de l'actualité de ce type de sanctions et de la nécessité de les clarifier. Celles-ci ont de nouveau été mises sur le devant de la scène quelques mois plus tard, à la faveur du projet de loi constitutionnelle relatif à la protection de la Nation. Ce projet du 23 décembre 2015 visant à constitutionnaliser l'état d'urgence et la déchéance de nationalité a été l'occasion de discussions agitées, d'aucuns insistant sur le fait que la réponse aux attentats perpétrés devait relever de la citoyenneté et non pas de la nationalité. Pour un certain nombre de parlementaires, comme pour le député Michel Piron, « l'indignité nationale et la perte de

droits qu'elle entraîne constitu[ai]ent des réponses infiniment mieux accordées aux principes fondamentaux de notre droit »²⁰.

La question de la citoyenneté en général, et des peines privatives des droits civiques en particulier présente donc un enjeu pratique, politique. Le bras de fer opposant le Royaume-Uni à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sur le droit de vote des détenus en est un exemple éloquent. En Europe, plusieurs pays ont bien prévu aujourd'hui de réguler l'emploi de ce type de sanctions : certains confient au législateur la tâche de les moduler en fonction de la nature de l'infraction commise et/ou de la durée de la peine d'emprisonnement prononcée ; d'autres laissent au juge le soin de décider de leur application en fonction des particularités de chaque affaire. D'autres États encore, à l'instar du Royaume-Uni, font au contraire de la déchéance du droit de vote une peine accessoire attachée automatiquement à toute peine privative de liberté – nonobstant les condamnations répétées de la Cour européenne des droits de l'homme à leur endroit.

À l'occasion de la célèbre affaire *Hirst c. Royaume-Uni*²¹, la Cour a considéré qu'une « restriction générale, automatique et indifférenciée » du droit de vote des détenus qui ne tiendrait pas compte de la durée de leur peine, de la nature, de la gravité de l'infraction ou de la situation personnelle du condamné, outrepassait une marge d'appréciation acceptable. Elle ne s'est depuis lors pas départie de cette position, la confirmant dans les affaires *Frodl*²², *Greens et M.T*²³ ou encore *Scoppola*²⁴. Ces décisions successives témoignent de l'importance d'une question qui, au-delà de son intérêt scientifique, cristallise les tensions : le Royaume-Uni a en effet menacé de dénoncer la Convention et de quitter l'Europe de Strasbourg. L'ancien Président de la Cour, Nicolas Bratza, a ainsi pu écrire en 2011 de l'attitude du Royaume-Uni que « la fureur au vitriol [...] dirigée contre les juges de la Cour [était] sans précédent dans [son] expérience d'homme impliqué dans le système de la Convention depuis

²⁰ Ass. Nat., Déb. Parl., 2^{ème} séance du 8 févr. 2016, *JORF*, 2016, p. 1129.

²¹ CEDH, gde ch., 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01.

²² CEDH, 8 avr. 2010, *Frodl c. Autriche*, req. n° 20201/04.

²³ CEDH, 23 nov. 2010, *Greens et M. T c. Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08.

²⁴ CEDH, gde ch., 22 mai 2012, *Scoppola c. Italie*, req. n° 126/05.

plus de 40 ans »²⁵. Ces décisions révèlent donc la centralité d'un sujet qui, à l'exception notable des États-Unis²⁶, n'a guère intéressé la doctrine jusqu'à récemment.

B. Intérêt scientifique : l'absence de littérature juridique sur le sujet

Aux États-Unis, le sujet est abondamment commenté²⁷ en raison, tout d'abord, du nombre de personnes concernées par cette sanction qui, dans de nombreux États fédérés, se prolonge après que les détenus ont purgé leur peine. La politique de privation du droit de vote y est incomparablement plus sévère que dans le reste des démocraties occidentales, d'autant plus que les juridictions retiennent, depuis l'arrêt de la Cour suprême *Richardson v. Ramirez*²⁸ de 1974, que la Clause d'« Égale protection des lois » du XIV^e amendement ne s'applique pas aux condamnés. Des chiffres de 2014 révèlent que 5,85 millions de criminels américains – 1 citoyen américain adulte sur 40 – sont privés de leurs droits électoraux. De surcroît, la population noire est ciblée de manière disproportionnée²⁹ puisqu'en 2014, 2,2 millions d'afro-américains (soit 1 sur 13) étaient déchus de leur droit de vote³⁰. L'étude statistique conduite par Jeff Manza et Christopher Uggen³¹ a mis en évidence que les élections présidentielles de 2000 qui ont vu Georges W. Bush l'emporter à une très courte majorité (537 voix) auraient eu

²⁵ BRATZA (Nicolas), « The relationship between the UK courts and Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, 2011, n° 5, p. 505-512.

²⁶ On y ajoutera les pays de *Common Law*. Les Cours suprêmes du Canada, d'Afrique du Sud et d'Australie ont rendu ces dernières décennies des décisions importantes en la matière qui ont fait l'objet de commentaires dans les pays respectifs. Voir chap. 6.

²⁷ On citera, entre autres, l'article de référence de EWALD (Alec C.), « "Civil Death": The Ideological Paradox of Criminal Disenfranchisement Law in the United States », *Wisconsin Law Review*, 2002, p. 1045-1138 ; v. également TRIBE (Laurence), « The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and "The Purity of the Ballot Box" », *Harvard Law Review*, 1989, vol. 102, n° 6, p. 1300-1317 ; KARLAN (Pamela S.), « Convictions and Doubts: Retribution, Representation, and the Debate over Felon Disenfranchisement », *Stanford Law Review*, vol. 56, n° 5, 2004, p. 1147-1770 ; PLAXTON (Michael), LARDY (Heather), « Prisoner Disenfranchisement: Four Judicial Approaches », *Berkeley Journal of International Law*, 2010, vol. 28, n° 1, p. 101-141 ; BEHRENS (Angela), « Voting - Not Quite a Fundamental Right? A Look at Legal and Legislative Challenges to Felon Disfranchisement Laws », *Minnesota Law Review*, 2004, vol. 89, p. 231-276 ; JOHNSON-PARRIS (Afi S.), « Felon Disenfranchisement: the Unconscionable Social Contract Breached », *Virginia Law Review*, vol. 89, 2003, p. 109-138 ; LAVI (Shai), « Citizenship revocation as punishment: On the modern duties of citizens and their criminal breach », *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, n° 4, 2011, p. 783-810.

²⁸ *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24, 56 (1974).

²⁹ Sur ce point, v. notamment FLETCHER (George P.), « Disenfranchisement as Punishment: Reflexions on the Racial uses of Infamia », *UCLA Law Review*, 1999, vol. 46, n° 6, p. 1895-1907 ; GOLDMAN (Daniel S.), « The Modern-Day Literacy Test ? Felon Disenfranchisement and Race Discrimination », *Stanford Law Review*, vol. 57, n° 2, 2004, p. 611-655 ; HARVEY (Alice E.), « Ex-Felon Disenfranchisement and Its Influence on the Black Vote : The Need for a Second Look », *University of Pennsylvania Law Review*, 1994, vol. 142, p. 1145-1189.

³⁰ Sentencing Project, « Felony Disenfranchisement Laws in the United States », 2014, p. 1 : http://sentencingproject.org/doc/publications/fd_Felony%20Disenfranchisement%20Laws%20in%20the%20US.pdf (consulté le 4 mai 2015).

³¹ MANZA (Jeff), UGGEN (Christopher), *Locked Out : Felon Disenfranchisement and American Democracy*, Oxford University Press, 2008, p. 8.

une issue probablement différente si les 400 000 (ex)condamnés de Floride avaient pu voter. Dans la doctrine, majoritairement hostile aux excès de cette pratique, c'est essentiellement sous l'angle d'une critique des justifications qui la sous-tendent que le statut de ces criminels qualifiés tour à tour d'« *aliens in their country* »³², d'« *inside outcasts* »³³, de « *shadow citizens* »³⁴, de « *second-class citizens* »³⁵, de « *diminished citizens* »³⁶, de « *semi-citizens* »³⁷ ou encore de « *partial* » ou « *conditional citizens* »³⁸ est étudié : l'approche dominante consiste à déconstruire les arguments pratiques³⁹ et philosophiques qui motivent l'exclusion des condamnés de la communauté : la littérature démontre que les raisons avancées sont incompatibles avec la philosophie politique tant du libéralisme que du républicanisme⁴⁰.

S'il se révèle fécond aux États-Unis, ce débat, et plus généralement la question de cette autre forme d'exclusion de la citoyenneté semblent être passés inaperçus en Europe. Ainsi que le font remarquer A. Ewald et B. Rottinghaus dans l'introduction de l'ouvrage *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective* : « les Cours européennes ont déjà eu affaire à des litiges relatifs à ces sanctions accessoires, mais les études ultérieures n'ont pas porté beaucoup d'attention à ces pratiques »⁴¹. Trois thèses récemment proposées à l'étranger invitent à nuancer cette affirmation. Deux d'entre elles néanmoins ne sont pas juridiques, mais philosophiques. Ainsi, la démarche adoptée par Milena Tripkovic dans *Punishment and Citizenship. A Theory of Criminal Disenfranchisement*⁴² est essentiellement normative. En se fondant sur la description empirique des différentes législations dans une vingtaine de pays,

³² TRIBE (Laurence), « The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and "The Purity of the Ballot Box" », *op. cit.*, p. 1311.

³³ DAVIDSON (Jerome), « Inside Outcasts: Prisoners and the right to vote in Australia », *Current issues Brief*, n° 12, 2003, Australian Parliamentary, Law and Bills Digests Section, May 2004.

³⁴ CAMMETT (Ann), « Shadow Citizens: Felony Disenfranchisement and the Criminalization of Debt », *Scholarly Works*, University of Nevada, Paper 742, 2012 (<http://scholars.law.unlv.edu/facpub/742>).

³⁵ EDGELY (Michelle), « Criminals and (Second-Class) Citizenship. Twenty-First Century Attainder? », *Griffith Law Review*, vol. 19, n° 3, 2010, p. 403 s.

³⁶ OWENS (Michael Leo) & SMITH (Adrienne), « The Diminished Citizenship of Felons and the Determinants of their Invisible Punishment among the American States », Paper presented at the State Politics and Policy Conference, Temple University, Philadelphia, PA, May 30-31, 2008.

³⁷ COHEN (Elizabeth F.), *Semi-Citizenship in Democratic Politics*, Cambridge University Press, 2009.

³⁸ VAUGHAN (Barry), « Punishment and conditional citizenship », *Punishment & Society*, vol. 2, n° 1, 2000, p. 23-39.

³⁹ Risque de fraude électorale, risque de vote « subversif » en faveur de candidats acquis à la cause des condamnés, au détriment de la société, etc.

⁴⁰ V. par exemple SCHALL (Jason), « The Consistency of Felon Disenfranchisement with Citizenship Theory », *Harvard BlackLetter Law Journal*, vol. 22, 2006, p. 53-93 ; REIMAN (Jeffrey), « Liberal and Republican Arguments Against the Disenfranchisement of Felons », *Criminal Justice Ethics*, vol. 24, n° 1, 2005, p. 3-18.

⁴¹ EWALD (Alec C.) & ROTTINGHAUS (Brandon), *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 6.

⁴² TRIPKOVIĆ (Milena), *Punishment and Citizenship: a Theory of Criminal Disenfranchisement*, Oxford University Press, 2019.

l'auteur identifie trois modèles de rapports que le citoyen entretient avec la communauté politique : le modèle du « sens de la justice », le modèle de la « vertu civique » et le modèle du « bien commun ». Milena Tripkovic élabore à partir d'eux un cadre normatif permettant de déterminer dans quels cas un État peut légitimement amputer ses ressortissants de leur citoyenneté. Son objectif autrement dit consiste à « suggérer une politique défendable de privation des droits des criminels à laquelle tous les pays qui se considèrent comme des démocraties peuvent légitimement souscrire »⁴³.

C'est davantage sur une théorie de la démocratie que de la citoyenneté que Pablo Marshall se concentre quant à lui dans *Criminal Disenfranchisement: A Debate on Punishment, Citizenship and Democracy*⁴⁴. S'appuyant sur les œuvres de Judith Shklar⁴⁵ et de Axel Honneth⁴⁶, celui-ci soutient que la privation du droit de vote met *a contrario* en évidence l'importance de cet attribut qui ne doit pas seulement être interprété comme un instrument de *participation politique* mais comme un mécanisme de *reconnaissance sociale*. On approfondira cette idée en introduisant dans notre recherche le concept *juridique* de dignité – sous sa forme ancienne, romaine, de *dignitas*, puis dans son acception universaliste contemporaine de dignité humaine. On démontrera que ces dernières années, la demande de reconnaissance ou plus exactement d'inclusion sociale a pris chez les condamnés comme chez les « aliénés » une même forme : celle d'une revendication d'« égale dignité »⁴⁷ en vertu de laquelle chacun a le droit à une existence civique. Allant plus loin que Pablo Marshall, nous mettrons en lumière que c'est sur le concept de dignité de la personne que se sont explicitement fondés plusieurs pays pour élargir le droit de suffrage à de nombreux condamnés (Canada, Afrique du Sud par exemple) et/ou à tous les « incapables » (comme l'a fait la France en mars 2009). Ainsi qu'il ressort de ces quelques considérations liminaires relatives à la citoyenneté et à la démocratie, notre étude ne se limite pas à une analyse du seul droit de vote. C'est ce qui la démarque de la thèse publiée au Québec⁴⁸ par Geneviève Saint-

⁴³ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁴ MARSHALL (Pablo), *Criminal Disenfranchisement: a Debate on Punishment, Citizenship and Democracy*, th. dactyl., University of Glasgow, 2015.

⁴⁵ SHKLAR (Judith), *La citoyenneté américaine. La quête de l'intégration*, trad. O. Camy, Paris, Calmann-Lévy, 1991.

⁴⁶ HONNETH (Axel), *La lutte pour la reconnaissance*, trad. P. Rush, Gallimard, 2013.

⁴⁷ Nous reprenons cette expression à la Déclaration universelle des droits de l'homme qui dispose dans son article 1^{er} que « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité ». V. aussi le titre de l'article de GIUDICELLI-DELAGE (Geneviève), « Pour l'égale dignité », *Délibérée*, 2018/3, n° 5, p. 7-10.

⁴⁸ SAINT-LAURENT (Geneviève), *Le droit de vote limité par la condamnation pénale ou la quête d'un équilibre entre droit fonctionnel et droit individuel*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017.

Laurent, laquelle ne s'intéresse qu'au suffrage et porte par ailleurs presque exclusivement sur le droit comparé – seules quelques pages étant consacrées à la France.

En France, à l'exception de l'ouvrage de l'historienne Anne Simonin⁴⁹ qui ne couvre pas la V^e République, la question est restée largement ignorée. Gérard Soulier, l'un des seuls auteurs s'étant intéressé au sujet, souligne à cet égard que « les traités et manuels de droit constitutionnel évoquent, en général, le problème de la capacité électorale comme une question purement technique, un aménagement du suffrage universel qui va de soi dans la mesure où le suffrage universel ne signifie pas que tout le monde ait le droit de vote. Qu'aussi l'éviction des listes électorales des personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pénale est généralement donnée comme une simple information, sans étayage théorique »⁵⁰. Il est de ce point de vue remarquable que l'un des meilleurs ouvrages sur l'histoire du suffrage universel en France ne consacre qu'une seule page à la question. Après avoir rappelé qu'« un ultime clivage subsiste encore dans la nation : celui qui distingue les "bons citoyens" des individus qu'une condamnation pénale prive des droits civils et politiques », Pierre Rosanvallon, dans *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France* évacue en une phrase la question en ajoutant : « mais c'est un clivage qui est en-deçà du principe d'égalité. Ceux qui violent gravement la loi se placent eux-mêmes en dehors du contrat social, ils s'excluent de la communauté morale »⁵¹. La rareté des travaux sur le sujet le dispute à la brièveté des références qui y sont faites.

Les œuvres de la doctrine constitutionnelle classique d'Esmein, de Duguit, de Carré de Malberg ou encore d'Hauriou confirment ce propos. Dans ses *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* par exemple, Esmein n'évoque ce sujet qu'à une reprise, de façon indirecte : la question de la privation du droit de vote à temps ou à vie des criminels sert à l'auteur d'argument lui permettant d'invalidier la thèse qui voit dans le suffrage politique un droit inhérent à la qualité de citoyen. Cette thèse aurait en effet pour conséquence logique de reconnaître un droit de vote aux criminels. Or, « tous les systèmes électoraux admettent que des citoyens puissent perdre à temps ou pour toujours la jouissance de leur

⁴⁹ SIMONIN (Anne), *Le Déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité 1791-1958*, Paris, Grasset, 2008.

⁵⁰ SOULIER (Gérard), « Citoyenneté et condamnation pénale : l'incapacité électorale », in Dominique COLAS, Claude EMERI & Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, op. cit., p. 343.

⁵¹ ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, op. cit., p. 421.

droit électoral » pour cause d'indignité : « il est bien difficile de repousser cette idée. Personne sûrement ne songerait à recueillir des votes dans les bagnes ou dans les prisons ; et même après la peine subie, la conscience publique refusera toujours le droit de suffrage politique à certains condamnés »⁵². Ignorée par la doctrine publiciste, il semble de prime abord que la question ait davantage intéressé les pénalistes. On relève en effet une vingtaine de thèses de doctorat relatives aux conséquences des condamnations pénales sur l'état et la capacité des personnes. Ces travaux, dont les premiers datent des années 1850, prennent fin cependant dès les années 1910. Par ailleurs, l'objet de ces thèses consiste en l'étude des déchéances ou incapacités davantage civiles que politiques. Enfin, ces incapacités sont énumérées de façon descriptive et technique, sans être aucunement rattachées au droit et à la théorie de la citoyenneté⁵³.

§2. L'élaboration du sujet : le lien entre droit pénal et citoyenneté

Nous nous proposons dès lors d'exhumer d'un point de vue *juridique* l'impensé des liens entre droit pénal et citoyenneté, de démontrer la valeur heuristique d'une étude de cette notion à travers l'examen des sanctions privant les condamnés de leurs droits civiques et politiques. À cet effet, il convient de définir les termes du sujet (A) et de préciser la manière dont on entend les articuler (B).

A. La définition des notions

De la citoyenneté, objet primaire de l'étude, nous donnerons de façon provisoire la définition que retient généralement la doctrine constitutionnelle (1). L'enjeu de la thèse

⁵² ESMEIN (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd., Paris, Librairie de la Société du recueil Sirey, 1914, p. 355.

⁵³ V. HUMBERT (Gustave Amédée), *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes, en droit romain et en droit français. Suivi d'un commentaire de la loi portant abolition de la mort civile*, th. doct., Paris, Durand, 1855 ; DESROSIERS (Gaston), *De la capitis deminutio : droit romain. Des modifications apportées par les condamnations pénales à l'état et à la capacité des personnes : droit français*, th. doct., Université de Paris, Éd. Pichon et Cie, 1872 ; POLLISSARD (Augustin), *Des déchéances et incapacités pénales en droit français*, th. doct., Paris, A. Rousseau, 1899 ; ARNAULDET (Étienne), *Des incapacités résultant de condamnations pénales*, th. doct., Université de Poitiers, Paris, Impr. de Soye et fils, 1898 ; MARION (Auguste), *Des incapacités résultant des condamnations pénales : en droit romain et en droit français*, th. doct., Université de Toulouse, Typographie de Bonnal et Gibrac, 1863 ; MILLEVOYE (Jules), *De l'infamie comme conséquence des condamnations judiciaires. Des conséquences des condamnations pénales afflictives et perpétuelles sur la capacité des condamnés : droit romain droit français*, th. doct., Université de Lyon, Lyon, Éd. J. Gallet, 1877 ; CAMBON (Eugène), *Des condamnations pénales envisagées dans leurs conséquences non prévues par le Code pénal*, th. doct., Université de Dijon, Lyon, Impr. de P. Legendre, 1899.

consiste précisément à compléter cette définition à l'aide du droit pénal entendu *lato sensu* (2).

1. La définition de la citoyenneté

Pour étudier la citoyenneté à travers l'*instrumentum* du droit pénal, différentes approches auraient pu être retenues. La première consisterait à procéder à un relevé exhaustif et à une analyse systématique des différentes occurrences des termes « citoyenneté », « citoyen » ou « civique » dans le code pénal et le code de procédure pénale afin d'élucider la signification qu'y revêt la notion et de la confronter avec son acception classique. Les peines de « l'interdiction des droits *civiques* » ou encore de la « dégradation *civique* » qui, dans le code de 1791, « dégradait [le condamné] de sa *qualité de citoyen* français », nous orientent vers une définition de la citoyenneté prise dans son sens juridique traditionnel de statut associé à la jouissance de droits spécifiques.

Il est toutefois des références en droit pénal qui nous conduisent vers une conception autre de la citoyenneté. Ainsi que l'a relevé François Saint-Bonnet, « la citoyenneté a fait une entrée remarquée dans le Code pénal par la loi [du 9 mars] 2004 »⁵⁴ portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Cette loi a créé à l'article 135-5-1 c. pén. la sanction du « stage de *citoyenneté* », qui vient s'ajouter à celle du « stage de formation civique ». En concevant ce stage, distinct du travail d'intérêt général, le « législateur s'est emparé de la notion de citoyenneté – jusqu'alors essentiellement conçue comme une collection de droits politiques – pour rendre compte de l'idée de *civilité*, de bon comportement en société »⁵⁵. En d'autres termes, si « la jouissance et l'exercice des droits politiques suffisent sans doute à définir la citoyenneté *de lege lata* [...], d'autres acceptions actuelles du mot montrent [pour l'auteur] que cette définition peut être renouvelée, ou complétée »⁵⁶. Par le recours à la citoyenneté entendue comme civilité, le législateur renoue, selon François Saint-Bonnet, avec une conception pluri-séculaire⁵⁷. La différence que cette conception entretient avec la citoyenneté telle qu'on la conçoit traditionnellement est double. D'une part, son lieu de

⁵⁴ SAINT-BONNET (François), « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 30.

⁵⁵ SAINT-BONNET (François), « Partition de l'espace et différenciation normative. Le droit moderne et la civilité », *Lo Sguardo - Rivista di Filosofia*, n° 13, 2013, p. 21-22.

⁵⁶ SAINT-BONNET (F.), « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa ... », *op. cit.*, p. 30.

⁵⁷ *Ibid.*

réalisation n'est pas la *sphère politique* mais l'*espace public*. D'autre part, elle insiste moins sur les *droits* que sur les *devoirs* qu'implique la vie en société. À cet égard, il n'est pas anodin qu'à l'occasion des débats relatifs à la loi de 2017 *Égalité et citoyenneté*⁵⁸ lors desquels certains députés se sont émus de ce que l'on avait accolé la belle idée de citoyenneté à une peine⁵⁹, le législateur ait fait évoluer le contenu du stage. Reprenant l'amendement « d'apparence sémantique [mais qui] revêt une importance symbolique »⁶⁰ proposé par les députés, le législateur a décidé de modifier non pas l'intitulé même du stage mais son objectif : alors qu'il visait jusque-là à rappeler au condamné « les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondée la société », le stage de citoyenneté depuis 2017 « tend à l'apprentissage des valeurs de la République et des *devoirs* du citoyen ».

Outre les peines de privation des droits du citoyen, outre le stage de citoyenneté, on trouve encore, depuis le début des années 1990, de multiples références à la citoyenneté en procédure pénale, dans les projets de réforme et le discours entourant le jury criminel. Le rapport Deniau de 1996 relatif à l'instauration d'un appel des décisions des Cours d'assises a ainsi substitué à la notion de « jury souverain » celle de « jury *citoyen* »⁶¹. Aux termes de ce rapport, qui représente le discours actuel dominant⁶², le jury criminel aurait pour fondement non pas la souveraineté nationale – il ne l'aurait en réalité jamais eu –, mais la citoyenneté⁶³ :

⁵⁸ Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'Égalité et à la citoyenneté, *JORF*, n° 24, 28 janv. 2017.

⁵⁹ Pour ces derniers, « en intitulant la peine "stage de citoyenneté", cette disposition a introduit une connotation politique négative au concept de citoyenneté » (Amendement n° 3679 du 9 juin 2016 déposé en commission sur le Projet de loi Égalité et citoyenneté).

⁶⁰ Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi « Égalité et citoyenneté », 16 juin 2016, Examen des amendements, Élisabeth Pochon.

⁶¹ DENIAU (Jean-François), *La réforme de la procédure de jugement en matière criminelle*. Rapport du Haut comité consultatif sur la procédure de jugement en matière criminelle à M. le garde des sceaux, Ministère de la justice, La Documentation française, 1996.

⁶² Les débats suivis de votes les 21-22 janvier 1997 à l'Assemblée nationale et les 25 mars et 16 avril au Sénat, qui ont porté sur les fondements du jury, s'inscrivent dans la continuité de cette interprétation du jury criminel comme organe fondé non pas sur la souveraineté du peuple mais sur la citoyenneté. Sur la réforme de la Cour d'assises, voir LOMBARD (Françoise), « "Les citoyens-juges". La réforme de la Cour d'assises ou les limites de la souveraineté populaire », *RSC*, 1996, n° 4, p. 773-797 ; BLANC (Gérard), « La souveraineté populaire en question (À propos de la réforme de la Cour d'assises) », *JCP G*, 1996, n° 30-35, I, p. 3952 ; MIGNON-GARDET (Marie), « Le rapport du Haut comité consultatif sur la réforme de la procédure criminelle : un sens d'équilibre », *LPA*, n° 58, 1996, p. 4. ; WAECHTER (Bruno), « Le jury criminel à l'épreuve de la souveraineté populaire », *LPA*, n° 43, 1996, p. 8 ; LESCLOUS (Vincent), MARSAT (Claire), « Rapport du Haut comité consultatif sur la procédure de jugement en matière criminelle », *Dr. pén.*, 1996, n° 26, p. 3-6.

⁶³ Pour une interprétation contraire des rapports entre jury, souveraineté et citoyenneté, fondée sur l'histoire de cette institution, on se référera aux articles de DAVID (Marcel), « Souveraineté, citoyenneté, civisme : quelle légitimité pour le jury ? », *Histoire de la Justice*, n° 13, 2001, p. 125-134 ; du même auteur, « Jury populaire et souveraineté », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 1997, n° 36-37, p. 401-449.

dans la mesure où les jurés n'ont jamais été et ne sont pas titulaires d'un mandat de représentation⁶⁴, le jury n'est pas un organe constitutionnellement souverain. L'objection selon laquelle le peuple ne peut pas déjuger le peuple ne tenant plus, rien ne s'oppose dorénavant à ce que les décisions du jury soient réformées en appel. L'importance de cette institution n'en est pas moindre cependant : le jury représente un « élément de citoyenneté très symbolique ».

Ces différentes occurrences du terme de citoyenneté en droit pénal aujourd'hui peuvent certes être lues comme le reflet du phénomène plus général d'inflation verbale de la notion qui envahit tous les champs, juridiques et non-juridiques : « oubliant qu'elle est une notion juridique qu'il convient de définir strictement et avec le plus grand soin, la citoyenneté est devenue [...] une notion incantatoire, une formule magique s'éloignant progressivement de son véritable sens juridique et allant même jusqu'à la contredire »⁶⁵. Dans le domaine juridique, Farah Safi a relevé que le recours au terme de « citoyenneté » dans l'expression « stage de citoyenneté » était impropre dans la mesure où rien dans le texte de loi ne laisse entendre que pareille mesure ne pourrait être appliquée à un étranger⁶⁶. Au-delà de la sphère juridique, les termes « citoyen » et « citoyenneté » ont envahi le langage commun de la société civile. Alors qu'il n'est qu'un substantif, le terme « citoyen » est adjectivé : on parle ainsi sans ambages d'« initiative citoyenne », d'« éco-citoyen », d'« entreprise citoyenne » ou encore de « citoyen-consommateur ». Ces invocations du « citoyen » ont en commun de faire appel à la valeur supposée positive de la citoyenneté. Dotée d'une « forte charge affective », la citoyenneté est liée à ce que « l'on considère de bien, de bon ou de juste dans l'ordre du politique ou du social, au sens le plus large des termes »⁶⁷.

En dépit du caractère inapproprié de ces formules, on peut considérer que certains usages excentrés de la notion de citoyenneté au regard de sa conception classique ne doivent pas être négligés ; qu'ils « expriment des aspirations de fond quant à ce qu'est ou devrait être une vraie citoyenneté [...], susceptibles de faire évoluer la réalité qu'il [le mot] désigne, puis le droit »⁶⁸. Si nous n'incluons pas dans notre recherche une réflexion systématique sur les

⁶⁴ Sur la question de la représentation et du jury, voir l'article de PROTIERE (Guillaume), « La démocratie représentative à l'épreuve des jurys citoyens », *Politeia*, n° 11, 2007, p. 133-153.

⁶⁵ MICHON-TRAVERSAC (Anne-Sophie), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁶ SAFI (Farah), « Réprimer des actes ou punir des citoyens ? », *op. cit.*

⁶⁷ PICARD (Étienne), « La notion de citoyenneté », in Yves MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que la société ? Université de Tous les Savoirs*, vol. 3, 2000, p. 712-713.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 714.

différents usages de la citoyenneté en droit pénal – l’objet de notre étude demeurant la notion constitutionnelle de citoyenneté –, on prendra au sérieux l’idée mise en avant par le législateur dans le stage de citoyenneté, à savoir que celle-ci ne se réduit pas à une collection de droits mais qu’elle implique également des devoirs. Pour le dire autrement, nous n’entendons pas dans notre thèse prendre congé de la définition de la citoyenneté qu’offre le droit public. Faire l’hypothèse que les peines privatives des droits civiques peuvent nous éclairer en creux sur la notion de citoyenneté implique d’ailleurs que l’on adopte comme point de départ une définition de cette dernière en termes de jouissance desdits droits. Notre objectif est de compléter cette définition du droit constitutionnel, d’en montrer le cas échéant les limites en abordant la notion sous un autre angle, celui du droit pénal. Cet angle révélera notamment l’insuffisance de la conception développée par Thomas H. Marshall⁶⁹ qui néglige l’importance des devoirs pour une théorie de la citoyenneté pensée non pas seulement comme *civilité* mais comme *statut juridique*.

C’est précisément à partir de la citoyenneté présentée comme statut juridique d’appartenance qui confère des droits politiques et civiques que l’on construira, au départ, notre développement. Il est d’usage de déceler dans cette première caractérisation deux sens du mot citoyen. Dans un sens large, la citoyenneté est un statut lié à l’*appartenance* juridique à l’État. Elle désigne « le statut juridique des personnes physiques composant le corps politique souverain dans l’État »⁷⁰. Elle est d’abord une institution destinée à tracer les contours de la communauté politique en déterminant qui appartient et qui est exclu du corps civique. Le citoyen est le membre de la cité, membre donc de la nation, entendue ici comme synonyme non de peuple mais d’État⁷¹. Dans ce sens-là, large, le citoyen est très souvent synonyme de national. Dans un sens étroit, le terme désigne une personne qui, dans le cadre démocratique, participe à l’exercice de la souveraineté et qui est dotée à cet effet de droits

⁶⁹ MARSHALL (Thomas Humphrey), « Citizenship and Social Class », in Thomas Humphrey MARSHALL, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, p. 1-85.

⁷⁰ BORELLA (François), « Citoyenneté et nationalité », in COLAS (Dominique), EMERI (Claude), ZYLBERBERG (Jacques), *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, *op. cit.*, p. 221.

⁷¹ Afin de mieux mettre en évidence que la « nationalité » révèle en droit l’appartenance à l’État et non à la nation pensée comme peuple, des auteurs ont pu proposer un vocabulaire plus neutre. Pour remplacer « nationalité », Pierre Louis-Lucas propose ainsi le terme « étatalité » (LOUIS-LUCAS Pierre, *La nationalité française*, Paris, Sirey, 1929, p. 1). André-Daniel Tolédano avance celui de « ressortissance » (TOLÉDANO André-Daniel, « Communication sur le mot Nationalité », *Bulletin du Centre international de synthèse*, vol. 12, n° 4, 1927, p. 10). Dans le même sens, v. BEAUD (Olivier), *Théorie de la Fédération*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2009, p. 217. Ces auteurs conviennent toutefois que la « nationalité » est trop inscrite dans la culture juridique pour que l’on puisse sérieusement penser la remplacer. L’emblématique loi du 27 juin 1889 sur la « nationalité » a en effet marqué la consécration officielle de ce terme dans la langue juridique française.

politiques et civiques. Cette seconde définition, tirée de celle du citoyen, s'intéresse davantage au contenu matériel de la citoyenneté⁷². Le doyen Hauriou pour qui « la jouissance des droits civiques et politiques constitue la qualité de citoyen »⁷³, en est l'un des éminents représentants. C'est une définition peu ou prou similaire qu'offrent plus récemment Pierre Avril et Jean Gicquel dans leur *Lexique de droit constitutionnel*. Le terme de citoyen renvoie à la « qualité juridique d'une personne qui l'autorise à prendre part à la vie de l'État, par l'usage des droits civiques et politiques »⁷⁴. Cette définition présente l'intérêt de mettre en évidence le lien systématique qui unit la citoyenneté à la démocratie⁷⁵. En effet, seul un État démocratique peut attribuer de tels droits aux citoyens qui sont ainsi traités à égalité avec les gouvernants. En insistant sur la dimension démocratique inhérente à la citoyenneté, cette définition la distingue par ailleurs conceptuellement de la nationalité qui ne dépend pas de la forme du gouvernement. On retiendra donc que le citoyen est pensé dans ce second sens à partir d'un critère d'ordre matériel : c'est la détention de droits spécifiques qui le caractérise. Le citoyen se différencie des autres individus parce qu'il jouit des « droits civiques et politiques » que lui attribue le droit positif.

La citoyenneté est donc définie soit comme *appartenance*, et elle est alors synonyme de nationalité, soit comme *ensemble indivis de droits* reconnus à un individu comme membre d'une communauté politique. Nous faisons l'hypothèse qu'il est possible de définir la citoyenneté comme « *membership* » sans la réduire pour autant à la nationalité. Le cas du criminel déchu de sa qualité de citoyen ou de ses droits civiques et ce faisant, exclu totalement ou partiellement du corps politique démontre la différence qu'il y a entre l'appartenance à l'État et l'appartenance au peuple. En d'autres termes, l'existence de « nationaux non-citoyens » met en évidence l'écart qui sépare la nationalité de la citoyenneté. Ce cas-limite permet de s'interroger sur les fondements de l'appartenance non pas à la communauté nationale, mais à la « communauté des citoyens »⁷⁶. Il permet aussi d'apercevoir *le* citoyen derrière le Tout. Qu'est-ce à dire ?

⁷² Sur la distinction entre ces deux définitions, v. BEAUD (Olivier), « Citoyenneté et nationalité : quelle leçon tirer du cas français ? », Papier présenté au Colloque *Un nouvel horizon pour la démocratie ? Le droit de vote des étrangers aux élections nationales*, 20 et 21 mars 2015, Parlement du Luxembourg.

⁷³ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., Paris, Sirey, 1923, p. 101.

⁷⁴ AVRIL (Pierre) et GICQUEL (Jean), *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p. 19.

⁷⁵ BEAUD (Olivier), « Citoyenneté et nationalité : quelle leçon tirer du cas français ? », *cit.*

⁷⁶ Nous reprenons cette expression à SCHNAPPER (Dominique), *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, 1994.

Le corps politique, en droit constitutionnel, est traditionnellement défini comme le peuple entendu comme l'universalité des citoyens. En ce sens, il est souvent l'équivalent du corps électoral. Comme le relève Virginie Martin dans son article sur « La citoyenneté revisitée : bilans et perspectives historiographiques »⁷⁷, « tout se passe comme si la figure cardinale du citoyen n'avait jamais cessé d'être éclipsée par des figures dérivées qui, en en constituant en quelque sorte le synonyme ou, mieux encore, la synecdoque, ont occulté sa singularité ». La figure cardinale du citoyen a notamment été éclipsée par celle de peuple : « le tout, c'est-à-dire l'ensemble, l'emporte sur les parties ou sur les atomes, et a pour effet d'écraser le citoyen. [...] Dans une telle représentation, le citoyen est en quelque sorte éclipsé par le corps collectif – le peuple ou la nation – auquel il appartient »⁷⁸. De son étude sur la citoyenneté chez Carré de Malberg, Olivier Beaud tire un même constat, celui de la difficulté qu'il y a en droit constitutionnel à penser *le* citoyen derrière le corps électoral ou la souveraineté nationale. Olivier Beaud relève d'ailleurs que chez Carré de Malberg, « le mot de citoyen ne figure jamais au singulier, mais toujours *au pluriel* dans l'index de chacun des deux tomes. L'absence du mot au singulier suffit, selon nous, à indiquer que, aux yeux de Carré de Malberg, le citoyen n'est pas un concept relevant de la théorie de l'État, ni même du droit constitutionnel [...]. Un État, nous dit-il [Carré de Malberg], c'est d'abord une communauté humaine et la forme prise par cette communauté dans le monde moderne, c'est la nation en tant qu'elle est la substance humaine de l'État »⁷⁹. C'est donc uniquement à partir du Tout, donc de la nation, que Carré de Malberg évoque les citoyens.

Selon nous, s'intéresser à la figure du désobéissant qui se départit de ce Tout permet de saisir *le* citoyen – ou *le* non-citoyen – en tant qu'individu. Par cette référence à l'individu, nous n'entendons pas dire que les droits dont jouit le citoyen seraient individuels, qu'ils lui appartiendraient en propre. En faisant référence au citoyen au singulier, on entend penser une citoyenneté qui ne soit pas phagocytée ou absorbée par les notions de peuple ou de souveraineté nationale.

⁷⁷ MARTIN (Virginie), « La citoyenneté revisitée : bilans et perspectives historiographiques », *La Révolution française. Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française*, n° 9, 2015, p. 4.

⁷⁸ BEAUD (Olivier), « La citoyenneté est-elle une catégorie universelle du droit constitutionnel ? » in Olivier BEAUD, Catherine COLLIOT-THELENE et Jean-François KERVEGAN (dir), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*, p. 194 ; du même auteur, v. également « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

⁷⁹ BEAUD (Olivier), « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », *op. cit.*, p. 9.

2. La définition du droit pénal

C'est à partir du droit pénal compris comme « l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'État vis-à-vis des infractions et des délinquants »⁸⁰ que l'on entreprendra cette étude, en nous fondant plus particulièrement sur les sanctions qui privent les individus de leurs droits de citoyen à la suite d'une condamnation pénale. Cette précision est d'importance. En matière de droits politiques, il est en effet d'usage d'identifier dans le cadre républicain plusieurs grands types de perte desdits droits⁸¹. En évoquant le droit républicain, nous signalons à titre liminaire la nécessité qu'il y a à distinguer la privation des droits politiques qui constitue le cœur de notre travail des déchéances de droits politiques arbitraires, discrétionnaires, déterminées par des motifs racistes et politiques à l'œuvre sous des régimes autoritaires ou dictatoriaux tels que Vichy ou le III^{ème} Reich. La question de l'exclusion des Juifs, des communistes et autres par l'instrumentalisation des règles de la citoyenneté nous permettra *a contrario* de nous interroger sur les limites du pouvoir souverain : l'État peut-il désaffilier, dés-assigner ses citoyens ?

En dehors de ces hypothèses exceptionnelles dans lesquelles on assiste à la destruction pure et simple de tout rapport de droit entre l'État et ses citoyens, on oppose généralement les « interdictions purement objectives » aux « interdictions subjectives »⁸² que d'aucuns qualifient également d'« interdictions-sanction »⁸³. Les premières se subdivisent à leur tour selon qu'elles sont relatives à un *état* de la personne (cas des mineurs et des incapables jusqu'à la réforme de mars 2019) ou qu'elles se rapportent à une *fonction* (inéligibilité fonctionnelle par exemple des préfets de région et des préfets dans le ressort où ils exercent

⁸⁰ MERLE (Roger) et VITU (André), *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. 1, 7^{ème} éd., Paris, Cujas, 1997, p. 211.

⁸¹ Nous excluons de la classification des hypothèses isolées, pour la plupart d'ailleurs supprimées, telle l'inéligibilité qui frappait automatiquement les comptables de fait, c'est-à-dire les élus qui s'immisçaient de façon irrégulière dans le maniement des deniers publics en se comportant, dans la sphère publique, comme des comptables de fait. La loi n° 2001-1248 du 21 déc. 2001 relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes a supprimé cette sanction qu'elle a remplacée par une suspension des fonctions d'ordonnateur. Sur la question, v. LAMOUREUX (Sophie), « Droit électoral - La disparition de la sanction automatique d'inéligibilité pour les comptables de fait : quel avenir pour la sanction électorale ? », *RFDC*, n° 55, 2003/3, p. 609-621.

⁸² Nous empruntons cette distinction à GLASER (Emmanuel) dans ses conclusions sous CE, 1^{er} juill. 2005, *Ousty et Gravier*, *RFDA*, 2006 p. 258.

⁸³ Nous reprenons ici la terminologie employée par GHEVONTIAN (Richard) dans son article « Les inéligibilités-sanctions », *Les Cahiers du CNFPT*, n° 45, nov. 1995, p. 91-99. Sur l'expression, v. également GALVEZ (Jacky), *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de la moralisation de la vie politique*, th. dact., Université d'Aix-Marseille III, 1999.

ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de trois ans⁸⁴). L'inéligibilité fonctionnelle, qui se détermine *a priori*, tend à écarter de la candidature les personnes exerçant des fonctions qui confèrent à leurs titulaires une position susceptible d'influencer le choix de l'électeur et donc de rompre l'égalité entre candidats et de porter atteinte à la sincérité des résultats. Elle tend également à protéger l'indépendance du candidat dans l'exercice impartial de son mandat. Ces interdictions sont dites objectives dans la mesure où elles n'impliquent aucune appréciation personnelle, aucun jugement. Par différence, les interdictions-subjectives ou sanctions reposent sur l'évaluation d'un comportement individuel répréhensible. La privation des droits civiques résultant d'une condamnation pénale en constitue le parangon, et c'est à elle que l'on consacrerait l'essentiel de cette thèse.

On élargira toutefois notre propos aux interdictions qui, lors même qu'elles résultent de condamnations pénales, n'ont pas formellement la nature de peines. Ainsi notamment des incapacités électorales prévues dans le code électoral, que le législateur a attachées de plein droit à un certain nombre de condamnations. Que des sanctions résultant de condamnations pénales ne soient pas nécessairement considérées comme formellement pénales, c'est ce qu'illustrent parfaitement les États-Unis qui représentent à cet égard un cas particulièrement topique : contrairement à la France, la privation des droits politiques et civiques qui découle d'une condamnation pénale n'y constitue jamais une sanction pénale, mais uniquement une sanction « *collateral* », administrative. On étendra également notre recherche dans le dernier chapitre à d'autres « interdictions-sanctions » qui, si elles ne relèvent pas davantage du droit pénal *stricto sensu*, ne lui sont pas totalement étrangères. On fait allusion ici aux autres motifs de privation des droits civiques que sont la faillite prononcée par le juge commercial, la destitution des notaires prononcée par le juge disciplinaire, et l'irrégularité des comptes de campagnes constatée par le Conseil constitutionnel. Cet élargissement de notre sujet n'est pas fortuit. Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme ont en effet forgé les notions respectives de « sanctions [non pénales] ayant le caractère d'une punition » et de « matière pénale » pour élargir le champ d'application *ratione materiae* des garanties pénales prévues dans la Déclaration de 1789 (art. 8) et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6 §1). On considère qu'indépendamment de leur qualification par le législateur, des mesures ayant une finalité répressive doivent bénéficier du régime propre à la peine et respecter, ce faisant, les principes

⁸⁴ Art. L. 231 c. élect.

cardinaux du droit pénal. Or, il s'avère précisément que dans le sujet qui nous occupe, en matière de privation des droits civiques, le Conseil constitutionnel a qualifié l'ensemble des « interdictions subjectives » qui lui ont été soumises de punitions. Aussi leur inclusion dans notre recherche se justifie-t-elle pleinement. Pour finir, lorsque l'on évoquera les sanctions appliquées aux auteurs d'infractions à caractère politique qui menacent l'État et la nation, on fera mention d'une mesure qui, si elle n'est pas inscrite dans le code pénal mais dans le code civil, ressemble fort à une peine. Nous désignons par là la déchéance de nationalité, forme hétéronome de déchéance de citoyenneté dont on s'emploiera à démontrer avec un certain nombre d'auteurs qu'elle repose sur une confusion entre deux logiques distinctes propres, pour l'une, au concept de nationalité et pour l'autre, au concept de citoyenneté.

Cette porte d'entrée que constituent les peines privatives des droits civiques nous conduira nécessairement à nous intéresser également, pour compléter notre analyse de la notion de citoyenneté, à l'infraction et au bien juridique (c'est-à-dire à la valeur) protégé par la norme d'incrimination. Déterminer les valeurs qui sous-tendent la citoyenneté dans le quatrième chapitre impliquera par exemple que l'on s'interroge sur le type d'infractions que le législateur et le juge entendent sanctionner prioritairement par la perte des droits politiques et ce qu'ils entendent, par là, protéger. L'infraction et le bien juridique protégé par la norme d'incrimination, on l'aura compris, ne feront donc pas l'objet d'étude en eux-mêmes mais en tant qu'ils se rapportent à la question de la privation des droits politiques et qu'ils sont directement utiles à la théorisation de la citoyenneté.

Avant que de préciser la façon dont on entend articuler la citoyenneté et le droit pénal ainsi conçus à travers la privation des droits civiques des condamnés, une triple remarque d'ordre terminologique s'impose. Tout d'abord, on remarquera qu'en droit pénal, l'utilisation fréquente des termes de « privation », d'« interdiction », d'« incapacité », de « déchéance » etc., n'est pas parfaitement maîtrisée par le législateur et le juge, l'un et l'autre usant alternativement, pour qualifier une situation, de vocables différents. Il suffit de lire l'article 131-10 c. pén. pour s'en convaincre : celui-ci dispose en effet que « lorsque la loi le prévoit, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs peines complémentaires qui, frappant les personnes physiques, emportent *interdiction, déchéance, incapacité* ou *retrait d'un droit* ». Contrairement à ce que l'on observe en matière de nationalité où le code civil distingue rigoureusement la « perte » de la nationalité de sa « déchéance », les articles du code pénal et du code électoral utilisent indifféremment les deux termes. Le législateur n'accorde donc guère d'importance à la terminologie employée. La jurisprudence n'est pas

davantage d'un grand secours. Seule la Cour d'appel de Paris s'est explicitement prononcée sur cette question de qualification en matière d'interdictions professionnelles. Dans un arrêt en date du 21 janvier 1948, celle-ci a jugé que le terme d'incapacité utilisé par le législateur dans l'article 6 du décret-loi du 8 août 1935 était « impropre », qu'il ne visait pas une incapacité civile mais se rapportait à l'interdiction édictée dans les lignes précédentes et qu'il n'avait été « employé que pour éviter une répétition »⁸⁵. La lecture de cette décision laisse entendre que la notion d'incapacité ne serait pas la même au civil et au pénal, si bien que la confusion des notions d'interdiction et d'incapacité ne pose aucun problème sur un plan pénal mais qu'il ne saurait en être de même au civil. Sur un plan pénal, on tiendra donc dans notre thèse pour synonymes les termes de « privation » des droits politiques, d'« incapacité » électorale, de « déchéance » des droits du citoyen, etc. En second lieu, sauf précision de notre part, on se référera indistinctement aux adjectifs « civiques » et « politiques » pour désigner les droits dont le condamné est déchu. Le nouveau code pénal entré en vigueur en 1994 n'emploie d'ailleurs que l'expression « droits civiques » pour désigner tous les droits du citoyen, y compris ceux que la doctrine qualifie de « politiques ». Ce n'est que dans les chapitres 5 et 6 que l'on s'attachera à différencier à proprement parler les droits politiques et les droits civiques et à démontrer que de nos jours, ils obéissent à des régimes distincts. Enfin, pour une raison purement stylistique, afin d'éviter les répétitions, on parlera tour à tour des droits dont est privé « le condamné », l'« infracteur », ou encore « le délinquant » ou le « criminel », sans préjuger de la nature correctionnelle ou criminelle de l'infraction commise.

B. L'articulation des notions

L'objet de notre thèse dont les termes ont ainsi été précisés est en quelque sorte double : il s'agit, d'une part, d'étudier la notion de citoyenneté à travers le prisme, l'« *instrumentum* » de la sanction pénale (1). Il s'agit, d'autre part, d'intégrer cette étude dans une réflexion plus générale portant sur le choix même de la sanction pénale comme instrument d'analyse. L'enjeu consiste autrement dit aussi à justifier la démarche adoptée qui se fonde sur l'hypothèse de la valeur heuristique d'une approche de la citoyenneté à travers la branche sinon ignorée, du moins sous-estimée qu'est le droit pénal (2). Le droit pénal peut être envisagé comme un *outil cognitif* permettant de « révéler » (au sens quasi chimique du terme)

⁸⁵ Paris, 2^{ème} ch., 21 janv. 1948, *JCP G*, 1948, II, p. 4407 ; *Gaz. Pal.*, 1948 (1^{ère} sem.), p. 150.

des aspects ou des propriétés de la citoyenneté qui restent invisibles lorsqu'on l'étudie, plus classiquement, du point de vue du droit public.

1. Le droit pénal comme *outil cognitif* au service de la définition des droits et du statut de la citoyenneté

En simplifiant les choses, il est loisible de considérer que le point de rencontre de la citoyenneté et du droit pénal est triple : il concerne d'une part les droits du citoyen (contenu matériel de la citoyenneté) ; d'autre part les bénéficiaires de la citoyenneté dont il détermine les conditions d'accès en termes de moralité ; enfin, la « nature » de la citoyenneté, c'est-à-dire les « valeurs » sur lesquelles se fonde la communauté politique.

Dans son Rapport du 15 février 1993 portant propositions pour une révision de la Constitution de 1958, le Doyen Vedel constatait que « l'importance des règles relatives à l'équilibre institutionnel qui sont au cœur de la Constitution ne peut faire oublier que ce sont d'autres prescriptions, moins directement liées à l'organisation des pouvoirs publics, qui donnent sa véritable portée au texte fondamental »⁸⁶ ; et d'ajouter : ces prescriptions ne sont autres que « les conditions d'exercice de la citoyenneté qui donnent à l'équilibre institutionnel tout son sens »⁸⁷. Si le citoyen est au principe de la Constitution, s'il en est la raison d'être, force est de constater que le texte même de la Constitution et la doctrine constitutionnaliste classique ne sont pas diserts sur le sujet. Ainsi que l'a relevé, entre autres, Danièle Lochack, « la citoyenneté est devenue, juridiquement, introuvable ; seule subsiste dans le droit positif la notion de droits civiques, qui ne relève plus de la Constitution mais du Code pénal, où ils apparaissent en creux »⁸⁸. Le droit pénal, à travers les sanctions de la dégradation civique, de l'interdiction des droits civiques, etc., donne un contenu concret à la citoyenneté en indiquant les droits y afférents. Du code pénal que l'on peut lire comme un code civique, il ressort que les droits du citoyen ne se limitent pas à ceux que la doctrine qualifie de « politiques », à savoir les droits de vote et d'éligibilité. Il inclut également les droits dits « civiques » que sont le droit d'égal accès aux fonctions publiques ainsi que le droit d'être juré. Le droit pénal participe donc à l'identification des droits et du statut de la citoyenneté. L'analyse

⁸⁶ « Rapport remis au Président de la République le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution », *JORF*, 16 févr. 1993, p. 2547.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ LOCHACK (Danièle) « La citoyenneté : un concept juridique flou », in COLAS (Dominique), EMERI (Claude), ZYLBERBERG (Jacques) (dir.), *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, op. cit., p. 190.

jurisprudentielle des peines privatives des droits politiques permet de mettre en avant la nature et le régime des droits ainsi identifiés.

En excluant les auteurs d'infractions déterminées du cercle des citoyens, le droit pénal contribue en second lieu à tracer incidemment les frontières de la communauté et à déterminer, ce faisant, les titulaires de la citoyenneté. Plus qu'un outil cognitif permettant d'appréhender une notion, il se présente de ce point de vue comme un instrument « constitutif », qui participe à la construction, à l'institution du corps politique. Contrairement à la présentation retenue communément, les frontières extérieures du corps politique n'ont pas toujours été tracées exclusivement par le droit de la nationalité qui définit un dedans et un dehors. Pendant longtemps, le non-citoyen n'a pas été seulement le non-national, c'est-à-dire l'étranger. C'était aussi – avant même l'étranger qui, sous l'Empire Romain ou au début de la Révolution, n'était pas exclu à proprement parler – le criminel, le « mauvais citoyen » déchu de sa qualité de citoyen. Par différence avec la nationalité, qui n'a pas toujours été au cours de l'histoire une condition d'accès à la citoyenneté, la dignité l'a été. La citoyenneté se décline en termes de mérite individuel (les « talents ») et de dignité morale (les « vertus »). Ce sont les vertus entendues principalement non pas comme participation active à la vie de la Cité mais comme fidélité, comme obéissance aux lois et à l'autorité légitime qui conditionnent l'exercice des droits de citoyen. « La question de l'éthique citoyenne ne se limite plus à son strict aspect pédagogique (modalités de formation du citoyen vertueux). Elle prend également en compte sa dimension judiciaire (les modalités de répression du citoyen indigne) »⁸⁹.

En matière de citoyenneté, le droit pénal ne peut donc simplement être considéré comme l'ombre et le bouclier⁹⁰ de ce qui serait énoncé et garanti dans la Constitution : il ne se limite pas à protéger les droits prévus par cette dernière. Inversement, la Constitution ne peut être réduite à un bouclier qui protège contre les excès du droit pénal au sens où le législateur est libre d'imposer des interdictions et des sanctions pénales tant qu'elles ne violent pas des droits constitutionnels concrets tels que les libertés humaines fondamentales et la dignité humaine. Leurs relations sont plus complexes⁹¹, ce qu'illustre la question de la privation des

⁸⁹ MARTIN (Virginie), « La citoyenneté revisitée : bilans et perspectives historiographiques », *op. cit.*, p. 11.

⁹⁰ Nous reprenons cette idée de « bouclier » à CARTUYVELS (Yves), DUMONT (Hugues), OST (François), VAN DE KERCHOVE (Michel) et VAN DROOGHENBROECK (Sébastien) (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2007.

⁹¹ Il n'existe pas à notre connaissance de littérature spécifique systématisant les rapports entre droit constitutionnel et droit pénal. On peut identifier trois types d'études traitant *ou* indirectement de la question *ou* d'une partie seulement de la question. Concernant les premières, des ouvrages comme celui d'Olivier Beaud

droits politiques. Le droit pénal donne un contenu concret à la notion constitutionnelle de citoyenneté en termes de droits, mais aussi de valeurs.

L'étude de la citoyenneté sous l'angle du droit pénal met en effet en évidence la dimension axiologique de celle-ci. Par cette expression, nous n'entendons pas signifier que la citoyenneté serait elle-même une valeur, une chose positive en soi qu'il s'agirait d'encourager. Tel est l'un des sens que le Rapport annuel du Conseil d'État de 2018⁹² sur la citoyenneté confère à la notion. Contrairement à cette vision, nous indiquons par là que la citoyenneté, en tant que *statut juridique*, protège des valeurs spécifiques. En déterminant quel type d'infractions doit être sanctionné par une privation de droits politiques, quels comportements doivent être considérés comme indignes de l'appartenance à la communauté, le législateur et dans une certaine mesure le juge signalent quelles sont les valeurs qui sous-tendent la citoyenneté. Le droit délimite les titulaires de la citoyenneté par les valeurs qu'ils doivent respecter. Les peines privatives de la qualité ou des droits du citoyen invitent donc à s'intéresser non seulement au citoyen en tant qu'individu jouissant de droits spécifiques mais aussi à la communauté à laquelle il appartient et dont il est retranché.

portant sur les rapports entre responsabilité pénale et responsabilité politique des gouvernants se rapprochent incidemment du sujet : v. BEAUD (Olivier), *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité*, PUF, 1999. Concernant les secondes, on recense des travaux qui s'interrogent sur les rapports entre le droit pénal et une partie du droit constitutionnel, celle afférant aux droits fondamentaux. Dans *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, *op. cit.*, les auteurs révèlent l'ambivalence de ces rapports. Historiquement, les droits de l'homme ont principalement servi de « bouclier » contre les excès potentiels du droit pénal, en limitant son intervention à un triple point de vue : normatif, sanctionnateur et procédural. Les droits de l'homme conduisent aussi inversement à une extension du champ pénal, à un mouvement de criminalisation qu'ils légitiment : de « bouclier », ils se muent en « épée ». Un troisième type de travaux, pléthoriques, portent pour finir sur la constitutionnalisation du droit pénal, c'est-à-dire sur l'inscription, dans la Constitution, de principes du droit pénal. V. par exemple la thèse de CAPPELLO (Aurélien), *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ, 2014. Voir également le Dossier « La Constitution et le droit pénal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, 2009 ; PRADEL (Jean) (dir.), *Droit constitutionnel et droit pénal*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 2000 ; CONTE (Philippe), « La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 21, 2018 ; FAVOREU (Louis), « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », in *Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 169-209 ; MAYER (Danièle), « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *RSC*, 1988, p. 439-446.

⁹² CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, Paris, La Documentation française, 2018. Sur la « dimension axiologique de la citoyenneté » comprise dans ce sens-là, v. BEAUD (Olivier), « Le Conseil d'État et la citoyenneté : une lecture décalée et critique », *Blog Jus Politicum*, Billet du 26 févr. 2019.

2. Le droit pénal comme expression des valeurs liant le citoyen à la communauté

Cette référence aux valeurs permet de saisir l'affinité particulière du droit pénal avec l'idée de communauté – le premier étant en ce sens plus qu'un simple *instrumentum* à l'égard de la seconde. Le droit pénal est une forme d'expression de l'État où se joue la reconnaissance des citoyens entre eux et avec les institutions publiques. Dans l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* précité, il a été considéré que « la réprobation sociale des actes criminels graves reflète un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de l'état de droit et [qu'elle] affirme l'importance du lien entre l'individu et la collectivité »⁹³. Trois ans plus tôt, dans la décision de la Cour suprême *Sauvé contre Canada*⁹⁴, le juge Gonthier avait souligné qu'en sanctionnant par une peine d'interdiction des droits civiques certaines infractions déterminées, le législateur « trace une ligne » :

« La limite ainsi établie reflète une prise de position morale vis-à-vis des actes criminels graves et de leur signification pour la collectivité [...]. Le fait que la ligne de démarcation soit tracée en fonction des peines infligées par suite de la perpétration de crimes prévus dans le Code criminel est très pertinent [...]. Le Code criminel énonce les valeurs sur lesquelles se fonde notre société [...]. Il est donc tout à fait opportun de tenir compte de ces valeurs sous-jacentes et de leur raison d'être pour la conciliation des intérêts qui s'opposent en l'espèce »⁹⁵.

La privation des droits civiques est la traduction juridique d'un jugement moral qui s'exprime dans les termes du « bon » citoyen et du « mauvais » citoyen. Elle souligne que le citoyen doit être nécessairement bon, sinon il n'est pas. C'est ce qu'a parfaitement bien identifié Jean-Yves Vincent lorsqu'il écrit que « les condamnés sont, par hypothèse, les mauvais citoyens. Et comme les deux termes se contrarient [« mauvais » d'un côté et « citoyen » de l'autre], ils restent des mauvais et cessent d'être citoyens »⁹⁶. L'expression de « mauvais citoyen » est un oxymore, celle de « bon citoyen » une tautologie. La notion juridique de citoyenneté est sous-tendue en droit positif par un « concept normatif du bon citoyen »⁹⁷.

Le fait que cette distinction morale entre les « bons » et les « mauvais » citoyens soit établie par la loi pénale est, comme le précise le juge Gonthier, « très pertinent ». En effet, le

⁹³ CEDH, gde. ch., 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, cit., point 37. Nous soulignons.

⁹⁴ Cour suprême du Canada, *Sauvé c. Canada (Directeur général des Élections)* [2002] 3 R.C.S. 519.

⁹⁵ *Ibid.*, point 110 (nous soulignons).

⁹⁶ VINCENT (Jean-Yves), « Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice », *op. cit.*, p. 109.

⁹⁷ SCHINKEL (Willem), « The Moralisation of Citizenship in Dutch Integration Discourse », *Amsterdam Law Forum*, vol. 1, n° 1, 2008, p. 2.

code pénal est considéré comme le code le plus moral qui soit. Pour Valérie Malabat, « le droit pénal est sans doute la discipline juridique la plus proche de la morale »⁹⁸. Robert Badinter, alors qu'il s'exprimait en tant que Président de la commission de réforme du code pénal et en tant que Garde des Sceaux, n'a dit autre chose lorsqu'il a exposé les motifs du nouveau code à l'Assemblée : pour lui, « le nouveau code doit affirmer les valeurs de notre société. Les incriminations qu'il formule, les peines qu'il comporte doivent être en harmonie avec la conscience collective. C'est la dimension morale du code pénal »⁹⁹. En faisant mention de ces liens avec la morale, on ne se réfère pas ici au fait que le droit pénal incriminerait certains comportements immoraux – encore moins au fait qu'on pourrait le considérer comme une mise en œuvre de la loi morale. Contrairement à la position du « moralisme juridique »¹⁰⁰ selon laquelle le rôle du droit pénal devrait se ramener à donner pleine efficacité à la morale (*moral enforcement*¹⁰¹) et à punir l'immoralité comme telle (*as such*), tous les comportements immoraux ne sont pas pénalement réprimés. Par ailleurs, le droit pénal sanctionne certains agissements indifférents à la morale, en raison du trouble qu'ils apportent à l'ordre public (par exemple, les infractions à la circulation routière). À cet égard, Émile Garçon écrivait que le droit et la morale peuvent être comparés à deux cercles qui se chevauchent, ont à la fois une aire commune et des surfaces propres¹⁰². En soulignant la parenté du droit pénal et de la morale, nous n'entendons donc pas indiquer que le législateur devrait incriminer les « *moral offenses* » ; on souhaite souligner que le droit pénal ne se

⁹⁸ MALABAT (Valérie), « Morale et droit pénal », in Dominique BUREAU, France DRUMMOND et Dominique FENOUILLET (dir.), *Droit et morale. Aspects contemporains*, Paris, Dalloz, 2011, p. 220.

⁹⁹ « Exposé des motifs », Projet de loi n° 300 portant réforme du Code pénal, Sénat, 20 févr. 1986, p. 4.

¹⁰⁰ L'expression est de HART (Herbert L.A.), *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963, p. 6. Voir également FEINBERG (Joel), *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1 : *Harm to Others*, New-York-Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 27.

¹⁰¹ « The Enforcement of Morals » est le titre d'une conférence prononcée par Lord Devlin à la *British Academy* en 1959 qui sera reproduite en 1965 dans un recueil du même titre, et renommée « *Morals and the Criminal Law* ». Dans cet article, Lord Devlin expose pour la première fois les thèses qu'il formule en réaction au rapport de la Commission Wolfenden au Royaume-Uni. Ce rapport demandait au gouvernement de décriminaliser les rapports homosexuels entre adultes consentants, tout comme les activités de prostitution. Devlin s'y est opposé, considérant que la loi devait incriminer les comportements immoraux. La fonction qui est dévolue à la norme pénale incriminatrice correspond ici à ce que les auteurs anglo-américains appelleront l'« *enforcement of morals* ». V. DEVLIN (Patrick), « *Morals and the Criminal Law* », in Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, p. 1-25. Selon Hart, au contraire, c'est seulement le *tort* causé par l'acte qui est susceptible de justifier l'intervention du droit pénal (« principe de non-nuisance » qui trouve sa formulation canonique dans l'essai *De la liberté* de John Stuart Mill en 1859). Le seul caractère immoral de l'acte ne saurait entraîner aucune sanction pénale dès lors que l'acte ne cause aucun tort à autrui. Sur la position de Hart, v. notamment HART (Herbert L.A.), *The Morality of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1965. Sur l'opposition plus généralement entre « le moralisme juridique » et « l'instrumentalisme juridique » en droit pénal, v. VAN DE KERCHOVE (Michel), « Moralité du comportement et moralité de la loi pénale : pour une éthique de l'intervention pénale », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 79-91.

¹⁰² GARÇON (Émile), *Le droit pénal : origine, évolution, état actuel*, Payot, 1922, p. 131.

contente pas de réprimer « physiquement » : comme l'indique implicitement le juge Gonthier, il réprovoque « moralement », symboliquement. Cette fonction expressive de la loi pénale¹⁰³, qui fait d'elle, pour reprendre l'expression d'Anne Simonin, une « loi-pénale morale »¹⁰⁴, représente l'un des enjeux majeurs du nouveau code pénal. Le droit pénal exprime les valeurs qui lient l'individu à la collectivité et dont l'État est le gardien. Cela fait de lui un instrument efficace pour étudier la notion de citoyenneté.

§3. La délimitation du sujet

Cette étude de la notion de citoyenneté *en creux*, à travers l'analyse des sanctions privant le condamné de ses droits politiques, de leur nature, de leur régime, de leurs justifications, sera conduite en droit national à partir essentiellement de la Révolution française. Cette délimitation temporelle (C), spatiale (B) mais aussi matérielle (A) de l'étude répond à plusieurs justifications.

A. La délimitation matérielle du sujet

À titre liminaire, il convient de préciser que si l'outil sur lequel se fonde cette étude, le droit pénal, relève en France du droit privé, son objet, la citoyenneté, l'inscrit résolument dans le domaine du droit public. Sans revenir longuement sur le débat relatif à l'appartenance disciplinaire du droit pénal¹⁰⁵, on mentionnera toutefois qu'il y aurait des raisons de considérer que notre outil lui-même se rattache pour partie au droit public¹⁰⁶. C'est d'ailleurs la position à laquelle a souscrit une grande partie de la doctrine depuis le XIX^e siècle. Ainsi

¹⁰³ FEINBERG (Joel), « The Expressive Function of Punishment », in *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 98.

¹⁰⁴ SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République : une histoire de l'indignité, 1791-1958*, op. cit., p. 22.

¹⁰⁵ Sur le sujet, v. BALDOVINI (Maud), *La classification académique du droit pénal, entre droit public et droit privé. Sur un paradoxe de la science du droit*, th. dactyl., Université de Caen, 2009 ; GASSIN (Raymond), « Le droit pénal : droit public ou droit privé ? », in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, IV, PUAM, 1991, p. 51 ; CUDENNEC (Thibault), *Le droit pénal : droit privé ou droit public ?*, Mémoire de Master 2 Recherche, Université de Bordeaux, 2018.

¹⁰⁶ Parmi ces arguments, on relèvera que, conséquence de ce que le droit pénal est un droit en principe défendeur de l'intérêt général, c'est à l'État, émanation politique de ce que constitue la Société, qu'il revient d'édicter les interdits du droit pénal. On soulignera par ailleurs que l'on considère généralement que c'est la société et non l'individu privé qui est lésée par l'infraction. En troisième lieu, par différence avec la vengeance privée, la réponse est publique : l'action est dite publique et est portée par le représentant de l'État qu'est le procureur de la République. C'est à lui que revient l'initiative des poursuites devant les juridictions ainsi que la charge de la preuve. En quatrième lieu, c'est au nom de l'État que la justice pénale est prononcée. Enfin, l'application de la sanction pénale est une prérogative essentielle du Souverain.

Ortolan écrivait-il en 1863 que « le rapport d'où se déduit la conception du droit pénal n'est pas un rapport d'homme privé à homme privé [...]. Le droit pénal ne fait donc pas partie du droit privé [...]. Les personnes qui figurent dans ce rapport sont toujours : d'une part, la société qui punit ; d'autre part, le violateur du droit, qui est puni. Il faut donc dire que *le droit pénal est une partie spéciale du droit public interne* »¹⁰⁷. Que « le droit pénal [...] apparten[ne] au droit public »¹⁰⁸, c'est aussi ce que considéraient Henri Donnedieu de Vabres et, plus près de nous, Jacques-Henri Robert qui souligne qu' « en réglementant le recours de l'État à la sanction pénale, cette discipline traite d'une prérogative essentielle de la puissance publique, exercée dans l'intérêt général »¹⁰⁹. Adhémar Esmein, qui avait été choisi pour répartir les disciplines juridiques entre les sections de droit privé et de droit public¹¹⁰ à l'occasion de la réforme du concours de l'agrégation en 1896, affirmait lui-même, dans son rapport, que « *logiquement, scientifiquement*, il [le droit criminel] appartient au droit public, car dans sa conception moderne, tout délit est une atteinte à l'ordre public, une attaque contre l'État »¹¹¹. Selon Maud Baldovini, auteur d'une thèse sur *La classification académique du droit pénal, entre droit public et droit privé. Sur un paradoxe de la science du droit*, le rattachement au droit privé dans les Facultés de droit n'a pas résulté de la nature véritable du droit pénal mais de la façon dont on a conçu l'enseignement de cette discipline¹¹².

¹⁰⁷ ORTOLAN (Joseph-Louis-Elzéar), *Éléments de droit pénal : pénalité, juridiction, procédure*, t. 1, 4^{ème} éd., Paris, E. Plon & Cie ; Marescq Aîné, 1875, p. 10.

¹⁰⁸ DONNEDIEU DE VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^{ème} éd., Librairie du recueil Sirey, 1947, p. 1.

¹⁰⁹ ROBERT (Jacques-Henri), *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., PUF, 1988, p. 60. L'auteur précise que son ouvrage « s'ordonnera autour de l'idée que le droit pénal est, par son objet, une branche du droit public » (*ibid.*).

¹¹⁰ V. « Rapport présenté au Conseil supérieur de l'Instruction publique, le 23 juillet 1896, sur un projet d'arrêté portant réorganisation de l'agrégation des Facultés de droit par A. Esmein, membre du Conseil », *Annales d'histoire des Facultés de droit*, 1984, n° 1, p. 124 s.

¹¹¹ *Ibid.* (nous soulignons).

¹¹² BALDOVINI (Maud), « La classification du droit pénal et la configuration concurrentielle de la faculté de droit à la fin du XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2012, p. 151-175. Davantage que du critère organique dont elle a montré la caducité dans sa thèse, la question du droit pénal relèverait selon l'auteur d'un clivage dans la manière de penser l'enseignement du droit. On oppose ainsi les partisans d'un enseignement pratique dont le modèle est celui des Écoles de droit napoléoniennes aux tenants de l'ouverture scientifique des Facultés de droit, promue par les dirigeants républicains de l'administration de l'enseignement supérieur. Du discours justifiant la classification du droit pénal dans la section de droit privé, il ressort que les premiers, essentiellement civilistes, auraient en charge de former des praticiens là où les seconds, principalement publicistes, préparent des savants. La raison qui aurait présidé à l'inscription du droit pénal dans le programme des Écoles de droit au XIX^e siècle puis à son rattachement au droit privé est qu'il n'était pas envisageable de priver les futurs avocats et les candidats à la magistrature d'une telle formation. Le droit pénal a été d'emblée considéré comme faisant corps avec le monde judiciaire et partant, avec ceux qui avaient la charge d'en former les protagonistes. Si à partir de 1846, date de création de la première chaire de droit criminel, son enseignement fut désormais dispensé de manière autonome, il n'en demeurera pas moins conçu dans une perspective strictement professionnelle.

C'est donc dans une perspective publiciste que l'on s'intéressera au droit pénal. Si la notion étudiée de citoyenneté relève principalement du droit constitutionnel, notre problématique nous conduira à nous appuyer également sur d'autres champs disciplinaires du droit public : le droit électoral tout d'abord, le droit de la fonction publique également. L'évolution de la nature des droits politiques observée dans le dernier chapitre impliquera pour finir que l'on s'intéresse au droit international et européen des droits de l'homme ainsi qu'au droit de l'Union européenne.

Nous recourrons aussi dans une mesure limitée à d'autres disciplines des sciences humaines, en particulier à la philosophie. Il est à préciser que l'on fera un usage fonctionnel de la philosophie que l'on n'étudiera pas pour elle-même mais en tant qu'elle informe le droit positif. L'un des enjeux de cette thèse consiste précisément à traiter *juridiquement* des questions que d'aucuns considèrent en un sens comme *étrangères au droit*. Ainsi, dans la décision rendue le 4 avril 2001 par la *Divisional Court* dans l'affaire *Hirst* précitée, le *Lord Justice Kennedy* a affirmé, face à la difficulté de déterminer le but de la privation du droit de vote qui comporte « un élément de châtement et aussi un élément de droit électoral » : « peut-être le meilleur parti à prendre est-il celui suggéré par le juge Linden, à savoir *laisser aux philosophes le soin de définir la vraie nature de cette privation du droit de vote*, tout en reconnaissant que la législation fait plusieurs autres choses »¹¹³. De même, dans l'arrêt *Sauvé*, le gouvernement canadien a appelé les juges à la retenue dans leur contrôle au motif que la question de la privation du droit de vote des détenus était « une question de philosophie sociale et politique »¹¹⁴. Contrairement à la littérature dominante, nous aborderons ce sujet du point de vue du droit, en laissant notamment de côté la question normative de la légitimité même des peines privatives des droits civiques et politiques.

B. La délimitation spatiale du sujet

Nous limiterons notre enquête dont on a précisé le champ disciplinaire à l'étude du droit français. Pour être plus précis, nous la restreindrons essentiellement à la citoyenneté stato-nationale française. Dans sa thèse sur *La citoyenneté en droit public français*¹¹⁵, Anne-Sophie Michon-Traversac a en effet mis en évidence qu'il existait en droit français non pas *une* mais

¹¹³ CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, *cit.*, point 16 (nous soulignons).

¹¹⁴ *Sauvé c. Canada*, *cit.*

¹¹⁵ MICHON-TRAVERSAC (Sophie), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*

trois citoyennetés : d'une part, la citoyenneté nationale ; d'autre part, la citoyenneté européenne ; enfin, la citoyenneté calédonienne¹¹⁶. Si « la citoyenneté unique est longtemps apparue comme un modèle »¹¹⁷, la doctrine s'accorde aujourd'hui pour considérer qu'elle n'est pas propre à l'État. Il existe notamment une citoyenneté fédérale et une citoyenneté impériale dont Olivier Beaud a montré qu'elles reposaient, pour chacune d'entre elles, sur des logiques distinctes¹¹⁸.

C'est à la citoyenneté stato-nationale que l'on consacrera principalement notre analyse – ce qui n'exclut pas que des références à la citoyenneté de l'Union européenne soient faites en temps utile. Au-delà du fait que, contrairement au discours dominant selon lequel on serait entré dans une ère « post-étatique »¹¹⁹, la forme politique qu'est l'État n'est pas encore dépassée¹²⁰ – et qu'il y a toujours, ce faisant, des raisons de s'y intéresser –, ce choix du cadre étatique se justifie par notre objet. D'une part, le droit pénal reste encore essentiellement une prérogative souveraine des États. Au sein de l'Union européenne, où il n'existe qu'un embryon de droit pénal européen, la perte des droits politiques associés à la citoyenneté de l'Union ne peut résulter que d'une condamnation pénale prononcée par les États en réponse à une infraction à leur législation nationale. C'est parce qu'il a commis un crime grave en France par exemple que Thierry Delvigne, dont l'affaire sera portée en 2015 devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)¹²¹, a perdu ses droits de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen. D'autre part, même dans les pays comme les États-Unis dans lesquels il existe un droit pénal fédéral distinct du droit pénal des États fédérés, seuls les États fédérés sont compétents pour priver des condamnés de leurs droits de vote et d'éligibilité aux élections nationales : c'est aux États seuls qu'il revient de déchoir des individus des droits politiques qu'ils tirent de leur citoyenneté fédérale, quand bien même l'infraction commise relève elle-même du droit pénal fédéral. Autrement dit, même dans une

¹¹⁶ Sur la citoyenneté calédonienne, v. *ibid.*, p. 429-454.

¹¹⁷ DELPEREE (Francis), « Nouveaux aspects de la citoyenneté », *Annales du droit luxembourgeois*, 2001, vol. 11, p. 17-18.

¹¹⁸ BEAUD (Olivier), « Les citoyennetés fédérative et impériale. Deux modes particuliers d'appartenance à une communauté politique », in Olivier BEAUD, François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, *op. cit.*

¹¹⁹ Martin Loughlin souligne à cet égard que « much of the innovative literature [...] expresses itself in the language of "post-ism" : building on the claim that we are living today in a post-industrial or post-modern era, a conviction is emerging that we are entering an era of *post-state*, post-sovereignty, or post-constitutionalism » : LOUGHLIN (Martin), « In Defence of the Staatslehre », *Der Staat*, vol. 48, n° 1, 2009, p. 2.

¹²⁰ *Ibid.* V. également le chapitre « La souveraineté inaliénable et imprescriptible », in TROPER (Michel), *Le Droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 77 s.

¹²¹ CJUE, gde ch., 6 oct. 2015, aff. C- 650/13, *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre Médoc et préfet de la Gironde*, ECLI:EU:C:2015:648.

fédération « consolidée »¹²² comme les États-Unis où, à la différence de ce que l'on observe dans l'Union européenne, 1) il existe un droit pénal fédéral ; 2) la nationalité fédérale est première et est la condition d'attribution des citoyennetés fédérale et fédérée, la privation des droits civiques et politiques incombe aux États fédérés. La question d'une éventuelle compétence du Congrès pour restaurer dans leurs droits de vote et d'éligibilité aux élections fédérales les auteurs de délits ou crimes fédéraux ayant fini de purger leur peine a d'ailleurs été plusieurs fois soulevée, sans succès¹²³. En résumé, s'il existe une citoyenneté dans des formes politiques autres que l'État, la privation des droits politiques que confère la citoyenneté fédérale ou la citoyenneté impériale en réponse à une condamnation pénale ne peut résulter, elle, que des États.

Aussi est-ce à la citoyenneté étatique en général, et à l'exemple français en particulier que sera consacré l'essentiel de nos développements. On complètera ces derniers par des incursions dans les droits et les systèmes étrangers. L'utilisation que l'on fera du droit comparé est celui que décrit Pierre Legrand selon lequel « la comparaison convie le comparatiste à opérer un retour sur soi par-delà le tropisme émancipateur le poussant à s'intéresser à un autre droit »¹²⁴. En d'autres termes, le droit étranger ne sera pas décrit pour lui-même, mais toujours par rapport au droit français¹²⁵. L'idée est de mettre en lumière les ressemblances et les divergences afin d'éclairer par effet miroir ou repoussoir les solutions retenues par le système français. La comparaison avec les États-Unis, pays qui, comme la France jusque dans les années 2000, a toujours interprété et interprète toujours les incapacités électorales résultant de condamnations pénales comme des mesures visant non pas à *punir* le délinquant mais à *réguler* la composition du corps électoral, mettra en évidence la rupture qui s'opère en France, fruit d'une conception nouvelle des droits politiques.

¹²² SCHÖNBERGER (Christoph), « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale. Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2009, n° 1, p. 258.

¹²³ La question de la constitutionnalité de la compétence législative qu'aurait le gouvernement fédéral en matière de privation des droits civiques résultant de condamnations pénales a été introduite à la Chambre des représentants par le « Civic Participation and Rehabilitation Act » de 1999 (H.R.906 - *Civic Participation and Rehabilitation Act* of 1999) et par le « Voter Registration Protection Act » de 2001 (H.R. 1558 - *Voter Registration Protection Act* of 2001), soutenus respectivement par J. Conyers et par Hilliard et 18 autres membres. Le « Count Every Vote Act », introduit en 2007 (S. 450 - *Count Every Vote Act* of 2005) par la sénatrice Hillary Clinton et soutenu, entre autres, par Barack Obama, visait lui aussi à restaurer dans leur droit de vote aux élections fédérales les personnes ayant purgé la totalité de leur peine. Plus récemment encore, les « Democracy Restoration Act[s] » de 2009 (H.R. 3335 - *Democracy Restoration Act* of 2009) puis de 2015 (H.R.1459 - *Democracy Restoration Act* of 2015) ont poursuivi un objectif semblable.

¹²⁴ LEGRAND (Pierre), *Le droit comparé*, 2^{ème} éd., PUF, 2006, p. 33.

¹²⁵ PICARD (Étienne), « L'état du droit comparé en France en 1999 », in *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Paris, Société de législation comparée, 2000, p. 157.

C. La délimitation temporelle du sujet

De la même façon, le recours à l'histoire sera guidé par le souci d'identifier des continuités ou des ruptures afin de mettre en perspective la conception de la citoyenneté à l'œuvre sous la V^e République. Restreindre notre champ d'étude à cette dernière aurait considérablement limité son intérêt et sa pertinence. En premier lieu, l'on entend démontrer que la citoyenneté telle qu'on la connaît aujourd'hui est le fruit d'une évolution. En second lieu, l'instrument à partir duquel l'on se propose d'étudier la notion de citoyenneté, le droit pénal, appelle nécessairement un retour sur les régimes antérieurs. En effet, le code pénal en vigueur jusqu'en 1994 date de 1810. Aussi notre enquête devrait-elle remonter *a minima* jusqu'à cette période. On la fera débiter plus tôt encore, à la Révolution, moment où se construit l'articulation entre citoyenneté moderne et droit pénal. Il n'est pas anodin à cet égard que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la Constitution de 1791 et le code pénal de 1791 aient été rédigés en grande partie par les mêmes hommes : sur les douze membres du Comité de législation criminelle créé le 15 septembre 1789, sept firent partie du Comité de Constitution. C'est d'ailleurs de façon conjointe, au nom à la fois des Comités de Constitution et de législation criminelle, que les textes relatifs à la pénalité ont été présentés officiellement à l'Assemblée. Pierre Lascoumes se fait l'écho de cette indissociabilité des textes constitutionnels et du droit pénal lorsqu'il présente ce dernier comme le « verso du catéchisme révolutionnaire »¹²⁶.

L'on procèdera donc à une analyse systématique et proprement juridique fondée sur les lois, les débats parlementaires et la jurisprudence à partir de la Révolution française. Cela n'empêchera pas que l'on évoque, en prenant appui sur des sources secondaires, les peines privant le condamné de son appartenance à la communauté dans l'Antiquité, dans le droit féodal et dans l'Ancien droit. S'il est délicat de chercher des équivalences historiques entre des peines qui s'inscrivent dans des périodes fort éloignées¹²⁷, force est de reconnaître que les justifications des peines privatives des droits politiques n'ont, au cours de l'histoire, guère évolué. L'atimie athénienne par exemple, qui consiste dans la perte des honneurs, des charges et des dignités qui s'attachent à la qualité de citoyen, révèle en creux l'importance des devoirs

¹²⁶ LASCOUMES (Pierre), « Le verso oublié du "catéchisme révolutionnaire" : le code pénal de 1791 », *Cahiers de recherche sociologique*, vol. 13, 1989, p. 31-51.

¹²⁷ SAINT-LAURENT (Geneviève), *Le droit de vote limité par la condamnation pénale ou la quête d'un équilibre entre droit fonctionnel et droit individuel*, *op. cit.*, p. 77.

dans une théorie de la citoyenneté. C'est ce qu'avait bien perçu Aristote à propos duquel Jean-Marie Denquin écrit : « le citoyen d'Aristote, loin d'être un individu qui se borne à se prévaloir de ses droits, se définit surtout par ses devoirs. Bien que l'auteur des *Politiques* ne dispose pas d'un terme pour désigner ce phénomène, le citoyen est ce que nous nommons un militant : à la différence de l'individu quelconque, il est censé avoir des obligations envers la collectivité et se définit par cette obligation en vertu du postulat selon lequel l'essence détermine l'existence »¹²⁸. Si les attentes envers les citoyens sont dans le monde contemporain bien moindre que dans l'Antiquité grecque où les citoyens, qui représentaient une minorité d'hommes, étaient censés pouvoir se consacrer entièrement à la vie publique dans la mesure où dans la sphère privée, les femmes et les esclaves pourvoient à leurs besoins¹²⁹, il n'en reste pas moins que la violation des devoirs du citoyen continue de constituer l'une des justifications classiques des peines privatives des droits civiques. Cette justification est précisément celle que met en avant le Conseil d'État dans son rapport annuel de 2018 sur la citoyenneté. Pour ce dernier, « la cohérence du système [que constitue la citoyenneté française] tient [...] à la possibilité d'être exclu de la communauté des citoyens en cas de *manquement aux devoirs*. Certains agissements ou infractions sont en effet d'une nature telle qu'ils sont jugés par le législateur comme incompatibles avec la qualité de citoyen et doivent donner lieu à une sanction disqualifiante. La privation des droits civiques, civils et de famille est la première de ces sanctions »¹³⁰. La création même d'une *Charte des droits et devoirs du citoyen français* approuvée par le décret n° 2012-127 du 30 janvier 2012 et prévue par l'article 21-24 du code civil met en lumière l'importance de ces devoirs que doit connaître celui qui postule à la nationalité française¹³¹.

Dans l'Ancien droit, la mort civile que les juristes empruntent au droit romain et qu'ils appliquent tant au profès qu'aux condamnés à des peines perpétuelles contient également déjà en germe la seconde justification des peines privatives des droits civiques que l'on trouve

¹²⁸ DENQUIN (Jean-Marie), « Aristote et la citoyenneté », in Olivier BEAUD et François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance au corps politique*, op. cit.

¹²⁹ VATIN (Claude), *Citoyens et non-citoyens dans le monde grec*, Paris, Société d'Édition d'Enseignement supérieur, « Regards sur l'histoire », 1984. La distinction entre *astos*, membre de la cité, et *politès*, citoyen, conduit la majeure partie des habitants des cités grecques à un véritable exil intérieur. Femmes, enfants, esclaves, étrangers résidents (métèques) sont ainsi exclus du corps de plus en plus étroit des citoyens à part entière. Sur le sujet, v. également FINLEY (Moses), *Démocratie antique et démocratie moderne*, Payot, 200.

¹³⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, op. cit., p. 36 (nous soulignons).

¹³¹ Il est ainsi attendu de celle ou de celui qui postule à cette nationalité de connaître les éléments fondamentaux relatifs à la citoyenneté française, parmi lesquels « les principaux droits et devoirs qui lui incomberaient [...] tels qu'ils sont mentionnés dans la charte des droits et devoirs du citoyen français » (Art. 37 du décret n° 93-1362 sur la procédure de naturalisation).

dans les démocraties contemporaines : les religieux, auxquels on assimile le statut des condamnés, doivent être considérés comme morts civilement dans la mesure où par leur contrat envers Dieu, ils ont rompu leur « contrat vis-à-vis du public »¹³². Ces deux exemples de l'atimie athénienne et de la mort civile dans l'Ancien droit mettent donc en évidence la pertinence d'une reconstruction généalogique des peines excluant le citoyen de la communauté politique depuis l'Antiquité à nos jours. Dans cette généalogie esquissée à grands traits, seuls les éléments qui éclairent directement le droit positif feront l'objet d'une étude approfondie.

§4. Les thèses développées et le plan de l'étude

Au-delà de la thèse de la valeur heuristique d'une étude de la citoyenneté à partir du droit pénal, qui irrigue l'ensemble de ces pages, l'apport de ce travail (A) structuré en trois parties (B) se veut double.

A. Les thèses développées

Il invite à titre *premier* à compléter l'approche constitutionnaliste de la citoyenneté (1). Il contribue à titre *second* à l'histoire de la démocratie (2).

1. Les apports à une théorie de la citoyenneté

Si le cœur de notre thèse porte sur la citoyenneté entendue comme statut juridique (a), l'angle retenu fait apparaître qu'elle est aussi indissociablement un statut social (b).

a. La citoyenneté comme statut juridique

Nous entendons tout d'abord démontrer qu'il existe dans le régime actuel de la citoyenneté pensée comme statut juridique une tension entre deux modèles. Jusqu'à récemment, la citoyenneté pouvait être caractérisée doublement. L'étude des justifications des peines privatives des droits civiques révèle d'une part que la citoyenneté pouvait être pensée comme une fonction (publique) qui confère de l'honneur et implique des devoirs, le

¹³² RICHER (François), *Traité de la mort civile*, Paris, Chez Durand, 1755, p. 677.

manquement à ces derniers entraînant la perte d'attributs liés à cette fonction, voire de la fonction elle-même. L'analyse des infractions sanctionnées prioritairement par la privation des droits civiques mettait d'autre part en lumière que la citoyenneté reposait sur une vision morale du contrat social : à la différence de la déchéance de nationalité que l'on applique aux infractions à caractère politique mettant en danger la sûreté de l'État ou de la nation, les valeurs protégées par la déchéance des droits de citoyen relèvent de la moralité publique, des bonnes mœurs et de la probité. L'exercice de la citoyenneté est subordonné à une condition de moralité.

Cette conception de la citoyenneté est remise en cause ces dernières décennies par une évolution de la nature et du régime des droits politiques sous l'influence du droit des droits de l'homme : de droits au régime dérogatoire, « dans la main du législateur »¹³³, les droits politiques sont devenus des droits fondamentaux appartenant au citoyen pensé comme individu. En vertu de cette fondamentalisation des droits politiques, le législateur ne peut plus conditionner leur exercice par une exigence de moralité.

Ce changement de paradigme est corrélatif, en droit positif, de l'introduction, dans la matière, du concept de dignité individuelle de la *personne*, fondement de *droits* et vecteur d'*égalité*, qui tend à se substituer au concept de *dignitas* du *citoyen*, fondement d'*obligations* et facteur de *hiérarchisation*. Là où la *dignitas* du citoyen justifiait la privation des droits civiques, la dignité de la personne justifie que l'on limite la privation des droits civiques. On démontrera que ce changement de paradigme, toutefois, n'est pas achevé. Plus que de substitution d'un modèle de citoyenneté à un autre, il convient de parler d'une tension au sein du régime actuel de la citoyenneté.

b. La citoyenneté comme statut social

Si elle n'est pas parvenue à son terme, cette évolution traduit également une modification de la citoyenneté pensée comme statut social. Que la citoyenneté ait non seulement un contenu politique mais aussi une dimension sociale, c'est ce que les travaux de Judith Shklar précités ont mis en évidence : pour les populations noires longtemps exclues de la Cité démocratique aux États-Unis, le droit de vote est apparu comme un « signe de prestige

¹³³ Cass., civ., 28 oct. 1885, *Canoussamy-Dumont*, D.P., 1885, I, 458.

social »¹³⁴. Alain Garrigou, dans *Le vote et la vertu*¹³⁵, souligne également l'honneur qu'a représenté la citoyenneté pour les nouveaux électeurs au lendemain de l'universalisation du suffrage masculin¹³⁶. Celui-ci relève que placé dans son rôle d'électeur, « chacun gagnait l'image valorisée de soi impliquée par la valorisation du rôle »¹³⁷. Pour illustrer l'honneur associé à la citoyenneté et le déshonneur qu'il y a ce faisant à en être privé, Alain Garrigou relate une anecdote éloquente : en 1876, un ancien machiniste du théâtre d'Avignon, licencié après les élections, justifiait son zèle électoral en rapportant la rencontre du maire et de son épouse : « Il lui dit : "Vous avez un beau communard de mari !" Ma femme répondit : "C'est un brave homme." M. le maire ajouta : "Pourquoi tient-il tant à voter." – "Parce qu'il n'y a que les condamnés qui ne votent pas" »¹³⁸.

Cette réflexion fait apparaître qu'au-delà d'une différence quant aux droits qui leur sont reconnus – en l'espèce retirés –, l'exclusion des condamnés et l'infamie qu'elle entraîne sont synonymes de perte de l'honneur social. La hiérarchie dans les droits s'accompagne d'une hiérarchie dans l'honneur. La Révolution française n'a pas totalement subverti la logique ancienne des normes d'honneur. Cette double dégradation des condamnés témoigne de l'existence, au sein de la société, de différents « groupes de statut » que Max Weber définit comme des ordres regroupant des individus ayant le même prestige social, le même « honneur social » ou la même privation d'honneur social¹³⁹. Si l'on fait ainsi de l'« honneur social » la clé de « la condition qui est celle de l'état » (de « l'ordre »¹⁴⁰), on est amené à constater qu'il existe au moins deux ordres, celui des citoyens dignes et celui des « indignes ». La Révolution française, qui constitue le début de la modernité juridico-politique que Gerald Stourzh caractérise par le passage d'une société fondée sur la gradation entre ordres à l'égalisation, a laissé subsister une hiérarchie non plus sociale, certes, entre classes, mais juridique et morale, entre bons et mauvais fils de la nation.

¹³⁴ SHKLAR (Judith), *La citoyenneté américaine. La quête de l'intégration*, op. cit., p. 40. Sur la citoyenneté comme statut ayant un contenu non seulement politique mais aussi social, v. également DELOYE (Yves), « La citoyenneté entre devoir et engagement politique. Un point de vue socio-historique », in Olivier BEAUD, François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, op. cit.

¹³⁵ GARRIGOU (Alain), *Le vote et la vertu. Comment les Français sont devenus électeur*, Paris, Presses de Sciences Po, 1992.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 259 s.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 262.

¹³⁸ AN, C 3160. Cité par GARRIGOU (Alain), *ibid.*, p. 263 (nous soulignons).

¹³⁹ WEBER (Max), *Hindouisme et bouddhisme*, Champs, Flammarion, 2003, p. 123.

¹⁴⁰ WEBER (Max), *Économie et société*, vol. 1, Paris, Plon, 1971.

On soutiendra que la « révolution » dans le sujet qui nous occupe résulte au moins en partie de l'introduction du concept de dignité de l'homme comme fondement nouveau de la citoyenneté. C'est l'égalité de dignité, le fait que « tout le monde est important » qui est en partie à l'origine de l'égalisation des droits politiques accordés à un nombre croissant de condamnés et de la démocratisation de l'honneur qui en résulte. La Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud l'a affirmé en 1999 dans l'arrêt *August c. Electoral Commission* concernant des condamnés : « [l]e vote de chaque citoyen est un symbole de *dignité* et d'identité individuelle. Littéralement, il signifie que tout le monde est important »¹⁴¹. Le citoyen digne n'est plus tant le titulaire de droits politiques qui se comporte de façon digne, qui est à la hauteur de ce que la fonction implique. Le citoyen digne est l'homme à qui, en vertu de sa commune humanité, on reconnaît un droit à une existence civique, c'est-à-dire des droits politiques. Ce n'est pas l'« égaliberté »¹⁴² mais l'« égale dignité » qui fait de nos jours « l'égalité en droits »¹⁴³.

Il ressort de ces considérations que la revendication des droits politiques ne traduit plus tant une demande de *participation* politique qu'une exigence d'*inclusion* sociale. La citoyenneté se vide de son contenu politique et apparaît de plus en plus comme un statut avant tout social. Cela témoigne d'une tension quant à la signification qui est attachée à ces droits et plus généralement, quant à la démocratie.

2. Les apports à une théorie de la démocratie

On a dit la difficulté qu'avait la doctrine constitutionnaliste classique à penser le citoyen *au singulier*. Le citoyen s'effaçait derrière le concept de peuple, de corps électoral, de souveraineté nationale. De ce point de vue, étudier la citoyenneté à partir de l'individu qui, en

¹⁴¹ *August c. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1, point 17.

¹⁴² BALIBAR (Étienne), *La proposition de l'égaliberté*, Paris, PUF, 2010. Issu d'une conférence donnée en 1989, repris ensuite dans *Les frontières de la démocratie* [Paris, 1992] et augmenté à diverses occasions, le texte est désormais incorporé à la première partie du livre.

¹⁴³ Nous reprenons ce concept d'« égalité en droits » à Gerald Stourzh : v. STOURZH (Gerald), *L'isonomie moderne - Protection des droits de l'homme et participation démocratique comme système d'égalité des droits*, trad. Ph. Mothe, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2018. Celui-ci identifie deux piliers de la démocratie qu'il définit comme « isonomie », c'est-à-dire comme « égalité en droits » ou « égalité de droits » : d'une part, la *participation*, symbolisée par le droit égal au suffrage ; d'autre part, la *protection* des droits, symbolisée par le droit à un recours à la justice. Il existerait six composantes de l'isonomie, toutes différentes sur le plan de leur histoire et de leur époque. Ces six composantes isonomes sont 1) la capacité juridique universelle ; 2) l'égalité devant la loi, en particulier l'égalité en droit des personnes ; 3) l'élaboration de droits fondamentaux ; 4) l'élaboration d'une justice constitutionnelle, et, en particulier, d'un recours individuel pour garantir les droits fondamentaux ; 5) l'internationalisation des droits fondamentaux en tant que droits de l'homme ; 6) la démocratie en tant que concrétisation du droit fondamental à participer à la construction politique. V. STOURZH (Gerald), *op. cit.*

désobéissant, se départit de ce Tout, constitue une porte d'entrée pour saisir *le* citoyen. Cette étude témoigne de la difficulté inverse qu'il y a aujourd'hui, en droit positif, à penser la citoyenneté autrement qu'à partir du *sujet individuel* doté de droits opposables. La différence entre le libéralisme et la démocratie lourdement soulignée par Carl Schmitt dans sa *Théorie de la Constitution*¹⁴⁴ – cette différence prenant chez lui la forme d'une opposition radicale – tend à s'effacer. Le citoyen devient le sujet de droit. Il participe à l'exercice du pouvoir politique non plus seulement en contribuant à l'élaboration de la loi par l'intermédiaire de ses représentants mais en s'opposant à la loi devant le Conseil constitutionnel¹⁴⁵. Cette transformation de la démocratie, qu'un certain nombre d'auteurs assimilent à l'égalité des droits¹⁴⁶, met en cause pour certains la thèse même dont nous sommes partis : d'un point de vue descriptif – et non normatif – la citoyenneté, en tant que statut d'appartenance, « produit nécessairement, comme son double inversé, le *non citoyen* »¹⁴⁷.

¹⁴⁴ SCHMITT (Carl), *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, où sont opposées « la composante libérale de la constitution moderne » et sa composante politique, précisée comme démocratique. Sur l'opposition radicale entre libéralisme et démocratie chez Carl Schmitt et sa critique, v. l'article récent de JOUANJAN (Olivier), « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, n° 22, 2019.

¹⁴⁵ En ce sens, v. Dominique Rousseau qui soutient que l'apparition et l'affirmation d'un juge de la constitutionnalité des lois auraient induit une véritable mutation de la démocratie. Le système antérieur à cette évolution, qualifié de « démocratie électorale », céderait la place à une configuration nouvelle, qu'il nomme « démocratie constitutionnelle ». Pour l'auteur, cette démocratie constitutionnelle serait « plus démocratique » que la citoyenneté électorale. Par la citoyenneté électorale, les constitutions françaises auraient en effet dépossédé le peuple de son pouvoir en organisant et en légitimant l'existence et la parole des représentants et donc l'absence et le silence des représentés. S'il est théoriquement posé comme l'auteur des lois, le peuple est pratiquement considéré comme incapable de construire un système de législation. Sa seule fonction légiférante consiste à désigner ceux qui concourent concrètement à formation de la loi. Autrement dit, le citoyen n'existerait pas de façon autonome : il n'aurait pas de volonté politique indépendante de celle formulée par ses représentants. Il serait une référence idéale qui ne prend corps que par l'intermédiaire du représentant. La création de la question prioritaire de constitutionnalité permet par différence pour l'auteur de marquer plus clairement la séparation qui existe entre l'espace des citoyens, structuré par les droits fondamentaux, et l'espace des représentants, structuré par la loi. Le Conseil constitutionnel rendrait visible cette différence en opposant les droits constitutionnels des citoyens aux lois des représentants. Il manifesterait l'impossible fusion des droits des citoyens dans la volonté législative de leurs représentants. C'est en reconnaissant ainsi constitutionnellement l'autonomie de l'espace public que la démocratie constitutionnelle permettrait de penser véritablement le citoyen. V. ROUSSEAU (Dominique), « La présence-absence du citoyen dans la pensée constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1369-1377 ; v. également ROUSSEAU (Dominique) et VIALA (Alexandre), *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2004, p. 237- 242. Pour une critique de la supériorité de la démocratie constitutionnelle sur la démocratie électorale, v. DENQUIN (Jean-Marie), « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 2, 2009.

¹⁴⁶ Voir, parmi tant d'autres, STOURZH (Gerald), *L'isonomie moderne*, *op. cit.* Sur cette conception de la démocratie, v. WACHSMANN (Patrick), « Quelques remarques sur *L'isonomie moderne* de Gerald Stourzh », *Jus Politicum*, n° 23, 2019.

¹⁴⁷ COLLIOT-THELENE (Catherine), « Le citoyen et l'étranger », *op. cit.* Pour faire tenir ensemble le concept de démocratie et le concept de citoyenneté, des auteurs proposent, non plus pour les condamnés mais pour les étrangers, de s'en remettre à la question de l'ouverture des conditions d'accès à la nationalité, soit de plein droit, soit par les conditions d'acquisition. V. BEAUD (Olivier), « Un nouvel horizon pour la démocratie ? Le droit de vote des étrangers aux élections nationales », Communication présentée au colloque des 20 et 21 mars 2015 au Parlement du Luxembourg ; du même auteur, v. « Les étrangers exclus du droit de vote. Une telle exclusion est-

Il convient de préciser que cette lecture de la démocratie ne fera pas l'objet de chapitres ou de sections spécifiques. Elle se lira, comme nous l'avons annoncé, *en filigrane* de la thèse qui est articulée en trois parties autour de la notion de citoyenneté, notre objet premier.

B. Annonce du plan

La première partie, consacrée aux *bénéficiaires de la citoyenneté*, sera l'occasion de mettre en évidence le fait que la loi pénale trace les contours externes et internes du corps politique, déterminant incidemment les titulaires des droits de citoyen. Les frontières de la communauté politique ayant été délimitées, on s'intéressera dans un second temps à sa « substance ». On identifiera la *nature de la citoyenneté* à partir de l'étude des justifications données aux peines privatives des droits civiques ainsi que des valeurs que le législateur et le juge entendent protéger par l'exclusion des condamnés. La dernière partie, dédiée au *contenu matériel de la citoyenneté*, mettra en évidence l'évolution de la nature et du régime des droits politiques ces dernières années. On démontrera que loin de se limiter aux seuls droits, la portée de cette évolution est telle qu'elle conduit à une réévaluation des qualités que l'on est en droit d'attendre des citoyens et à une remise en cause de la nature de la citoyenneté identifiée dans la seconde partie. Les conclusions de la seconde partie n'en deviennent pas pour autant caduques. Plus qu'à la substitution achevée d'un modèle de la citoyenneté à un autre, on a affaire à une tension dans le régime actuel de la citoyenneté.

Partie I. Les bénéficiaires de la citoyenneté : les contours du corps politique tracés par la loi pénale

Partie II. La nature de la citoyenneté : la substance du corps politique dessiné par la loi pénale

Partie III. Le contenu de la citoyenneté : l'évolution de la conception des droits politiques à l'épreuve du droit pénal



elle nécessairement anti-démocratique ? in Thomas EHRARD et Sylvie STRUDEL (dir.), *Vies politiques. Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*, 2018, p. 223-247.

PARTIE I.

**LES BÉNÉFICIAIRES DE LA CITOYENNETÉ :
LES CONTOURS DU CORPS POLITIQUE TRACÉS PAR LA LOI PÉNALE**

Dans *La métaphore vive*, Paul Ricœur définit la métaphore comme une « erreur calculée » : « ce qui est en jeu dans un énoncé métaphorique, c'est de faire apparaître une "similitude" là où une vision ordinaire ne perçoit pas d'adéquation du tout. Ici la métaphore opère d'une manière qui est proche de ce que Gilbert Ryle a appelé une "category-mistake" (une "erreur de catégorie"). Elle consiste à assimiler des choses qui ne vont pas ensemble. Mais précisément, par le biais de cette erreur calculée, la métaphore révèle une relation de signification, qui n'avait jusqu'alors pas été perçue, entre des termes qui étaient empêchés de communiquer entre eux par les classifications antérieures »¹⁴⁸.

La métaphore du criminel privé de ses droits politiques comme étranger est récurrente dans le discours juridique qui souligne la « similitude, jusqu'à un certain point, du stigmaté pénal et de l'extranéité, des criminalisés et des étrangers. Casier judiciaire et extranéité [...] définissent des incapacités, excluent de la citoyenneté [...] »¹⁴⁹. C'est d'ailleurs là un des arguments invoqués par les requérants dans la décision de la Cour européenne des droits de l'homme *Anchugov and Gladkov v. Russia* en date du 4 juillet 2013 : ces derniers soulignent que « n'ayant pas le droit de vote, les détenus *ne peuvent en fait être distingués des étrangers* »¹⁵⁰. Cette métaphore complique la distinction entre national et citoyen telle que nous la connaissons en droit public français. Elle indique que les contours externes de la communauté politique ne sont pas tracés uniquement par le droit de la nationalité, mais aussi par la loi pénale. Aux origines de la citoyenneté moderne telle que nous la concevons depuis la Révolution française, la loi pénale a d'ailleurs été première par rapport à la nationalité dans sa fonction délimitante : en 1789, le non-citoyen n'est pas tant l'étranger que le criminel déchu de ses droits civiques. On naturalise les bons citoyens et on exclut les mauvais citoyens. La distinction constitutive de la citoyenneté passe entre le citoyen et l'infacteur, non entre le citoyen et le non-national. La question, à l'Assemblée, du statut du citoyen dégradé civiquement – conserve-t-il tout de même sa qualité de Français ou devient-il étranger ? – met précisément en évidence la nécessité d'introduire un concept de *nationalité* distinct de celui de *citoyenneté*. Ce sera chose faite avec le code civil napoléonien.

Afin de mettre en lumière l'apport du droit pénal à la citoyenneté – cet apport n'étant ici pas seulement « cognitif », au sens où le droit pénal serait un instrument de connaissance de

¹⁴⁸ RICOEUR (Paul), *Anthologie*, éd. par M. Fœssel et F. Lamouche, Paris, Le Seuil, 2007, p. 116-117.

¹⁴⁹ BRION (Fabienne), « Extranéité, stigmaté pénal et exclusion du marché du travail. L'exemple de la carte professionnelle », *Critique régionale*, 1994, n° 21-22, p. 20.

¹⁵⁰ CEDH, 4 juill. 2013, *Anchugov and Gladkov v. Russia*, req. n° 11157/04 et 15162/05. Nous insistons.

la citoyenneté, mais « instituant » au sens où concrètement, le droit pénal a une incidence sur la détermination des frontières du corps politique, où il participe à sa constitution –, on se propose d’esquisser une généalogie de ces frontières en analysant les rapports entre citoyenneté, droit pénal et nationalité depuis la Révolution jusqu’à l’entrée en vigueur du nouveau code pénal en 1994 (chapitre 1).

Depuis cette entrée en vigueur, le criminel n’est plus déchu de son statut de citoyenneté mais de (certains de) ses droits de citoyen. Aussi la comparaison du criminel et de l’étranger n’est-elle plus pertinente. Le criminel n’en reste pas moins, au sein des frontières de la nation, le dernier exclu après la suppression des critères traditionnels d’exclusion de l’argent, du sexe, de la race et même, depuis mars 2019, de l’incapacité (chapitre 2). Avec les mineurs, les criminels sont les seuls aujourd’hui en France à pouvoir être tout à la fois nationaux et non-citoyens ou « moins citoyens ». Le criminel reste la figure potentielle de l’« exclu de l’intérieur ». Le droit pénal révèle l’existence d’un « cens caché »¹⁵¹, pour reprendre le titre d’un ouvrage de Daniel Gaxie.

¹⁵¹ GAXIE (Daniel), *Le cens caché. Inégalités culturelles et ségrégation politique*, Paris, Éd. du Seuil, 1998.

CHAPITRE 1. DROIT PÉNAL ET NATIONALITÉ : ESQUISSE D'UNE GÉNÉALOGIE DES CONTOURS EXTERNES DU CORPS POLITIQUE

Durant la Révolution, « la loi essentielle en matière de citoyenneté est la loi pénale »¹⁵². C'est en ce sens que le député Tallien peut affirmer en 1795 qu'« il n'y a d'étranger en France que le mauvais citoyen »¹⁵³. Cette affirmation est toutefois à nuancer : la loi pénale, pendant les premières années, n'exclut pas encore à proprement parler mais rétrograde temporairement, mettant en évidence le fait que la citoyenneté, dans sa période fondatrice, ne se pense pas dans les termes binaires d'une opposition citoyen/non citoyen mais sur le modèle d'une « échelle graduée »¹⁵⁴ ou d'un *continuum* laissant entrevoir différents « états du citoyen » (section 1).

À l'exclusion *radicale* dans un second temps des étrangers du corps politique dont l'appartenance est dorénavant conditionnée par la nationalité répondra, à partir de 1832, la relégation automatique et définitive des condamnés en dehors de la communauté des citoyens. À partir de cette date et jusqu'à l'adoption du nouveau code pénal, les criminels et un nombre incalculable de délinquants déchus *ipso facto* non seulement de l'exercice mais de la jouissance de leurs droits civiques s'imposent, comme les étrangers, comme figure durable non plus du « moins citoyen » mais du « non-citoyen » républicain (section 2).

Section 1 – La figure du non-citoyen pendant la Révolution : le criminel, non l'étranger

L'Ancien régime est aboli par le passage d'une société d'ordres à un État représentatif centré sur l'Assemblée nationale, par l'élimination des hiérarchies et des privilèges féodaux.

¹⁵² SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁵³ Cité par AZIMI (Vida) dans « L'étranger sous la révolution », in Michel VOVELLE (dir.), *La révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?* - Actes du Colloque d'Orléans, 11-13 Septembre 1986, Paris, PUF, 1988, p. 702.

¹⁵⁴ Nous reprenons l'image à SEWELL (William H.) dans son article « Le Citoyen, la Citoyenne: Activity, Passivity and the French Revolutionary Concept of Citizenship », in Colin LUCAS (ed.), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, vol. 2: *Political Culture of the French Revolution*, Oxford, Pergamon Press, 1988, p. 105-125. Anne Simonin reprend également cette métaphore : v. SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 56 s. ; du même auteur, v. « Être non citoyen sous la Révolution Française. Comment un sujet de droit perd ses droits », in Raymond MONNIER (dir.), *Citoyens et citoyenneté sous la Révolution française*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 295 s. On la retrouve également sous la plume d'Elisabeth F. Cohen qui décrit toujours la notion de citoyenneté à l'époque contemporaine (après la Révolution française, donc) comme une « gradient category » : COHEN (Elisabeth F.), *Semi-Citizenship in Democratic Politics*, New-York and Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

À partir de là, la citoyenneté moderne, par où l'on entend la soumission au règne de la loi issue de la nation, peut s'inscrire dans les institutions. La naissance du citoyen pendant cette période participe d'un double processus¹⁵⁵ : un processus d'unification et d'uniformisation des statuts par soumission à une loi commune d'abord, ce qui oppose le citoyen au privilégié ou au membre d'un ordre ; un processus d'affranchissement et d'émancipation politique ensuite, ce qui l'oppose au sujet, à l'assujetti : la souveraineté change de titulaire, c'est la Nation qui en est désormais investie. « En transférant la souveraineté de la tête du roi à la nation, en faisant de chaque citoyen, en tant que membre de la nation, le titulaire d'une parcelle de souveraineté nationale, la Révolution a créé les conditions du développement de la démocratie. Paradoxe ou effet pervers, elle aurait simultanément verrouillé l'État-nation en instituant une frontière plus étanche que jamais entre le national-citoyen et l'étranger non-citoyen, en réservant aux nationaux la jouissance et l'exercice des droits civiques »¹⁵⁶. En transférant les frontières de l'exclusion sociale de l'intérieur vers l'extérieur, comme Lucien Febvre l'a bien noté¹⁵⁷, l'État-nation révolutionnaire aurait créé les conditions pour qu'un « lourd complexe se noue autour de l'étranger »¹⁵⁸. En réalité, la transformation de l'idée nationale en mécanisme d'exclusion à l'encontre des étrangers n'a pas été immédiate¹⁵⁹ (§1). C'est le code pénal, véritable charpente du nouvel ordre public, qui institue la frontière au-delà de laquelle un membre est exclu de la communauté politique (§2).

§1. L'inclusion de l'étranger dans la citoyenneté révolutionnaire

Fidèles à l'idéologie cosmopolite de la fin du XVIII^e siècle, les révolutionnaires ont accordé la citoyenneté française à des étrangers, dont certains siègeront à la Convention. De façon significative, les Constitutions révolutionnaires se préoccupent moins de définir le national que de déterminer les conditions d'accès à la qualité de citoyen (A). Elles ouvriront largement l'accès à la citoyenneté française, en accordant, d'une part, la même place à la filiation, à la naissance et à la résidence en France et en naturalisant, d'autre part, des

¹⁵⁵ LECA (Jean) « Citoyen », in Olivier DUHAMEL et Yves MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 143.

¹⁵⁶ LOCHAK (Danièle) « La citoyenneté : un concept juridique flou », *op. cit.*, spéc. p. 181.

¹⁵⁷ FEBVRE (Lucien), « Frontière, le mot et la notion » (1928), in *Pour une histoire à part entière*, Paris, SEPVEN, 1962, p. 12 s.

¹⁵⁸ NORA (Pierre), « Nation », in François FURET (dir.), *Dictionnaire critique de la révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 804.

¹⁵⁹ V. SLAMA (Serge), *Le privilège du national : étude historique de la condition civique des étrangers en France*, *op. cit.*

étrangers qui, sans remplir ces critères, font montre, en épousant la cause révolutionnaire, de leur « consanguinité philosophique » avec le peuple français (B).

A. La définition de la qualité de citoyen français : l'appartenance à la Nation au fondement de la citoyenneté

On ne saurait trouver meilleure définition de la citoyenneté révolutionnaire que celle donnée devant la Convention par le député Lanjuinais, selon lequel :

« L'idée générale que réveille le mot citoyen est celle de membre de la cité, de la société civile, de la nation. Dans un sens rigoureux, il signifie seulement ceux qui sont admis à exercer les droits politiques [...], en un mot les membres du souverain. Mais dans l'usage, on applique cette expression à tous ceux qui sont du corps social, c'est-à-dire qui ne sont ni étrangers ni morts civilement, soient qu'ils aient ou non des droits politiques ; enfin à tous ceux qui jouissent de la plénitude des droits civils [...]. Voilà les citoyens dans le langage le plus ordinaire. Les publicistes et même les législateurs confondent souvent ces deux significations très différentes »¹⁶⁰.

L'exercice des droits politiques, qui constitue aujourd'hui l'essence de ce que l'on entend par la notion de citoyenneté, n'est pas consubstantiel à la qualité de citoyen pendant la décennie révolutionnaire. La citoyenneté, sous la Révolution, désigne au sens large l'appartenance à la cité, à la société civile et au sens étroit, l'appartenance à la nation. En tant que membre de la cité, le citoyen est celui qui jouit de droits naturels et civils (1) ; en tant que membre de la nation, il jouit du droit d'être représenté, lequel droit n'implique pas par lui-même le droit de participer activement à la puissance publique en général, et le droit de voter en particulier (2). C'est en ce sens que doit être interprété l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

1. Du droit de cité : les droits naturels et civils des citoyens français

Dans la Déclaration de 1789, le terme de citoyen est parfois employé dans un sens large pour désigner n'importe quel homme. Quand l'article 7 prescrit que « tout *citoyen* appelé ou saisi en vertu de la loi, doit obéir à l'instant », c'est n'importe quel sujet de la loi qui est visé. De même, l'article 11 proclame que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'*homme* : tout *citoyen* peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi ». Ainsi

¹⁶⁰ *A.P.*, t. 63, 23 avril 1793, p. 562.

que l'a mis en évidence Michel Troper¹⁶¹, le passage de l'« homme » au « citoyen » souligne que certains des droits naturels, appelés justement « droits civils », sont exercés en société, de sorte que l'homme devient un citoyen. La Déclaration n'emploie en revanche que le terme d'« homme » lorsqu'elle ne vise que les droits naturels que l'on peut concevoir en dehors de toute société : c'est ce que suggère la lecture de l'article premier, aux termes duquel « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit » ou celle de l'article 2 qui énonce que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». En d'autres termes, « les droits de l'homme sont [...] les droits qui lui appartiennent en tant qu'homme avant même qu'il fasse partie d'une société politique et qui continueraient de lui appartenir s'il cessait de faire partie de cette société politique »¹⁶². Les droits du citoyen, au contraire, sont les droits qui appartiennent à l'individu en tant qu'il fait partie d'une société politique, qui cesseraient de lui appartenir s'il cessait de faire partie de cette société politique. Cela ne signifie pas pour autant que les droits du citoyen compris ici au sens large comme membre de la cité soient une concession de la société politique : les droits du citoyen ne diffèrent pas substantiellement des droits de l'homme mais sont les droits naturels eux-mêmes en tant qu'ils sont reconnus et garantis par la société politique ; ils contiennent en eux-mêmes le droit d'exiger du corps social qu'il les reconnaisse, les respecte et les protège¹⁶³. Pour le dire autrement, la Déclaration « énumère et détermine les droits de l'individu en tant qu'homme et en tant que citoyen, c'est-à-dire non seulement les droits qui appartiennent à l'homme théoriquement, mais encore ces droits reconnus et efficacement garantis par la société »¹⁶⁴.

Le citoyen, membre de la cité, est donc l'homme qui possède des droits naturels et civils, les droits « civils » étant à l'époque une catégorie plus large qu'aujourd'hui, incluant tant les droits que nous qualifions de civils (le droit à la propriété, etc.), que des droits civiques : pour les révolutionnaires, « les droits du citoyen sont [...] ce qu'on appelle parfois les droits civiques. La Constitution de 1791 les appelait droits civils (tit. I) »¹⁶⁵. Font ainsi partie des droits dits « civils » du citoyen « le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique » (art. 14) ou encore le droit d'être

¹⁶¹ TROPER (Michel), « La notion de citoyen sous la Révolution française », in *Études en l'honneur de Georges Dupuis. Droit public*, LGDJ, 1997, p. 304.

¹⁶² DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, 2^{ème} éd., Paris, E. de Boccard, 1923, p. 579.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 579-581.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 580.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 581.

admis « à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » (art. 6).

Il peut à première vue paraître surprenant que la Déclaration de 1789 ne dise mot des droits politiques, si l'on entend par cette expression les « droits reconnus aux individus de participer à l'exercice de la puissance publique » par le vote. C'est que, contrairement à ce que déclare Robespierre, la participation civique n'est pas selon Duguit un droit naturel – mais tout au plus un moyen civil de défense de ceux-ci. Pour le doyen de Bordeaux, les droits politiques ne sont pas des droits inhérents à la qualité d'homme, ou – ce qui est la même chose – à la qualité de citoyen membre de la *civitas*, mais des droits que la puissance publique peut concéder comme elle l'entend, avec les conditions et les réserves qu'il lui semble bon d'établir ; ces droits ne devaient donc pas être énoncés dans un acte fixant les limites des pouvoirs de l'État¹⁶⁶.

2. Du droit de voter : les droits politiques des citoyens actifs français

Que le suffrage politique ne soit pas un droit inhérent à la qualité de citoyen français, c'est précisément ce que la doctrine (a), confirmée en cela par les Constitutions révolutionnaires (b), va affirmer jusqu'en 1795.

a. La controverse doctrinale sur le fondement du suffrage politique

Cette affirmation ne s'est pas imposée d'emblée. On a pu soutenir au contraire que le droit de suffrage était attaché à la qualité de membre de la cité. La question du fondement du droit de suffrage a été l'objet de vifs débats. Deux conceptions se sont partagées les esprits à la fin du XVIII^e siècle. La première, selon laquelle le droit de vote appartient à tout citoyen, est celle qu'a développée Rousseau dans le *Contrat social*. Rousseau part de l'idée que l'État n'est pas autre chose que la somme numérique des individus qui le composent : « le souverain n'est formé que des particuliers qui le composent »¹⁶⁷. Par suite, la souveraineté étatique n'est faite que des souverainetés individuelles des citoyens : « supposons que l'État soit composé de dix mille citoyens [...]. Chaque membre de l'État a, pour sa part, la dix millièmes partie de

¹⁶⁶ *Ibid.* Voir aussi MAGNETTE (Paul), *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, op. cit., p. 194.

¹⁶⁷ ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Le Contrat social*, Paris, Flammarion, 1992, L. I, ch. 7, p. 42.

l'autorité souveraine »¹⁶⁸. Il en résulte que tout individu membre de la collectivité possède comme tel un droit intangible de participer à l'exercice de la souveraineté, que tout citoyen a droit à une représentation individuelle et doit par conséquent être admis à l'électorat. De même, la volonté générale prend sa consistance, selon un même raisonnement, dans les volontés individuelles. La Nation souveraine n'étant pas autre chose que la réunion et le total de tous les individus qui la composent, il est nécessaire, pour avoir l'expression de la volonté générale, de consulter tous les membres de la nation. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux termes duquel « la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation » ne dirait pas autre chose. Condorcet, mais aussi Mirabeau, Robespierre ou Boissy d'Anglas partagent cette conception. Dans son *Rapport sur le projet de Constitution*, Boissy d'Anglas affirme en l'an III : « nous n'avons pas cru qu'il fût possible de restreindre le droit de citoyen [...]. La société est composée de membres tous égaux ; elle ne peut en expulser aucun de son sein »¹⁶⁹. L'électorat est donc un droit, un droit « naturel » dira Condorcet, inhérent à la qualité de membre de l'État et antérieur à toute Constitution étatique.

Aussi les femmes, les enfants mais aussi les « indignes » ne sauraient-ils être exclus du suffrage. C'est là une des conséquences logiques qui témoignent du caractère erroné de cette conception pour ses adversaires. Indépendamment de ses conséquences, c'est le principe même sur lequel repose la position rousseauiste qui est selon ces derniers erroné : la Nation en corps est une personne distincte des individus qui la composent. C'est elle qui est titulaire de la souveraineté. La souveraineté nationale ne se fractionne point entre les membres de la nation mais reste l'attribut indivisible et inaliénable de la nation elle-même. Les citoyens, bien qu'ils soient les membres constitutifs du corps national, ne possèdent pas individuellement la souveraineté. Par suite, ils n'ont aucun droit individuel, inhérent à leur qualité de membres de la nation et antérieur à la législation positive, de participer à la puissance publique. L'exercice des droits politiques est une fonction dont la Constitution et le législateur déterminent les conditions. Barnave s'exprimait ainsi devant l'Assemblée dans la séance du 11 août 1791 : « la qualité d'électeur n'est qu'une *fonction* publique, à laquelle personne n'a *droit*, que la société dispense ainsi que le lui prescrit son intérêt ; la fonction d'électeur n'est pas un

¹⁶⁸ *Ibid.*, L. III, ch.1, p. 87.

¹⁶⁹ *Moniteur*, Réimpression, t. 26, 23 juin 1795, p. 81 s. Cité par CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1922 [réed. CNRS, 1962], p. 426.

droit »¹⁷⁰. Dans le même esprit, Thouret affirmait que le « peuple est obligé d'élire par sections, chacune de ses sections, même en élisant immédiatement, n'élit pas pour elle-même, mais élit pour la nation entière [...]. Alors, la qualité d'électeur est fondée sur une *commission publique*, dont la puissance publique du pays a le droit de régler la *délégation* »¹⁷¹. L'idée dominante à l'Assemblée en 1789 est bien que l'électorat n'est pas un droit, mais une fonction : les hommes qui exercent le droit de suffrage le font au nom de la nation dont ils sont les représentants. Il appartient alors à la Constitution de déterminer les conditions les plus favorables pour dégager la volonté nationale et désigner les personnes qui seront chargées d'exprimer cette volonté. Certes, « la loi est expression de la volonté générale », mais la volonté générale n'est pas volonté de tous ; elle est la raison collective qu'un petit nombre d'hommes soigneusement choisis exhume. Bien qu'elle ne soit pas élue par tous les citoyens, l'Assemblée qui fait les lois les représente toutefois tous également et sans exception : chaque citoyen est représenté dans l'acte de confection des lois non pas en tant qu'individualité distincte et singulière mais comme partie composante du tout indivisible de la nation. C'est en ce sens que doit être interprété l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme. Le droit qu'il consacre n'est pas le droit de voter, mais celui d'être représenté¹⁷².

Rousseau, qui, en partant de ce que le citoyen est membre du souverain, avait conclu qu'il est souverain lui-même, « avait ainsi confondu la souveraineté et la *civitas* : du droit d'être citoyen il avait déduit le droit de voter. La Constituante distingue nettement ces deux droits : elle n'admet pas que la jouissance de l'un entraîne nécessairement la possession de l'autre. Tout membre de la nation est bien citoyen, mais tout citoyen n'est pas électeur »¹⁷³. Pour le dire autrement, chaque membre du corps national souverain « possède la qualité de citoyen, c'est-à-dire participe à la *civitas*, et chacun a le droit de faire reconnaître en sa personne individuelle cette qualité civique. C'est là un droit, individuel et en même temps commun à tous, qui découle de la nature même de la nation [...], et qui est donc – si l'on veut – un droit "naturel" »¹⁷⁴. Mais ce droit de participer à la *civitas* n'entraîne pas un droit de participer individuellement à l'activité souveraine de la nation : si « la représentation passive

¹⁷⁰ *A.P.*, t. 29, 11 août 1791, p. 366. Cité par DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, 3^{ème} éd., Paris, E. de Boccard, 1928, p. 581 (nous soulignons).

¹⁷¹ Séance du 11 août 1791, cité par CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 434-435. Les italiques sont de l'auteur.

¹⁷² *Ibid.*, p. 436.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 432.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 431.

est un droit absolu »¹⁷⁵, « la représentation active n'est pas un droit primitif du citoyen » : elle est une fonction accordée par la Constitution et exercée au nom de tous et pour tous. Au point de vue juridique, l'exclusion portée contre une partie des citoyens se justifie par cette idée que le droit à la représentation, et pareillement à l'électorat, appartient non pas aux citoyens *ut singuli*, mais à leur totalité indivisible, la nation.

Il ressort de ce développement que les droits inhérents à la qualité de citoyen conçu non seulement comme membre de la cité mais aussi comme membre de la Nation sont les droits *naturels et civils* (ces derniers incluant des droits « civiques »), non pas les droits *politiques*, si l'on entend par là l'exercice de la fonction d'électeur. On pourrait dire, en reprenant une distinction fort usitée par les révolutionnaires, que la qualité de citoyen confère par elle-même non pas l'exercice mais la jouissance des droits politiques¹⁷⁶ : non pas le droit de voter mais celui d'être représenté. Du fait de cette distinction, il est possible de réduire le droit de vote à certains hommes sans nier pour autant la qualité de citoyen à ceux qui en sont privés. Les Constitutions successives vont venir consacrer cette logique, en dissociant et en affirmant en même temps le principe de l'universalisation de la citoyenneté et celui de la limitation des droits politiques.

b. Les réponses du droit positif : analyse des Constitutions révolutionnaires

Selon l'article 2 du titre II de la Constitution du 14 septembre 1791 portant sur « l'état des citoyens »,

« Sont citoyens français : - Ceux qui sont nés en France d'un père français ; Ceux qui, nés en France d'un père étranger, ont fixé leur résidence dans le Royaume ; - Ceux qui, nés en pays étranger d'un père français, sont venus s'établir en France et ont prêté le serment civique ; - Enfin ceux qui, nés en pays étranger, et descendant, à quelque degré que ce soit, d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion, viennent demeurer en France et prêtent le serment civique ».

Il est remarquable que les constituants aient employé les termes « ceux qui » et qu'ils n'aient mentionné aucune condition d'âge ni de sexe. Dès lors, tous les individus qui remplissent les conditions requises pour être français sont, en même temps, et par cela seul, « citoyens français ». Tout Français possède dans l'ordre politique la qualité de citoyen : « les

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 437.

¹⁷⁶ V. en ce sens TROPER (Michel), « La notion de citoyen sous la Révolution française », *op. cit.*, spéc. p. 303-313.

deux qualités vont ensemble ; elles ne peuvent, ni s'acquérir, ni se perdre, l'une sans l'autre »¹⁷⁷. Si tous ont la qualité de citoyen, seuls certains sont habilités à participer activement à l'exercice du pouvoir politique : la Constitution les désigne par l'expression de « citoyen actif », consacrant la célèbre distinction élaborée par Sieyès entre citoyens actifs et citoyens passifs¹⁷⁸. Sont citoyens actifs les Français de plus de vingt-cinq ans, domiciliés dans la ville ou dans le canton depuis le temps déterminé par la loi et payant une contribution directe au moins égale à la valeur de trois journées de travail (art. 2 du Tit. III, ch. 1, sect. 2). Les femmes, les mineurs, les domestiques, ceux qui, en d'autres termes, ne possèdent pas l'autonomie et la liberté de la volonté, sont citoyens passifs. Les citoyens actifs désignent au sein des assemblées primaires les électeurs du second degré chargés d'élire les députés. Sont éligibles dans les assemblées primaires les électeurs dont la contribution est portée à dix journées de travail. Enfin, pour être éligible à l'Assemblée nationale, il faut posséder une propriété foncière.

Le plan de constitution girondin présenté à la Convention nationale les 15 et 16 février 1793 par Condorcet et la Constitution montagnarde du 24 juin 1793 abolissent ce système du cens et instaurent le suffrage universel masculin. Dans le projet girondin, désormais, tout homme âgé de vingt et un ans accomplis ayant résidé depuis un an sans interruption sur le territoire français est Citoyen de la République (art. 1). Tout Citoyen qui remplit les conditions exigées par l'article premier pourra exercer son droit de suffrage dans la portion du territoire de la République où il justifiera une résidence actuelle de trois mois sans interruption (art. 3). À la lecture de ces deux articles, le projet girondin semble ne plus reconnaître la qualité de Citoyen français à tous les Français mais uniquement à ceux qui participent activement à l'exercice du pouvoir politique. Tout citoyen serait désormais électeur. Ne serait citoyen que l'homme qui jouit du droit de vote. Une partie de la doctrine

¹⁷⁷ CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 432. Aussi les femmes sont-elles également citoyennes. V. en ce sens TROPER (Michel), « La notion de citoyen sous la Révolution française », *op. cit.*, p. 307 ; GODINEAU (Dominique), « Femmes en citoyenneté : pratiques et politique », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 300, avril-juin 1995, p. 197-199.

¹⁷⁸ Sieyès exprime cette distinction en 1789 dans les termes suivants : « la différence [entre droits naturels et civils d'une part, droits politiques de l'autre] consiste en ce que les droits naturels et civils sont pour le maintien et le développement desquels la société s'est formée ; et les droits politiques sont ceux par lesquels la société se forme. Il vaut mieux, pour la clarté du langage, appeler les premiers, droits passifs, et les seconds, droits actifs. Tous les habitants d'un pays doivent y jouir des droits de citoyen passif : tous ont droit à la protection de leur personne, de leur propriété, de leur liberté, etc., mais tous n'ont pas droit à prendre une part active dans la formation des pouvoirs publics ; tous ne sont pas citoyens actifs », SIEYES (Emmanuel-Joseph), *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 20-21 juill. 1789, in Stéphane RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 600.

interprète cette assimilation du citoyen à l'électeur comme le retour à l'idée rousseauiste selon laquelle la qualité de citoyen bien comprise implique nécessairement le suffrage politique. À cet égard, l'article 27 de la Déclaration des droits girondine, votée par la Convention, établit que « elle [la souveraineté] réside essentiellement dans le peuple entier et [que] chaque citoyen a un *droit égal* de concourir à son exercice »¹⁷⁹: le droit électoral de tout citoyen est affirmé comme conséquence du principe de souveraineté populaire. Une lecture combinée des articles 4, 7, 8 et 11 de la Constitution montagnarde suggère une même solution. La Convention n'établit point cependant le suffrage des femmes qui appartiennent pourtant au peuple. Elle n'était pas logique avec elle-même¹⁸⁰.

Une autre lecture des Constitutions de 1793 est toutefois possible. On peut considérer, en suivant l'interprétation qu'en donne Michel Troper¹⁸¹, que le projet girondin contient dans ses articles 2 et 5 l'esquisse d'une solution qui sera explicitée par la Constitution montagnarde : ces articles distinguent en effet la « qualité de Citoyen français » de l'« exercice du droit de suffrage ».

art. 2 : La *qualité de Citoyen Français* se perd par la naturalisation en pays étranger, et par la peine de la dégradation civique.

art. 5 : Il y aura deux causes d'incapacité pour l'*exercice du droit de suffrage* : la première l'imbécillité ou la démence, constatée par un jugement ; la seconde la condamnation légale aux peines qui emportent la dégradation civique.

On peut donc perdre la qualité de citoyen, ce qui emporte bien évidemment la perte du droit de suffrage ; mais l'exercice de ce droit peut aussi être suspendu ou retiré sans que la qualité de citoyen soit perdue. La formulation de l'article 4 de la Constitution montagnarde substitue la formule « admis à l'exercice des droits de citoyen français » à celle des girondins « est citoyen français », plus simple mais qui impliquait que les femmes et les mineurs n'étaient pas citoyens et ne faisaient pas partie du peuple souverain¹⁸². On peut, au contraire, aux termes de l'article 4, les considérer comme citoyens, même s'ils ne sont pas admis à exercer le droit de vote.

¹⁷⁹ Nous soulignons.

¹⁸⁰ V. sur ce point DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., t. 2, p. 583.

¹⁸¹ TROPER (Michel), « La notion de citoyen sous la Révolution française », op. cit., p. 311.

¹⁸² *Ibid.*

art. 4 : Tout homme né et domicilié en France, âgé de vingt et un ans accomplis ; Tout étranger âgé de vingt et un ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une année - Y vit de son travail - Ou acquiert une propriété - Ou épouse une Française - Ou adopte un enfant - Ou nourrit un vieillard ; Tout étranger enfin, qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité, *est admis à l'exercice des Droits de citoyen français.*

La Constitution de l'an III également, selon une grande partie de la doctrine, attribue la qualité de citoyen français à tous les Français même si tous n'exercent pas les droits politiques : on revient en 1795 à la solution de 1791 qui distinguait les citoyens actifs des citoyens passifs¹⁸³. Certes, la rédaction de la Constitution thermidorienne est de nouveau ambiguë. Aux termes de l'article 8, sont citoyens français les hommes âgés de 21 ans, nés en France, y résidant depuis un an, payant une contribution directe ou ayant fait une ou plusieurs campagnes pour l'établissement de la République. L'article 11 précise que les citoyens français peuvent seuls voter dans les Assemblées primaires et être appelés aux fonctions établies par la Constitution. Combinés avec l'article 17 qui déclare que la souveraineté réside dans « l'universalité des citoyens » – et non plus « dans la nation » comme en 1791 et en 1793 –, il semble que tout citoyen soit électeur et que quiconque n'est pas électeur n'est pas citoyen. En réalité, on reproduit le système de 1791 : tout Français est citoyen, mais l'électorat est une fonction dont le citoyen n'est investi que sous certaines conditions spéciales. La Convention thermidorienne revient aux distinctions citoyens actifs-passifs sans oser le proclamer, par peur de soulèvements populaires¹⁸⁴.

Cette analyse des Constitutions qui se sont succédé pendant la période révolutionnaire témoigne d'une relative constance dans la volonté d'accorder de façon « universelle » la qualité de citoyen français à tous les membres de la Nation. « Pour toutes sortes de raisons

¹⁸³ On trouve cette interprétation par exemple chez DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, t. 2, p. 583 et AULARD (Alphonse), « La constitution de l'an III et la république bourgeoise », in *La Révolution française*, 1900, t. 38, p. 113-160. *Contra* : TROPER (Michel), « La notion de citoyen sous la Révolution française », *op. cit.*, p. 315-322 et CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, qui considèrent que le citoyen, dans la Constitution de 1795, est désormais assimilé à l'électeur : tous les citoyens sont électeurs et seuls les électeurs sont citoyens. Leur conclusion ne se fonde pas sur l'idée que l'électorat serait dans la Constitution de l'an III un droit inhérent à la qualité de citoyen (comme on avait pu le penser de la Constitution montagnarde) et devrait dès lors être élargi à l'ensemble des citoyens. L'électorat reste une fonction. C'est la nature de la qualité de citoyen qui change : la possession de cette qualité n'est plus considérée comme un droit naturel qui appartient à l'individu en sa qualité de membre de la société. Elle est conventionnelle, comme en témoigne l'article 8 de la Constitution de 1795 qui subordonne au paiement d'une contribution non seulement l'entrée dans l'Assemblée mais encore la possession de la qualité de citoyen. En d'autres termes, on parvient selon ces auteurs à l'équation citoyen = électeur non pas parce que le suffrage politique serait considéré comme un droit inhérent à la qualité de citoyen qui devrait dès lors être étendu à tous les membres de la nation, mais parce que la Constitution, de façon conventionnelle, réduit la sphère des citoyens à ceux qui votent.

¹⁸⁴ V. en ce sens AULARD (Alphonse), « La constitution de l'an III et la république bourgeoise », *op. cit.*, p. 121.

idéologiques, il pouvait paraître inopportun de priver du titre de citoyen des hommes vivant sous un gouvernement représentatif »¹⁸⁵ : à cet égard, « l'histoire constitutionnelle de la Révolution française offre un catalogue de méthodes propres à éviter cette situation, de manière à continuer d'appeler *citoyens* et non pas *nationaux* ceux qui sont privés du droit de vote »¹⁸⁶. Tous les individus remplissant les conditions requises pour être français sont par là même citoyens français. Laferrière résume la situation en écrivant en 1849 que sous la Révolution, « on est appelé *Citoyen français* parce qu'on est *Français* »¹⁸⁷.

B. Le sort des étrangers : la « consanguinité philosophique » entre bons citoyens au fondement de la citoyenneté

On ne peut pour autant parler de mécanisme d'exclusion à l'encontre des étrangers pendant la Révolution : d'une part, en s'installant en France, l'étranger aura les droits civils en tant qu'homme vivant en société, parce que les droits civils, comme nous l'avons évoqué, sont des droits naturels (1). D'autre part, les conditions posées par les révolutionnaires à l'entrée non plus dans la cité, mais dans la Nation, sont peu strictes (2). Pour intégrer le corps politique de la Nation, l'élément déterminant est moins le fait d'être né ici où là, de parents d'ici ou d'ailleurs, que la volonté d'adhérer à la cause révolutionnaire¹⁸⁸.

1. L'appartenance à la société française

Sous l'Ancien Régime, le fait d'être naturel ou étranger n'avait pas de grande conséquence : sur un plan politique, les « naturels » (nom donné depuis la fin du Moyen-Âge à ceux qui deviendront par la suite des « nationaux »), encore appelés « régnicoles », étaient des sujets du roi et non des citoyens. Le seul enjeu de la naturalité relevait par conséquent du droit privé. Levasseur écrit, pour définir le Français dans la *Collection des décisions nouvelles* parue en 1770, que « dans tout État, les citoyens jouissent de différents droits qui ne sont pas communiqués aux étrangers. Les principaux droits des citoyens français sont : la faculté de

¹⁸⁵ TROPER (Michel), « La notion de citoyen sous la Révolution française », *op. cit.*, p. 302.

¹⁸⁶ *Ibid.* (nous soulignons).

¹⁸⁷ LAFERRIERE (Firmin), « Des droits politiques et de la qualité de Citoyen français, dans leurs rapports avec les lois constitutionnelles et civiles, depuis 1789 jusqu'à ce jour », *Revue de droit français et étranger*, 1849, p. 842 (nous soulignons).

¹⁸⁸ V. en ce sens BART (Jean), « Citoyenneté et naturalité », in Raymonde MONNIER (dir.), *Citoyen et citoyenneté sous la Révolution française*, Société des études robespierristes, Paris, 2006, p. 33-40 ; v. également WAHNICH (Sophie), *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Paris, Albin Michel, 1997.

succéder aux biens situés en France ; la faculté de pouvoir disposer par testament des mêmes biens ; la faculté de plaider sans être obligé de donner caution »¹⁸⁹. À la différence des « citoyens » français – ce terme désignant simplement, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, l'habitant d'une cité, d'une ville –, les étrangers se trouvaient frappés d'une incapacité successorale leur interdisant de recueillir les biens d'un parent décédé qui était lui-même naturel français. En vertu du droit d'aubaine, les biens qui ne pouvaient être dévolus aux parents étrangers tombaient dans les caisses du roi.

Au lendemain de la Révolution, cette inégalité du point de vue du droit civil entre Français et « aubains » ne pouvait plus être tolérée. Le « citoyen » dont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen définit les droits en 1789 possède ce titre en sa simple qualité d'homme – d'être humain – appartenant à la société française. Pour être plus exact, le terme « citoyen » recouvre deux significations dans la Déclaration de 1789. Au sens large, il désigne n'importe quel homme qui, en tant qu'il appartient à la société française, a des droits naturels et civils protégés par la loi. En un sens restreint, dans les articles 6 ou 14 par exemple, dans lesquels sont énoncés les droits qu'a tout citoyen de concourir à la formation de la loi et de constater la nécessité de la contribution publique, le terme désigne l'individu qui appartient non plus à la société en général, mais à la société nationale : autrement dit le citoyen *français*. Au sens large donc, l'étranger qui réside en France est tout autant citoyen qu'un Français. Tout citoyen, qu'il soit français ou étranger, « peut parler, écrire, imprimer librement etc. » (art. 11). L'étranger jouit des mêmes droits civils que le Français. Prenant acte de ce que l'inégalité qu'instaurait le droit d'aubaine ne pouvait dès lors plus subsister, la loi du 6 août 1790 met fin à l'incapacité successorale qui frappait les étrangers. Au regard de cette égalité nouvelle entre Français et étrangers quant aux droits civils, « il importe peu de déterminer qui est Français et qui est étranger ; c'est là une simple question de fait, qui n'a plus aucune importance, même pour l'État. Le seul problème à résoudre, c'est l'appartenance non à un *pays*, mais à une *communauté politique* »¹⁹⁰. L'enjeu de la distinction entre « naturel » et étranger glisse du domaine du droit privé au droit public.

¹⁸⁹ DENISART (Jean-Baptiste), *Collection des décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 5^e éd., Chez Desaint, Paris, 1766-1771, t. 2, p. 158.

¹⁹⁰ VANEL (Marguerite), *Histoire de la nationalité française d'origine. Évolution historique de la notion de Français d'origine du XVI^e siècle au Code civil*, Paris, Anc. imprimerie de la Cour d'appel, 1945, p. 9 (nous soulignons).

2. L'appartenance à la Nation française

« Dans les premières années de la Révolution, devenir citoyen français, ce n'est pas devenir "naturel", mais être inclus *de fait* dans le peuple souverain français »¹⁹¹. S. Wahnich l'a fort bien noté¹⁹² : en 1789, il s'agissait avant tout de passer de l'état de sujet assujéti à l'état de citoyen émancipé et « cette transmutation formidable concernait l'ensemble des personnes participant à l'événement révolutionnaire »¹⁹³. Est alors citoyen celui qui veut devenir révolutionnaire et ainsi être inclus comme patriote et *de fait* citoyen français. Entre 1789 et 1791, les étrangers peuvent être intégrés dans la Nation de différentes manières. En 1789, les étrangers présents sur le territoire de la France participent aux événements révolutionnaires dès la convocation des États généraux car tout homme de 25 ans inscrit au rôle des impositions est appelé à voter. Or, pour être assujéti à la taille, qui est un impôt sur les personnes et qui donne le droit de vote, il n'est pas nécessaire de posséder une lettre de naturalité. Très vite, les étrangers fondent ou participent à des sociétés, discutent de l'élaboration de la loi et envoient des pétitions à l'Assemblée nationale. L'on voit apparaître ainsi de véritables « patriotes étrangers ». La Constitution de 1791, qui vient établir des conditions pour appartenir *en droit* à la communauté nationale, reste favorable aux étrangers, assimilant le *jus soli* et le *jus sanguinis*.

art. 2 : Sont citoyens français : - Ceux qui sont nés en France d'un père français ; Ceux qui, nés en France d'un père étranger, ont fixé leur résidence dans le Royaume ; - Ceux qui, nés en pays étranger d'un père français, sont venus s'établir en France et ont prêté le serment civique ; - Enfin ceux qui, nés en pays étranger, et descendant, à quelque degré que ce soit, d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion, viennent demeurer en France et prêtent le serment civique.

art. 3 : Ceux qui, nés hors du Royaume de parents étrangers, résident en France, deviennent citoyens français, après cinq ans de domicile continu dans le Royaume, s'ils y ont, en outre, acquis des immeubles ou épousé une Française, ou formé un établissement d'agriculture ou de commerce, et s'ils ont prêté le serment civique.

Pour les étrangers, il n'est normalement pas nécessaire d'obtenir un acte de naturalisation pour devenir citoyen français. L'appartenance à la société nationale est une appartenance de fait qui se constate et dont la Constitution ne fait que définir les conditions. Cette inclusion ressemble à ce que Sieyès appelle l'« hospitalité ». L'article 4 prévoit en outre que le pouvoir

¹⁹¹ WAHNICH (Sophie), *La Révolution française*, Hachette, 2012, p. 260.

¹⁹² WAHNICH (Sophie), *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, *op. cit.*

¹⁹³ WAHNICH (Sophie), *La Révolution française*, *op. cit.*, p. 260.

législatif peut, pour des considérations importantes, donner à un étranger un acte de naturalisation sans autre condition que de fixer son domicile en France et d'y prêter le serment civique. Comme le dit Lamourette au cours des débats ayant précédé le vote de la loi du 26 août 1792, laquelle confère le titre de citoyen français à des hommes qui, par leurs écrits ou leurs actions, ne peuvent plus être « regardés comme des étrangers », il existe entre les étrangers partisans de la cause révolutionnaire et les Français un « sentiment de consanguinité philosophique »¹⁹⁴, une sorte de nouveau type de parenté qui sous-tend la citoyenneté. La Constitution de 1793 reste elle aussi très ouverte aux étrangers puisqu'elle déclare dans son article 4 que « tout étranger âgé de plus de vingt et un ans, qui, domicilié en France depuis une année, y vit de son travail, ou acquiert une propriété, ou épouse une Française, ou adopte un enfant, ou nourrit un vieillard ; tout étranger enfin, qui sera jugé par le Corps législatif "avoir bien mérité de l'humanité" » acquiert par cela même non seulement la qualité de citoyen mais « est admis à l'exercice des Droits de citoyen français », c'est-à-dire possède les droits politiques et participe de façon active à l'exercice du pouvoir politique. Dans des circonstances de guerre et de troubles internes, la Convention reviendra par la suite sur les conséquences de la loi du 26 août 1792 et exclura les individus nés en pays étrangers du droit de représenter le peuple français. Le principe de l'accès des étrangers à la citoyenneté demeure cependant après l'an II. La Constitution de l'an III établit que l'étranger âgé de 21 ans qui réside depuis sept ans en France, paie une contribution directe et possède, en outre, la qualité de propriétaire ou d'époux d'une Française (art. 10), devient citoyen français. Comme en 1793, ce titre de citoyen français qu'acquiert l'étranger lui octroie les droits politiques. Autrement dit, les Constitutions de 1793 et 1795 ne prévoient pas que l'étranger puisse devenir citoyen passif : ou celui-ci remplit les conditions pour devenir citoyen français et possède dès lors les droits politiques, ou il demeure étranger.

On peut résumer l'histoire constitutionnelle révolutionnaire sur la notion de citoyenneté en prenant l'image d'une « échelle graduée »¹⁹⁵. En bas de l'échelle se trouve le citoyen au sens large de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'homme qui, en vertu de sa simple appartenance à la société française, bénéficie de la protection de la loi, possède des droits naturels et civils. Les étrangers qui ne remplissent pas les conditions pour être citoyens français ou qui, n'étant pas patriotes, ne sont pas naturalisés par le pouvoir

¹⁹⁴ *A.P.*, t. 48, 24 août 1792, p. 648.

¹⁹⁵ SEWELL (William H.), « Le Citoyen, la Citoyenne: Activity, Passivity and the French Revolutionary Concept of Citizenship », *op. cit.*, p. 112.

législatif, relèvent de cette catégorie. Au rang supérieur, on trouve les citoyens qui appartiennent à la société nationale et ont dès lors le droit d'être représentés. Ces citoyens dits « passifs », sinon expressément, comme en 1791, du moins implicitement, comme en 1795, jouissent en un sens des droits politiques, sans pouvoir toutefois les exercer. On ne peut donc pas souscrire à l'affirmation de William Sewell selon lequel les citoyens passifs « n'étaient absolument pas citoyens, mais sujets »¹⁹⁶. Dans la pratique, la principale différence entre ces citoyens et ceux de l'échelon inférieur réside dans le droit de vote pour élire les officiers municipaux, réservé aux premiers¹⁹⁷. Les femmes, les mineurs, et une partie de la population masculine appartiennent à cette catégorie. À l'échelon supérieur enfin, figurent les citoyens qui remplissent les conditions pour exercer activement les droits politiques, pour élire en particulier les représentants de la Nation. Les étrangers, on l'a vu, accèdent sous la Révolution assez facilement à cette catégorie.

En raison de cette conception universaliste de la citoyenneté qui inclut tous les Français, qu'ils aient le droit de vote ou non, et de nombreux étrangers, la véritable ligne de partage au cours de la période révolutionnaire n'est pas encore la différence entre Français et non-nationaux. La Révolution naturalise les « bons citoyens ». Logiquement, elle devait rendre « étrangers » les « mauvais citoyens ». C'est ce qu'elle a fait en privant les condamnés de leur qualité de citoyen français. Le non-citoyen pendant cette période n'est pas le non-national : c'est le criminel.

§2. L'exclusion du criminel dans la citoyenneté révolutionnaire

Encore faut-il préciser cette affirmation. La loi pénale exerce en effet deux fonctions distinctes sous la Révolution : pendant la période de droit commun, elle agit principalement comme « régulateur » de la citoyenneté. L'arsenal des sanctions codifiées en général, et la peine de la dégradation civique en particulier, sont autant d'outils permettant à la loi pénale de « rétrograder » le criminel dans l'échelle graduée de la citoyenneté. La logique est moins une logique binaire fonctionnant sur le mode inclusion/exclusion qu'une logique de déclassement (A). Pendant l'épisode de la Terreur, le droit pénal d'exception ne sera plus seulement un

¹⁹⁶ *Ibid.*, spéc. p. 111.

¹⁹⁷ Voir sur ce point TROPER (Michel), « La notion de citoyen sous la Révolution française », *op. cit.*, p. 307, spéc. note 12.

outil de régulation de la citoyenneté mais un instrument d'exclusion hors de la citoyenneté (B).

A. Le droit pénal commun : une logique de rétrogradation dans l'échelle de la citoyenneté

En matière de droit pénal, l'œuvre législative de l'Assemblée constituante se compose de trois lois principales : la loi des 19 et 22 juillet 1791 tout d'abord, qui règle la pénalité, en même temps que la juridiction et la procédure, quant aux délits d'un ordre inférieur, qualifiés de délits de police municipale et de police correctionnelle ; la loi des 16 et 22 septembre 1791 ensuite, laquelle règle la procédure en ce qui concerne les infractions les plus graves et institue une novation fondamentale et symbolique en matière de jugement criminel : le jury. Le code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791 enfin, qui, sous un titre trop général, règle la pénalité relative exclusivement aux infractions les plus graves, celles qui méritent une peine afflictive ou infamante : les crimes. Quelques jours avant de se dissoudre, le 3 brumaire an IV (26 oct. 1795), la Convention a adopté, sans discussion, un nouveau code des délits et des peines. Si l'objectif initial, aux dires de son auteur, Merlin de Douai, était de « simplifier », de « classer » et d'« opérer une refonte générale de toutes les lois de la Révolution pour la poursuite et la punition des délits de toute espèce »¹⁹⁸, sa matière l'apparente en réalité à un code de procédure pénale visant à liquider le souvenir de la Terreur et du cortège de lois d'exception qui l'a accompagné. Sur les 646 articles qu'il contient, seuls 53 portent sur la pénalité. Ces articles ne font par ailleurs que confirmer, avec de légères modifications, la législation antérieure, celle du code du 25 septembre 1791.

Dans les codes de 1791 et 1795 et dans la loi sur la procédure des 16 et 22 septembre 1791, différentes sanctions touchent à la citoyenneté du condamné : ces peines consistent dans la « dégradation de la qualité de citoyen français » (c. pén. 1791, 1^e Part., tit. 1, art. 31), dans la « déchéance du titre et des droits de citoyen français » (c. pén. 1795, art. 462), dans la « déchéance de tous les droits attachés à la qualité de citoyen actif » (c. pén. 1791, 1^e Part., tit. IV, art. 1), dans la « suspension de l'exercice des droits de citoyen actif » (c. pén. 1791, 1^e Part., tit. VII, art. 11), dans « l'incapacité de remplir aucune fonction ou emploi public et d'exercer aucun droit de citoyen pendant vingt ans » (c. pén. 1795, art. 642) ou encore dans la

¹⁹⁸ ORTOLAN (Joseph-Louis-Elzéar), *Résumé des éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, Paris, H. Plon, 1867, p. 9.

« privation du droit d'éligibilité et de suffrage pendant deux ans » (c. pén. 1795, art. 494 et 514). On est immédiatement frappé par le nombre des sanctions concernées, par la variété des termes utilisés pour qualifier le type d'incapacité engendré (*dégradation* ; *déchéance* ; *suspension* ; *incapacité* ; *privation*) et par la diversité des objets sur lesquels elles portent (*la qualité de citoyen français* ; *le titre et les droits de citoyen français* ; *les droits attachés à la qualité de citoyen actif* ; *l'exercice des droits de citoyen actif* ; *l'exercice de tout droit de citoyen* ; *le droit de suffrage et d'éligibilité*). Ce nombre et cette diversité des sanctions témoignent de l'importance du droit pénal en matière de citoyenneté. Ils révèlent par ailleurs la volonté de la loi pénale de procéder par degrés, ce qui est cohérent avec l'idée d'échelle de la citoyenneté que nous avons mentionnée.

Avec ces différentes sanctions, la loi pénale vient ajouter de nouveaux échelons qui se situent *au-dessous* de ceux qu'établissaient les Constitutions : au bas de l'échelle, on trouvera le condamné à une peine afflictive, déchu de ses droits politiques et de l'exercice de ses droits civils ; au-dessus de lui, le criminel condamné à la peine de la dégradation civique, privé de la jouissance et de l'exercice de ses droits politiques mais pas de ses droits civils. Au-dessus de lui, le failli, condamné non pas à une privation mais à une suspension de la jouissance de ses droits politiques tant qu'il n'aura pas purgé sa peine ou qu'il ne sera pas libéré de ses dettes ; et ainsi de suite jusqu'aux échelons établis par les Constitutions. Aussi, « si les dispositions inscrites dans la Constitution règlent bien le *mode d'exercice* de la citoyenneté, c'est la loi pénale qui régit l'*accès* à la citoyenneté »¹⁹⁹ : il est en effet impossible d'accéder à la citoyenneté active si l'on reste bloqué dans la zone inférieure de l'échelle où la loi pénale régit la jouissance des droits. C'est ce que nous établirons après avoir présenté les différentes sanctions touchant à la citoyenneté, en distinguant, pour la clarté de l'exposition, les sanctions qui fonctionnent comme peine principale (1) et les sanctions qui sont encourues comme peine accessoire des peines principales criminelles, c'est-à-dire qui résultent directement et automatiquement de la condamnation à ces peines, sans que le juge ait à les prononcer (2).

1. Les peines principales régulatrices des droits du citoyen

Le code pénal de 1791 qui règle la pénalité en matière de crimes prévoit huit peines principales, réparties en deux catégories. Certaines peines sont dites afflictives : elles portent

¹⁹⁹ SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 65 (nous soulignons).

sur la vie, le corps et la liberté du condamné. On compte parmi elles la peine de mort, les fers, la réclusion dans la maison de force, la gêne, la détention et la déportation. D'autres peines sont dites infamantes : elles portent sur la réputation et le statut civique du condamné. C'est le cas de la dégradation civique et du carcan prévus respectivement aux articles 31 et 32.

art. 31 : Le coupable qui aura été condamné à la peine de la dégradation civique, sera conduit au milieu de la place publique où siège le tribunal qui l'aura jugé.
Le greffier du tribunal lui adressera ces mots à haute voix : Votre pays vous a trouvé convaincu d'une action infâme : la loi et le tribunal vous dégradent de la qualité de citoyen Français.
Le condamné sera ensuite mis au carcan au milieu de la place publique ; il y restera pendant deux heures exposé aux regards du peuple. Sur un écriteau seront tracés, en gros caractères, ses noms, son domicile, sa profession, le crime qu'il a commis et le jugement rendu contre lui.

L'article 32 introduit une précision en disposant que « dans les cas où la loi prononce la peine de la dégradation civique, si c'est une femme ou une fille, un étranger, ou un repris de justice, qui est convaincu de s'être rendu coupable desdits crimes, le jugement portera : « tel, ou telle ... est condamnée à la peine du carcan ». La cérémonie est la même, à une différence près. Le greffier du tribunal criminel dira seulement : « le pays vous a trouvé convaincu d'une action infâme », sans ajouter « la loi et le tribunal vous dégradent de la qualité de citoyen français ».

À côté de la dégradation civique et du carcan, la loi pénale prévoit d'autres peines principales qui privent le criminel d'une partie de ses droits de citoyen. La loi des 16 et 22 septembre 1791 qui règle la procédure en matière de jugement criminel prévoit deux sanctions reprises dans le code pénal de 1795 : la première concerne l'accusé contumacé pour lequel est prévue la « déchéance du titre et des droits de citoyen français » (art. 464 c. pén. 1795) que l'on interprètera, comme la dégradation civique, comme une perte dans l'exercice et la jouissance des droits politiques. Les biens de l'accusé sont en outre séquestrés au profit de la République pendant tout le temps de sa contumace. Toute action en justice lui est interdite pendant le même temps. Il sera enfin procédé contre lui malgré son absence. La seconde sanction s'applique au juré qui ne se rend pas au jury d'accusation ou au jury de jugement pendant un procès criminel : celui-ci sera privé du droit d'éligibilité et de suffrage pendant deux ans (art. 494 et 514 c. pén. 1795). Le code pénal de 1795 introduit enfin une sanction nouvelle qui s'applique aux juges lorsque, dans les cas déterminés et précisés par la loi, ils commettent quelque délit ou crime dans l'exercice de leurs fonctions. La peine de la forfaiture rend le citoyen qui y est condamné incapable de remplir aucune fonction ou emploi public et d'exercer aucun droit de citoyen pendant vingt ans (art. 642 c. pén. 1795). Cette

peine est indépendante de celles qui sont établies par les lois pénales : elle se prononce cumulativement avec celles portées contre les différents délits ou crimes ; elle se prononce seule lorsqu'il n'y en a pas d'autre prévue par la loi (art. 643 c. pén. 1795).

Le caractère limité des infractions concernées pourrait suggérer que les peines affectant la qualité de citoyen du condamné, aussi nombreuses et graves qu'elles puissent être, ne concernent somme toute qu'un nombre limité de condamnés. Il n'en est rien cependant, car à côté de ces peines principales, il est prévu que la condamnation à toutes les peines criminelles, quelles qu'elles soient, entraîne automatiquement « la déchéance de tous les droits attachés à la qualité de citoyen actif, et rend le condamné incapable de les acquérir ». En tant que peine accessoire attachée de plein droit à la condamnation à toute peine principale criminelle, cette déchéance perdure après que le condamné a purgé sa peine.

2. Les peines accessoires régulatrices des droits du citoyen

L'article 1 du titre IV du code pénal de 1791, consacré aux effets des condamnations, dispose que « quiconque aura été condamné à l'une des peines des fers, de la réclusion dans la maison de force, de la gêne, de la détention, de la dégradation civique ou du carcan, *sera déchu de tous les droits attachés à la qualité de citoyen actif, et rendu incapable de les acquérir* ». Cette déchéance résulte de plein droit de la condamnation à toutes les peines criminelles afflictives (sauf à la peine de mort et à la déportation, qui la rendent inutile) et aux peines criminelles infamantes. Il peut paraître à première vue incohérent d'attacher aux condamnations à la peine de la dégradation civique, laquelle consiste, on l'a vu, en une privation des droits de citoyen actif, une déchéance portant sur les mêmes droits. En réalité, dans la mesure où cette déchéance est attachée à la condamnation et non à la peine, elle se poursuit après que la peine principale de la dégradation civique a été exécutée. De là son intérêt. De même, il peut sembler de prime abord contradictoire d'attacher une déchéance des droits de citoyen actif aux condamnations à la peine du carcan, laquelle s'applique exclusivement aux femmes, aux étrangers, etc., c'est-à-dire à des citoyens non actifs. L'article apporte toutefois une précision, en distinguant deux types de situation : la condamnation aux peines criminelles emporte déchéance des droits de citoyen actif lorsque le condamné est un citoyen actif ; lorsque la personne condamnée est un citoyen passif, la déchéance le rend « incapable de les acquérir ». On peut ainsi imaginer la situation d'un étranger condamné à la peine du carcan. Il se pourrait qu'à l'issue de l'exécution de sa peine, celui-ci soit naturalisé et remplisse les conditions d'âge, d'imposition, etc., pour pouvoir être électeur, voire éligible.

C'est une telle hypothèse que le législateur vise à écarter en attachant à la condamnation au carcan une incapacité à acquérir les droits du citoyen actif qui se prolonge au-delà de l'exécution de la peine.

Par ailleurs, l'article 2 du titre IV prévoit que « quiconque aura été condamné à l'une des peines des fers, de la réclusion dans la maison de force, de la gêne ou de la détention, indépendamment des déchéances portées en l'article précédent, ne pourra, pendant la durée de la peine, exercer par lui-même aucun droit civil : il sera, pendant ce temps, en état d'interdiction légale, et il lui sera nommé un curateur pour gérer et administrer ses biens ». L'interdiction légale est la privation des droits civils attachée automatiquement par la loi pénale à la condamnation aux peines criminelles afflictives. Elle n'est pas une déchéance au point de vue de la jouissance des droits civils, mais simplement une incapacité relative à leur exercice. L'interdiction légale enlève à celui qu'elle atteint la gestion de son patrimoine et l'exercice de ses droits civils : elle ne prive pas le condamné du droit d'être propriétaire, créancier, usufruitier, etc. Cette incapacité, contrairement à la précédente, est temporaire : elle ne dure que pendant l'exécution de la peine. L'article 4 précise à cet égard que les biens du condamné lui seront remis après qu'il aura subi sa peine et que le curateur lui rendra compte de son administration et de l'emploi de ses revenus.

On a donc là un système particulièrement complexe, ce dont témoignent les débats parlementaires. Le nombre et la diversité des peines manifestent une volonté du législateur de procéder par degrés, le degré extrême consistant, semble-t-il, dans l'exclusion pure et simple de la communauté des citoyens de l'individu dégradé de sa qualité de citoyen français. À la question de savoir si, tout comme l'« on pouvait interdire la condition de citoyen français actif », on pouvait de même « rayer quelqu'un de la liste des citoyens non actifs »²⁰⁰ – ce que suggère une lecture littérale de l'article 31 qui porte sur la « qualité de citoyen français » –, plusieurs députés ont répondu de façon affirmative : dans une loi sur les jurés, ont-ils rappelé, il avait été prévu, « par une disposition pénale, [de ne] pas conserver dans l'association française un homme qui en blesse les lois ». Dans cette loi, on a « exclu de la qualité de citoyen français l'accusé contumacé [...]. Par une disposition pénale, [nous n'avons] pas conservé dans l'association française un homme qui en blesse les lois ». Si le contumax « a

²⁰⁰ *A.P.*, t. 29, 10 août 1791, p. 322.

perdu le droit de cité »²⁰¹, cela signifie qu'un homme condamné peut être rayé de la liste des citoyens non seulement actifs mais aussi passifs. En ce sens, l'homme dégradé de sa qualité de citoyen français perdrait tous ses droits politiques, mais aussi la protection de ses droits naturels et civils. Il serait exclu juridiquement non seulement de la communauté nationale, mais aussi, plus généralement, de la cité : il ne serait plus ni citoyen français, membre de la Nation ayant sinon le droit de voter, du moins celui d'être représenté ; ni citoyen dans le sens large de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, c'est-à-dire membre de la société auquel on garantit, parce qu'il est un homme, la protection de ses droits naturels et civils.

Une telle lecture conforme à la lettre de l'article n'est pas cependant sans soulever un certain nombre de difficultés : en premier lieu, la position des femmes condamnées pour les mêmes infractions à la peine du carcan serait plus enviable : ces dernières, qui ne sont pas dégradées de leur « qualité de citoyen français », resteraient des citoyennes privées de l'exercice des droits politiques, certes, mais des citoyennes françaises tout de même. Une telle lecture serait contraire à l'un des principes essentiels du droit pénal révolutionnaire : celui de l'égalité des peines²⁰². Par ailleurs, que deviendrait le condamné exclu ? Quel est le statut juridique de l'homme ainsi dégradé ? Ainsi que l'a demandé le député Moreau lors des débats à l'Assemblée, s'il n'est plus citoyen français, reste-t-il tout de même français ? Devient-il un apatride ? Pour le député Moreau, « l'article n'est pas clair. Certainement une personne peut encourir les peines de la dégradation civique, et pour cela, ne pas cesser d'être citoyen français. Il perd bien le droit de citoyen, mais il est toujours Français »²⁰³.

Cette réflexion met en évidence une difficulté, celle de l'absence d'un concept autonome de nationalité distinct de la citoyenneté qui servirait ici moins à différencier le Français de l'étranger qu'à distinguer les Français entre eux. Nous avons vu précédemment que pour la Constitution de 1791, dès lors qu'un individu remplissait les conditions requises pour être Français, il était, en même temps, et par cela seul, « citoyens français ». R. Carré de Malberg

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² M. Le Pelletier de Saint-Fargeau, dans son *Rapport sur le projet du Code pénal*, indique, à propos de l'égalité des peines, que « ce principe est trop précieux pour n'être pas transcrit dans le code pénal, mais il existe déjà partout dans vos lois ; il existe dans la Déclaration des Droits de l'Homme ; il existe dans l'égalité civile qui fait la base de votre Constitution ; il existe dans le décret spécial où vous l'avez proclamé. En le plaçant ici, nous répétons seulement votre volonté déjà exprimée ». Avec les principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines, il est un principe cardinal du code pénal qui entend rompre avec l'arbitraire de l'Ancien Régime. V. LE PELLETIER DE SAINT-FARCEAU (Michel), *Rapport sur le projet du Code pénal, présenté à l'Assemblée nationale au nom des Comités de constitution & de législation criminelle*, Paris, Imprimerie nationale, 1791.

²⁰³ *Ibid.*

exprimait cette idée en disant que « les deux qualités [de Français et de Citoyen français] vont ensemble ; elles ne peuvent, ni s'acquérir, ni se perdre, l'une sans l'autre »²⁰⁴. Pour Michel Troper, un concept de nationalité était inutile dans les Constitutions puisque « personne ne pouvait être *national sans être citoyen* »²⁰⁵. C'était sans considérer cependant l'hypothèse de l'individu dégradé de sa qualité de citoyen français.

Une solution à ces différentes impasses consiste à interpréter différemment la peine de la dégradation civique, à considérer qu'elle ne prive l'homme que de l'exercice et de la jouissance des droits politiques et non civils. C'est l'interprétation que donne Lanjuinais à l'Assemblée : « on dit, dans l'article 2, que la qualité de citoyen français *se perd* par la peine de la dégradation civique ; cela est vrai pour un temps de la qualité de citoyen actif, et ne l'est pas de la qualité de citoyen gouverné. La dégradation civique constitue un simple état d'interdiction, et laisse toujours espérer la réhabilitation ; elle ne fait pas mourir civilement, elle ne fait point perdre les droits civils »²⁰⁶. L'homme dégradé de sa qualité de citoyen français reste ainsi sinon français, du moins citoyen au sens large de la Déclaration de 1789. Cette interprétation semble d'ailleurs confirmée implicitement par une remarque faite par M. Le Pelletier de Saint-Fargeau à propos de l'exercice de la fonction publique qui, comme on l'a mentionné au début de ce chapitre, est alors considérée comme un droit « civil » accessible aussi bien aux étrangers qu'aux Français – et non pas comme un droit politique²⁰⁷.

« Si un fonctionnaire public [dégradé civique] veut continuer ses fonctions, le seul moyen d'empêcher cette continuation et d'arrêter le scandale, c'est de le détenir pendant quelque temps hors de la société [...]. Si on ne le condamnait qu'à la dégradation civique, qui est une peine grave, mais qui le rend sur le champ à la société, il rentrerait au milieu de tous ceux qui s'obstineraient à le regarder comme fonctionnaire public avec un nouveau mérite à leurs yeux : c'est-à-dire le mérite du martyr »²⁰⁸

Le Pelletier de Saint-Fargeau met en évidence que la dégradation civique ne prive pas l'individu du droit d'exercer une fonction publique. Un autre débat révèle que la dégradation civique n'interdit pas non plus de témoigner en justice²⁰⁹. Ainsi ne prive-t-elle pas des droits civils. Elle ne raye pas de la liste des citoyens non actifs. La possibilité pour le dégradé

²⁰⁴ CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 432.

²⁰⁵ TROPER (Michel), « La notion de citoyen sous la Révolution française », *op. cit.*, p. 305 (nous soulignons).

²⁰⁶ *A.P.*, t. 63, 29 avril 1793, p. 563.

²⁰⁷ Il faut attendre la Constitution de l'an III pour que la perte des droits politiques entraîne l'interdiction d'exercer une fonction publique.

²⁰⁸ *A.P.*, t. 26, 17 juin 1791, p. 297.

²⁰⁹ *A.P.*, t. 26, 4 juin 1791, p. 740. V. SIMONIN (Anne), « Être non citoyen sous la Révolution Française ... », *op. cit.*, p. 294.

civique de demander à être réhabilité après dix ans, à compter du jour de son jugement, montre également que la finalité de ce châtement n'est pas d'exclure, mais de rétrograder temporairement. La dégradation civique prive donc selon nous exclusivement le citoyen qui y est condamné de la jouissance, donc de l'exercice de ses droits politiques, de ses droits de vote, d'élection et d'éligibilité. Nous rejoignons ainsi les conclusions de l'historienne Anne Simonin²¹⁰. Quant à la peine du carcan, qui est sans influence sur les droits civils et qui s'applique à des citoyens qui n'ont pas vocation à exercer les droits politiques, on peut considérer, en suivant l'historienne, que celle-ci prive de quelque chose qui se rapprocherait de l'*existimatio* romaine, c'est-à-dire de l'honorabilité, de la bonne renommée qui laisse intacte la capacité civile : « on distinguait à Rome dans la personne du citoyen deux éléments : le *caput* c'est-à-dire la personnalité capable d'être sujet actif ou passif d'un droit et l'*existimatio* c'est-à-dire l'honorabilité [...]. Le *caput*, la personnalité juridique, suffit pour permettre l'exercice de tous les droits civils, mais pour l'exercice des droits politiques, il faut quelque chose de plus que la capacité civile, il faut l'*existimatio* [...] »²¹¹. La perte de l'*existimatio* s'apparenterait à une perte de la jouissance des droits politiques, du droit d'être représenté.

Avec cet arsenal de sanctions, la loi pénale introduit, comme nous l'avons annoncé, de nouveaux échelons dans l'échelle graduée de la citoyenneté. Ces différents échelons se situent *au-dessous* de ceux établis par les Constitutions. Nous pouvons tirer de cette échelle deux conclusions. En premier lieu, elle confirme que le droit pénal commun joue essentiellement un rôle de « régulateur » de la citoyenneté. On pourrait appliquer à la dégradation civique, et plus généralement à l'ensemble des sanctions du droit pénal commun, la remarque que Charles Loyseau fait à propos des cérémonies de dégradation qui étaient appliquées aux nobles et au clergé dans l'Ancien Régime. Dans son *Traité des ordres et simples dignités*, Loyseau écrit que « la dégradation, que nos Jurisconsultes appellent *de gradu dejectionem*, et les Lois du Code *regradationem* (car *degradatio* n'est pas latin) n'est pas proprement la privation absolue de l'Ordre, comme le vulgaire le pense, mais c'est seulement un *reculement*, ou privation d'un plus haut degré, demeurant néanmoins toujours dans l'Ordre »²¹². La

²¹⁰ SIMONIN (Anne), *ibid* ; v. aussi *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, spéc. p. 52.

²¹¹ MICHEL (H.), *Cours de droit romain*, 1875 à 1878, Manuscrit. Réserve de la bibliothèque Cujas, p. 772.

²¹² LOYSEAU (Charles), *Traité des ordres et simples dignités*, in *Œuvres de M. Charles Loyseau*, avocat au Parlement, contenant les cinq livres du droit, chez Pierre Trabouillet, 1678, p. 59.

dégradation civique peut pareillement être lue non pas comme une privation absolue de la citoyenneté mais comme un « reculement » dans l'échelle de la citoyenneté.

La seconde conclusion que l'on peut tirer est que si les dispositions inscrites dans la Constitution règlent bien le *mode d'exercice* de la citoyenneté, c'est la loi pénale qui régit l'*accès* à la citoyenneté. Cela conduit sinon à nuancer, du moins à préciser la position de ceux qui, à l'instar de William Sewell ou d'Olivier Le Cour Grandmaison, considèrent que c'est l'imposition qui régule l'accès à l'espace politique : selon ce dernier, la loi du 22 décembre 1789 qui établit un suffrage censitaire progressif fixant les droits des citoyens en fonction des contributions directes payées témoigne que « l'impôt agit comme régulateur essentiel de l'entrée dans l'espace politique en déterminant de façon extrêmement précise les prérogatives dont jouissent les citoyens »²¹³. L'impôt introduit bien une distinction entre les citoyens en 1791 et 1795. Toutefois, il ne devient fondamental que dans le cadre de l'*exercice* de droits dont les citoyens doivent en premier lieu se voir reconnaître la *jouissance*, ce qui suppose, en amont, de ne pas avoir été l'objet d'une condamnation pénale. L'échelle graduée de la citoyenneté de W. Sewell, qui ne tient compte que du niveau de richesse personnelle, est donc incomplète. Avant l'imposition, c'est la loi pénale qui régit l'accès à l'espace politique. Avant l'argent, c'est la dignité qui fait le citoyen²¹⁴. En conclusion, « tout se passe comme si la Révolution avait substitué aux ordres de l'Ancien Régime, un seul ordre, l'ordre des citoyens, et aux degrés institués par la providence ou la faveur royale, ceux de la loi pénale infligeant des restrictions de capacité qui ne dépendent pas de la naissance [ni de l'argent faudrait-il ajouter], mais d'infractions qu'il appartient au citoyen de ne pas commettre »²¹⁵.

Ces lois pénales qui régulent l'accès aux différents échelons de la citoyenneté vont être suspendues pendant l'épisode de la Terreur : le droit pénal d'exception va tracer cette fois-ci les frontières extérieures de la citoyenneté en rejetant *hors d'elle* les « mauvais citoyens ».

²¹³ LE COUR GRANDMAISON (Olivier), « Les non-citoyens dans la Révolution », *L'Homme et la Société*, n° 94, 1989, p.19-20.

²¹⁴ SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 65.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 59.

B. Le droit pénal d'exception : une logique d'exclusion hors des frontières de la citoyenneté

La Terreur, période comprise entre le printemps-été 1793 et l'été 1794 pendant laquelle sont exécutés les robespierristes, instaure un état d'exception particulier dont le but n'est pas seulement de sauvegarder la cité mais de créer un ordre public nouveau. La mobilisation contre l'ennemi extérieur (la France est en guerre depuis avril 1792) s'accompagne d'une mobilisation contre l'ennemi intérieur : le contre-révolutionnaire qui, par son défaut de soutien, met en danger la patrie. Il est remarquable que cette mobilisation contre l'ennemi intérieur qui aboutit incidemment à délimiter les frontières externes de la communauté ait été effectuée par l'emprise de la loi pénale : cette *criminalisation de l'adversaire politique* joue un rôle fondamental puisqu'elle conforte « l'image que les révolutionnaires avaient d'eux-mêmes, image qui soulignait toujours non seulement la légitimité mais aussi la légalité de la Révolution »²¹⁶. Gérard Sautel le fait remarquer : « on percevait bien qu'il était nécessaire avant de sévir, d'établir la qualité de mauvais citoyen de l'intéressé ; et que suivant la gravité des cas cette preuve devait être soumise à des exigences plus ou moins strictes. D'où un effort constant pour classer les justiciables en plusieurs groupes dotés chacun d'un statut particulier, ce qui assurait la persistance d'une relative légalité des incriminations et des traitements procéduraux »²¹⁷.

Les différentes catégories d'ennemis peuvent être identifiées à partir des sanctions pénales mises en œuvre pour assurer leur neutralisation, voire leur élimination. Gérard Sautel en distingue trois : l'émigré, le justiciable et le suspect. Anne Simonin en ajoute deux : le hors de la loi et l'indigne. Ces catégories peuvent à leur tour être regroupées en deux grands ensembles, selon la procédure qui est utilisée pour les juger et qui est elle-même indicative de la façon dont sont considérés les accusés : contrairement à la procédure en vigueur pour les conspirateurs, les suspects et les indignes, la procédure prévue pour les hors de la loi et les émigrés les prive du droit d'être jugés par l'institution hautement citoyenne qu'est le jury criminel. Seuls les conspirateurs, les suspects et les indignes qui ont droit au jury criminel bénéficient de la procédure due à tout membre de la communauté politique. Ils conservent par

²¹⁶ JEISMANN (Michael), *La patrie de l'ennemi. La notion d'ennemi national et la représentation de la nation en Allemagne et en France de 1792 à 1918*, CNRS Éd., 1997, p. 125.

²¹⁷ SAUTEL (Gérard), *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Dalloz, 1974, p. 165-166.

ailleurs en principe la vie naturelle et le droit de cité²¹⁸. À l'inverse, les sanctions prévues à l'encontre des hors de la loi et des émigrés visent à les radier définitivement de la communauté. Les premiers, qui sont prévenus d'avoir pris part à des révoltes ou à des émeutes contre-révolutionnaires, sont exécutés dans les vingt-quatre heures. Les hors de la loi sont privés de la vie naturelle, et donc *a fortiori* de la jouissance de leurs droits civils, civiques et politiques. Quant aux émigrés, que l'absence du territoire désigne comme ennemis potentiels de la nation, le décret des 28 mars-5 avril 1793 les bannit à perpétuité du territoire français en les décrétant mort civilement : ils perdent tous leurs droits politiques, mais aussi tous leurs droits civils. Leur mariage est dissout, leurs enfants légitimes sont traités comme des bâtards ; ils perdent leurs titres de noblesse, sont incapables de succéder et de recevoir aucun legs. Leur succession est ouverte, comme s'ils étaient morts naturellement. Leurs biens reviennent à la nation.

Contrairement à la peine de la dégradation civique, la mort civile prive véritablement et définitivement l'individu qui y est condamné de la qualité de citoyen²¹⁹ : elle le prive de son droit de cité. Lanjuinais qui, comme nous l'avons évoqué plus haut, avait affirmé que « la dégradation civique constitue un simple état d'interdiction, et laisse toujours espérer la réhabilitation ; qu'elle ne fait pas mourir civilement, qu'elle ne fait point perdre les droits civils [...] », avait précisé : « il n'y a que la peine de l'émigration qui dans notre régime actuel, mais passer, fasse perdre absolument les droits civils, ceux de citoyen non actif »²²⁰. Dans le même sens, Lesage déclarait devant l'Assemblée qu'« après avoir rompu le pacte social avec les émigrés, comme vous [la Convention] l'avez fait avec juste raison, ils ne sont plus citoyens, et par une conséquence nécessaire, ils n'en ont plus les droits »²²¹. Dans la mesure où le droit de cité est un droit naturel, seul un droit pénal d'exception pouvait en priver quelqu'un : le député Garnier, qui s'exprimait sur l'incapacité des émigrés de succéder, fait à cet égard remarquer que « s'il s'agissait de faire une loi pour les citoyens, sans doute, [il]

²¹⁸ Le conspirateur, qui perd sa liberté, risque toutefois en cas de condamnation la mort ou la déportation (Décret du 10 mars 1793). Quant à l'indigne, qui désigne le fonctionnaire qui a perdu la confiance publique, s'il est simplement destitué dans un premier temps de ses fonctions et éloigné de Paris (Décrets de sept. 1793), il se trouve soumis, après le décret des 4-6 décembre 1793 qui introduit le crime de négligence dans la surveillance et dans l'exécution des lois, à une sanction nouvelle : la privation des droits de citoyen, dégradation civique allégée de sa cérémonie et encourue pour une durée limitée à huit ans. Les étrangers, qui sont à partir de 1793 privés du droit de représenter le peuple français et exclus de la Convention, sont assimilables aux indignes.

²¹⁹ C'est sous le Consulat, par le sénatus-consulte du 26 avril 1802 que dans le cadre d'une amnistie générale, la mort civile cessera de produire ses effets.

²²⁰ *A.P.*, t. 63, 29 avril 1793, p. 563.

²²¹ *A.P.*, t. 59, 28 févr. 1793, p. 350.

demanderait que l'on conciliât les droits de citoyen avec la justice distributive, mais ici il est question de prendre des mesures *extraordinaires* [...] avec les maux qu'ont causé les émigrés, les armes à la main contre leur patrie »²²². Il est enfin à noter que la mort civile est un état de l'individu qui l'accompagne partout où il va. L'émigré peut acquérir les droits civils dans d'autres pays ; il n'en sera pas pour autant considéré, vis-à-vis des Français, comme un étranger ; ce sera toujours un individu en état de mort civile : « la mort civile, dit M. Duranton, est un état, une qualité personnelle de l'individu qui l'accompagne partout où il porte ses pas, dans tous les rapports de l'individu avec des Français. Ainsi, nous le voyons, c'est un état particulier à certains individus. Peu importe dans quelle position ils se trouveront ensuite, vis-à-vis des Français ils sont morts civilement. Mais ils peuvent acquérir les droits civils dans d'autres pays ; alors même ils ne seront pas considérés, vis-à-vis des Français, comme étrangers ; ce seront toujours des individus en état de mort civile »²²³.

De fait, si l'émigré avait pu être considéré vis-à-vis des Français comme un étranger, la République n'aurait pu continuer à se subroger dans ses droits pour les successions, ce que la loi prévoit²²⁴. Celle-ci dispose que les successions des émigrés seront recueillies par la République pendant 50 ans à compter du jour de sa promulgation sans que pendant ce temps, les cohéritiers puissent opposer la mort naturelle desdits émigrés. Quand bien même ils seraient naturalisés en pays étranger, ils n'en deviendraient donc pas pour autant des étrangers aux yeux du droit français : « on peut alors affirmer que sous la Terreur, il y a pire que d'être étranger et de se voir retirer ses droits politiques : être un "national" malgré soi »²²⁵. Le droit pénal de l'ennemi qui caractérise la Terreur va instaurer des sanctions visant à exclure sans déchoir de sa qualité de Français le « mauvais citoyen ».

L'entrée dans la « Grande Terreur » au printemps 1794 va venir brouiller les frontières entre ennemis extérieurs et ennemis intérieurs afin de placer les derniers sous le régime des premiers. La mort devient désormais la seule peine applicable : « ce qui sépare désormais les catégories les unes des autres, ce ne sont plus les atteintes graduées portées à la capacité juridique des citoyens, mais leur façon de mourir »²²⁶. La mort peut être physique, certes : les

²²² *Ibid.* (nous soulignons).

²²³ V. sur ce point les précisions de DE VERGES (Louis), *De la privation totale des droits civils par suite de condamnations judiciaires*, thèse de doctorat, Université de Paris, Paris, Éd. Impr. de Vinchon fils et successeur de Mme V. Ballard, 1853, p. 82.

²²⁴ SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 325.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*, p. 300.

hors de la loi, qui incluent désormais les étrangers des pays avec lesquels la République est en guerre et qui demeurent dans Paris ou sur une place forte²²⁷, sont fusillés. Les « ennemis du peuple »²²⁸, nouvelle catégorie qui inclut les suspects et les conspirateurs, sont guillotins. La mort peut également être civile : elle continue de frapper les émigrés. Elle peut enfin être « civique » : les fonctionnaires sont désormais soumis à une peine infamante durcie par rapport à l'infamie de droit jusque-là appliquée. Cette peine porte dorénavant atteinte de façon irréversible non plus seulement à la capacité politique du citoyen mais aussi à sa capacité civique. Elle emporte avec elle la perte de droits fondamentaux du citoyen tels que la libre circulation ou la réintégration dans les fonctions précédemment occupées en cas d'acquittement par exemple.

« Le gouvernement révolutionnaire doit aux bons citoyens toute la protection nationale : il ne doit aux ennemis du peuple que la mort », disait Robespierre le 5 nivôse an II (25 décembre 1793). Anne Simonin souligne à juste titre que Robespierre n'a pas employé le mot « guillotine » mais le terme « mort »²²⁹. La mort, sous la Révolution, n'est pas une. Elle a différents visages, parmi lesquels la mort civile et la mort civique, que l'on a tendance généralement à oublier. Le droit pénal d'exception a largement recouru à ces sanctions qui privent l'individu de ses droits de citoyen, contribuant de la sorte à tracer les contours extérieurs de la citoyenneté.

À l'exception de la période de la Terreur durant laquelle l'étranger, à la suite de la déclaration de la guerre, devient l'ennemi, nous pouvons conclure qu'une logique inclusive a été à l'œuvre pendant les premières années de la Révolution. Parallèlement à la naturalisation exceptionnelle que constitue l'octroi de la « citoyenneté d'honneur », l'étranger, entre 1790 et 1795, est naturalisé automatiquement par le simple fait de résider en France. L'accès à la citoyenneté est davantage conditionné par la loi pénale que par la nationalité, catégorie juridique inexistante durant cette période-là : « aucun des textes du droit public révolutionnaire n'a eu pour but de définir les règles de la naturalité, mais celles de la citoyenneté ; ce qui signifie que *la citoyenneté n'était pas alors conditionnée par la nationalité* »²³⁰. En déterminant les conditions dans lesquelles un individu peut être considéré comme citoyen, les lois constitutionnelles tranchaient par là-même la question de savoir

²²⁷ Décret du 27 germinal an II (16 avril 1794).

²²⁸ Décret du 23 ventôse an II (13 mars 1794).

²²⁹ SIMONIN (Anne), « Être non-citoyen sous la Révolution française ... », *op. cit.*, p. 301.

²³⁰ BART (Jean), « Citoyenneté et naturalité », *op. cit.*, p. 37.

quand il est Français. Il existe plusieurs décisions de jurisprudence en ce sens. Un arrêt de la Cour d'Aix du 18 août 1858²³¹ par exemple décide : « attendu que d'après l'article 4, sanction 2, de la Constitution du 24 juin 1793, tout étranger âgé de 21 ans accomplis qui, domicilié en France depuis une année, y vivait de son travail ou épousait une Française, était admis à l'exercice des droits de citoyen français ; Attendu que cette disposition conférait pleinement la qualité de Français sans que l'étranger ainsi naturalisé *ipso facto* eût besoin de manifester sa volonté et de faire une déclaration quelconque ; que la lettre et l'esprit de la loi ne permettent pas d'interpréter autrement l'article précité ». Pour l'internationaliste et le constitutionnaliste Boris Mirkine-Guertzevitch, « le droit constitutionnel de la Révolution française n'a pas marqué assez nettement la distinction entre la *nationalité* et la *citoyenneté*. On peut même dire que le droit constitutionnel de la Révolution, en abordant le problème de la nationalité, subordonne la solution de ce problème à l'idée de citoyenneté. Toutes ses définitions constitutionnelles se rapportent davantage au citoyen qu'au national (mot d'ailleurs ignoré) [...]. Si dans le droit actuel, le citoyen souvent est le complément du national, à l'époque de la Révolution française, on se préoccupait surtout du citoyen »²³². On rappellera d'ailleurs que l'absence de cette catégorie avait pu soulever des questions dans les débats relatifs à la dégradation civique.

La confusion de la qualité de Français et de celle de Citoyen apparue en 1789 a été dissipée par les Constitutions de l'an III et de l'an VIII qui réservent dorénavant la qualité de citoyen aux seuls détenteurs des droits politiques. La distinction sera consacrée par une disposition fondamentale du code civil qui déconstitutionnalise par ailleurs la qualité de Français.

²³¹ Cour d'Aix, 18 août 1858, S. 1858, II, 51. De la Constitution de 1793, Marguerite Vanel écrit que « pour être citoyen, il n'était pas nécessaire d'être Français, et lorsque la Constitution de 1793 emploie l'expression tout homme né et domicilié en France, elle ne cherche pas à définir le Français, mais seulement le citoyen, l'individu "admis à l'exercice des droits de citoyen français" », *Histoire de la nationalité française d'origine, op. cit.*, p. 100. Aulard, le célèbre historien de la Révolution française, propose une conclusion analogue lorsqu'il écrit, parlant du régime politique instauré par la Constitution de 1793 : « c'était une République démocratique, avec le suffrage universel, sans exclusion des domestiques ni même des étrangers. Était citoyen français et électeur tout homme âgé de 21 ans inscrit sur le tableau civique d'une assemblée primaire, ayant résidé pendant toute une année sur le territoire français et pendant trois mois dans la commune où il désirait avoir son droit de suffrage » : AULARD (Alphonse), *Histoire politique de la Révolution française – Origines et développement de la démocratie et de la République (1789-1804)*, Paris, A. Colin, 1901, p. 284.

²³² MIRKINE-GUERTZEVITCH (Boris), *La Nationalité dans la science sociale et le droit contemporain. Sources constitutionnelles de la nationalité*, Paris, 1933, texte cité par Marguerite VANEL, *Histoire de la nationalité française d'origine, op. cit.*, p. 102-103 (nous soulignons).

Section 2 – La figure du non-citoyen après la Révolution : la métaphore du criminel comme étranger

La « qualité de Français » ou la nationalité distinguée de la citoyenneté devient une condition de la jouissance des droits politiques (§1), reléguant l'étranger à l'extérieur du corps politique. Il en va de même, à partir de 1832, d'innombrables condamnés qui s'imposent comme figure du non-citoyen (§2).

§1. La nationalité comme condition de la citoyenneté : l'étranger, figure du non-citoyen

Bien que de nombreuses voix s'élèvent depuis quelques décennies pour rompre ce lien de conditionnalité aux élections locales (B), celui-ci reste en vigueur, comme pour les élections nationales (A).

A. La condition de nationalité aux élections nationales

Cette condition qui implique de distinguer formellement la citoyenneté et la nationalité (1) est inscrite depuis deux siècles dans toutes les Constitutions (2).

1. L'établissement de la distinction formelle entre (perte de) citoyenneté et (perte de) nationalité

En disposant en ses articles 7 et 8 que « l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de *Citoyen*, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle » et que « tout *Français* jouira des droits civils », le code civil de 1804 procède à cette différenciation juridique explicite de la citoyenneté d'avec la nationalité. Les termes de national et de nationaux ne sont pas encore implantés, mais si les termes sont inexistantes, la « chose » est là, avec une différence de régime juridique entre les deux institutions²³³. Aux articles suivants, le code civil prévoit logiquement les conditions d'octroi et de perte de la seule « qualité de Français », lesquelles conditions sont rendues autonomes

²³³ La nationalité dans le français du début du XIXe siècle est synonyme de nation en tant que communauté humaine spécifique distincte des autres communautés par des traits particuliers tenant à l'histoire, la culture, la géographie. Le sens contemporain de lien de rattachement à un État se forme dans la langue juridique après 1840 : v. BORELLA (François), « Nationalité et citoyenneté », *op. cit.*, p. 211. Sur ce point, v. également PEUCHOT (Eric), « Droit de vote et condition de nationalité », *RDP*, n° 2, 1991, p. 481-524.

par rapport aux conditions d'acquisition et de perte de la citoyenneté. Dans sa présentation du code civil au Corps législatif le 2 décembre 1801, le conseiller d'État Antoine Boulay de la Meurthe précise à cet égard que :

« Il est clair qu'il ne s'agit pas, dans cet article constitutionnel, que de la perte *des droits politiques*, lesquels sont attachés essentiellement à la *qualité de citoyen*. Mais il s'agit ici des *droits civils*, lesquels ne dépendent que de la simple *qualité de Français*. Or, de même que la loi constitutionnelle a déterminé les cas où se perdait la qualité de citoyen, la loi civile devait déterminer ceux où se perd la qualité de Français [...]. »²³⁴

Jean-Baptiste Treilhard, lors d'une présentation au Corps législatif le 5 mars 1803, a également mis en évidence la distinction entre citoyen et Français en général, et entre la perte de la qualité de citoyen et la perte de la qualité de Français en particulier : « toute cause qui prive du titre de citoyen, ne doit pas nécessairement priver des droits civils et de la qualité de Français. Cette qualité ne doit se perdre que par des causes qui supposent une renonciation à sa patrie »²³⁵.

La qualité de Français « ne doit se perdre que par des causes qui supposent une renonciation à sa patrie » : ainsi que l'a montré Jules Lepoutre²³⁶, le code civil consolide ici l'acquis de l'Ancien Droit selon lequel le régime de la perte de la nationalité est territorialement conditionné. La qualité de Français ne peut se perdre en l'absence de rupture territoriale, à la différence de la citoyenneté. Le code civil, dans la première moitié du XIX^e siècle, n'établit des cas de perte de la qualité de Français qu'en réponse à une stricte rupture territoriale, ce que démontre clairement le premier projet de code civil présenté en 1801 : « la qualité de Français se perdra par l'abdication qui en sera faite. Cette abdication devra être prouvée par des faits qui supposeront que le Français se sera établi en pays étranger, sans esprit de retour »²³⁷. Contrairement à ce que l'on a observé dans les Constitutions révolutionnaires dans lesquelles la confusion régnait sur ce point, on ne peut plus perdre sa qualité de Français au moment de la création du code civil en raison d'une condamnation pénale. L'indistinction formelle entre la qualité de Français et celle de citoyen français était évidente en droit intermédiaire en ce qui concerne le droit de la perte de la citoyenneté que

²³⁴ FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, vol. VII, p. 147-148 (nous soulignons).

²³⁵ TREILHARD (Jean-Baptiste), « Exposé des motifs du titre Ier, livre Ier, du code civil, de la jouissance et de la privation des droits civils », Séance du 14 ventôse an XI, in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Paris, Firmin Didot, 1838, p. 44.

²³⁶ LEPOUTRE (Jules), *Souveraineté et nationalité*, th. dactyl., Université de Lille, 2018.

²³⁷ Projet d'article 12 du code civil, Procès-verbal de la séance du 6 thermidor an IX (25 juillet 1801), in *Recueil Fenet*, vol. VII, p. 16.

nous venons d'étudier. Cette indistinction caractérisait également la perte de la nationalité : en effet, les motifs de perte de la qualité de Français mêlaient deux logiques : celle de la rupture territoriale – dans la stricte continuité de l'Ancien Droit –, et celle de l'indignité – davantage liée à l'exercice de la citoyenneté dans son versant politique. Le code civil met un terme à cette confusion : la nationalité – ses conditions d'octroi et de perte – renvoie à des « critères territoriaux »²³⁸ là où la citoyenneté – ses conditions d'octroi et de perte – renvoie pour Jules Lepoutre à des critères « de dignité et d'honneur »²³⁹. « Le code civil ne prévoit [plus] la perte de la qualité de Français du contumax, de l'individu affilié à un ordre de chevalerie étranger, du dégradé civiquement, etc. Le droit de la perte de la qualité de Français est ainsi formellement expurgé des motifs de dignité ou d'honneur qui s'attachent bien davantage à la jouissance de la citoyenneté française »²⁴⁰. La différenciation des motifs de perte de la citoyenneté d'un côté et de la nationalité de l'autre consolide la distinction établie entre les deux notions à partir du code civil.

Cette distinction entre citoyenneté et nationalité sera théorisée à partir du milieu du XIX^e siècle par la doctrine juridique. En 1846, dans son *Droit public des Français*, Serrigny différencie le « Français » qu'il représente comme l'équivalent du national²⁴¹, c'est-à-dire l'individu jouissant de droits civils, du citoyen qu'il définit comme le Français jouissant *au surplus* de droits politiques. Le juriste suisse Johann Caspar Bluntschli précise dans son ouvrage *Allgemeine Staatslehre (Théorie générale de l'État)* cette distinction :

²³⁸ Que l'on ne s'y méprenne : en affirmant que la nationalité repose sur un *critère territorial*, nous n'entendons pas dire que son attribution serait territorialisée, qu'elle se fonderait sur le droit du sol. On sait d'ailleurs que le code civil, au moment de son adoption, s'est précisément opposé au *jus soli* féodal qui traduisait l'idée d'allégeance au roi. Dans le code civil, le droit moderne de la nationalité a franchi son premier pas en devenant un droit de la personne. Accordée à la naissance, la nationalité est conservée même si la personne choisit de résider à l'étranger. Il faudra attendre la grande réforme sur la nationalité de 1889 pour que soit réintroduit le droit du sol – cette réintroduction ne s'expliquant plus par l'idée d'allégeance mais par celle de socialisation. Affirmer que la nationalité repose sur un critère territorial ne signifie pas davantage qu'elle fonderait, en droit international, une compétence territoriale de l'État. Bien au contraire, la nationalité fonde une compétence personnelle de l'État qui permet une projection de l'ordre juridique de l'État au-delà de ses frontières. Si la compétence à l'égard des nationaux n'est pas comprise dans un cadre territorial étatique, Jules Lepoutre démontre dans sa thèse qu'il n'est pas pour autant fait obstacle à ce qu'elle prenne en compte des éléments de nature territoriale. Pour ce dernier, « le lien de nationalité est caractérisé par une attache territoriale de l'individu à l'État présumée comme définitive, ou à tout le moins comme habituelle ». Le pouvoir de l'État en général, et en matière de déchéance de la nationalité en particulier, doit dès lors s'exercer dans le respect de cette nature particulière de la nationalité. V. LEPOUTRE (Jules), *Souveraineté et nationalité*, *op. cit.*, p. 46.

²³⁹ *Ibid.*, p. 312.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 312-313.

²⁴¹ Serrigny consacre un chapitre au thème suivant : « Des différences entre la qualité de Français ou de Citoyen français ». Voir SERRIGNY (Denis), *Traité du droit public des Français : précédé d'une introduction sur les fondements des sociétés politiques*, t. 1, Paris, Joubert, 1846, p. 168 s.

« Les individus ne sont pas seulement en relation avec l'État, comme membre de la famille, des ordres ou des classes, ils le sont encore directement [...]. Nous rencontrons ici les deux oppositions suivantes ; primo, les nationaux (sujets, ressortissants, indigènes) et les étrangers. Secundo, les citoyens et les autres nationaux »²⁴².

Olivier Beaud a montré que par cette double opposition national/étranger et national/citoyen, Bluntschli isole le triptyque qui caractérise la condition juridique des personnes dans un État : nationaux, citoyens, étrangers. De cette systématisation, « il ressort que les citoyens forment une espèce particulière du genre des nationaux, un sous-ensemble de l'ensemble des nationaux »²⁴³ :

« Les citoyens forment un degré plus élevé dans la masse des nationaux ; ils jouissent, en leur seule qualité, des droits politiques, et spécialement, dans la constitution représentative, du droit de vote. La qualité de citoyens suppose nécessairement la nationalité, mais de plus elle implique la plénitude des droits politiques. Elle est la parfaite expression du lien politique entre l'individu et l'État »²⁴⁴.

La « nationalité » ainsi différenciée de la citoyenneté se définit classiquement comme « l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population constitutive d'un État »²⁴⁵, ce statut de droit objectif étant fixé par l'État. Cette définition révèle que la notion de nationalité comporte en réalité deux dimensions. En premier lieu, une dimension verticale, qui relie l'individu à l'État dont il est en quelque sorte le sujet. Ce lien politique d'allégeance avait jadis une très grande importance. Il exprimait un lien personnel, comme celui du vassal envers le suzerain, et était en principe perpétuel. Il en reste aujourd'hui une situation de subordination du national envers son État, qui se manifeste par quelques obligations. De la loi Jourdan-Delbrel du 5 septembre 1798 qui institue la « conscription universelle et obligatoire » de tous les Français âgés de 20 à 25 ans jusqu'à sa suppression en 1997, le service militaire était une obligation du national²⁴⁶ : celui-ci était tenu d'obligations militaires qui permettaient à la nation d'exiger du citoyen qu'il la défende. Ces obligations, qui sont moindres aujourd'hui, trouvent leur contrepartie dans la protection, dite diplomatique, que l'État accorde à ses nationaux à l'étranger. L'autre dimension, horizontale, fait du national le membre d'une communauté, la population constitutive de l'État et le fait bénéficiaire du statut

²⁴² BLUNTSCHLI (Johann Caspar), *Théorie générale de l'État*, trad. A. de Riedmatten, Paris, Guillaumin, 1891, p. 191.

²⁴³ BEAUD (Olivier), « La citoyenneté est-elle une catégorie universelle du droit constitutionnel ? », *op. cit.*, p. 187.

²⁴⁴ BLUNTSCHLI (Johann Caspar), *Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 199.

²⁴⁵ LAGARDE (Paul), *La nationalité française*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 1.

²⁴⁶ V. CREPIN (Annie), *Défendre la France. Les Français, la guerre et le service militaire, de la guerre de Sept Ans à Verdun*, Rennes, PUR, 2005.

réservé à cette communauté²⁴⁷. Ce statut réservé à la communauté nationale constitue l'intérêt principal de la notion de nationalité. Ce statut a un contenu de droit privé, seuls les nationaux ayant en principe la plénitude des droits privés et professionnels (sous réserve des traités européens)²⁴⁸. Il a aussi et surtout un contenu politique. En France, seuls les nationaux ont plein accès aux droits politiques et aux fonctions publiques, sous la même réserve. Seuls, ils bénéficient pleinement des libertés publiques telles que la liberté d'entrer, de séjourner et de circuler sur le territoire²⁴⁹. Ainsi que le relève Paul Lagarde, « les intérêts attachés à la notion de nationalité suffisent à montrer que le droit de la nationalité est intrinsèquement un *droit d'exclusion*, puisqu'il répartit les personnes physiques en deux catégories, les nationaux et les étrangers, dont les droits sont inégaux »²⁵⁰. La *summa divisio* ne passe plus comme sous l'Ancien régime entre le privilégié et le non-privilégié, au sein de la communauté politique, mais entre le national et l'étranger.

Cette affirmation est aujourd'hui à nuancer. Plus exactement, il convient de souligner qu'au regard de son contenu de droit privé, le statut de national s'est de nos jours peu ou prou vidé de sa substance²⁵¹. Les nationaux disposent d'un nombre de plus en plus limité de privilèges par rapport aux non nationaux. Le principe de non-discrimination constitue un

²⁴⁷ Sur les droits attachés à la nationalité, v. JULIEN-LAFERRIÈRE (François), « Nature des droits attachés à la nationalité », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, n° 23.

²⁴⁸ Dans le domaine économique, une « préférence nationale » a été introduite dans le droit français par un décret du 10 août 1899, à l'initiative d'Alexandre Millerand, alors ministre socialiste du commerce. La nation garantissait au national une préférence en matière d'emploi, qui n'avait lieu de s'exercer qu'en temps de crise, mais qui marquait clairement, pour Yves Lequette, le souci qu'avait la collectivité nationale de ses membres (v. LEQUETTE Yves, « Réflexions sur la nationalité française », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, n° 23). Quant aux lois d'assistance fondées sur la solidarité nationale, le bénéfice en était aussi par le passé réservé aux Français. C'est ainsi que les allocations familiales bénéficiaient aux seules familles françaises parce qu'on pouvait alors considérer, comme l'écrit Henri Batiffol en 1949, que « ce sont elles qui constitu[ai]ent la structure de la nation » (BATIFFOL Henri, *Traité de droit international privé*, 1^{ère} éd., LGDJ, 1949, n° 170). Sur la préférence nationale, v. MOUTOUH (Hugues), « Le bon grain et l'ivraie. Brève histoire de la préférence nationale en droit français », *D.* 1999, p. 419.

²⁴⁹ Cf. Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *Rec.* p. 224 : « aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; [...] les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques » pour permettre au législateur « de mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il s'assigne » (cons. 2). Et le Conseil ajoute que, « dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux » qui, eux, ont un « droit général et absolu » d'entrée et de séjour en France.

²⁵⁰ LAGARDE (Paul), *La nationalité française*, *op. cit.*, p. 2.

²⁵¹ LEQUETTE (Yves), « Réflexions sur la nationalité française », *op. cit.* ; SCHWARTZ (Rémy), « Constitution et nationalité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 39, p. 45 ; PATAUT (Étienne), *La nationalité en déclin*, Odile Jacob, 2014.

élément puissant de déclin de la nationalité en tant que technique d'imputation de droits²⁵². Hugues Moutouh parle en ce sens d'un net mouvement de « dépersonnalisation » du droit et, corrélativement, d'une dynamique manifeste de « territorialisation »²⁵³. « Lieu d'exercice des droits, le territoire impose une unification du régime juridique à l'ensemble de la population qui y réside »²⁵⁴. Si l'on observe un rapprochement des droits des nationaux et des étrangers sur le terrain du droit privé, les droits civiques et politiques restent, quant à eux, conditionnés par la nationalité (sous réserve des traités).

2. L'établissement de la nationalité comme condition de la citoyenneté

Les Constitutions sont sans équivoque sur le fait que la nationalité constitue une condition nécessaire de la jouissance des droits politiques dans la mesure où ces derniers font participer à la souveraineté nationale²⁵⁵. C'est on ne peut plus évident dans l'article 11 de la Constitution du 22 août 1795 qui précise que « les citoyens français peuvent seuls voter dans les Assemblées primaires, et être appelés aux fonctions établies par la Constitution » (art. 11). La Constitution du 22 frimaire, An VIII, prévoit que ne pourra exercer les droits de cité que le

²⁵² Le plus souvent, l'objet des législations ne justifie pas de discriminations entre nationaux et non nationaux en situation régulière. À cet égard, tant le Conseil d'État que le Conseil constitutionnel n'ont de cesse de rappeler qu'au nom du principe d'égalité, une même situation au regard de l'objet d'une réglementation implique en principe un même traitement, sauf intérêt général justifiant une différence de traitement. Or, rares sont les objets au regard desquels nationaux et étrangers seraient dans une situation différente justifiant aujourd'hui une distinction. La « préférence nationale » a dès lors été abolie par une loi du 17 octobre 1981. Dans sa célèbre décision du 13 août 1993 précitée, le Conseil constitutionnel a affirmé le principe de l'égalité entre nationaux et étrangers en situation régulière. Il est ainsi rappelé au législateur que, s'il peut prendre à l'égard des personnes étrangères à la communauté nationale des mesures spécifiques, « il lui appartient de respecter les libertés et droits de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » (Cons. const., 13 août 1993, *préc.*, cons. 3). Cette affirmation d'un principe d'égalité entre nationaux et étrangers emporte de nombreuses conséquences, y compris en matière de droits sociaux. Le Conseil constitutionnel l'a clairement admis le 22 janvier 1990 dans une décision sur la loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé. Pour la première fois est proclamée l'existence d'un principe constitutionnel d'égalité entre Français et étrangers en matière de prestations sociales : v. Cons. const., déc n° 89-269 DC du 22 janv. 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, *Rec.* p. 33.

²⁵³ MOUTOUH (Hugues), « Le bon grain et l'ivraie. Brève histoire de la préférence nationale en droit français », *op. cit.* L'autorité normative de l'État semble s'exercer de moins en moins au seul profit de la population nationale, mais plutôt sur son territoire.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ Sur la nationalité comme condition de la citoyenneté, voir SLAMA (Serge), *Le privilège du national : étude historique de la condition civique des étrangers en France*, *op. cit.* ; BORELLA (François), « Nationalité et citoyenneté », *op. cit.* ; PAUVERT (Bertrand), « La nationalité comme fondement du suffrage. Pérennité ou obsolescence d'un concept ? », in Gérard CHIANEA et Jean-Luc CHABOT (éd.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 43-55 ; GUIGUET (Benoît), *Citoyenneté et nationalité : Limites de la rupture d'un lien*, th. dactyl., Florence, Institut Universitaire Européen, 1997 ; GOHIN (Olivier), « Nation et suffrage », in *Que reste-t-il de la Nation dans la Constitution ? : actes du colloque, les 15 & 16 mars 2007*, Centre de recherches Hannah Arendt, La Roche-sur-Yon, Institut catholique d'études supérieures, 2008, p. 114-134.

citoyen français. Il en est de même des Chartes constitutionnelles de 1815 et de 1830. Le décret du 5 mars 1848 dispose dans son article 7 que « sont électeurs tous les Français ... » et la Constitution du 4 novembre 1848 redisant que « la souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français (art. 1), indique également que « sont électeurs [...] tous les Français » (art. 25). Sous la III^e République, il était nécessaire, pour faire partie du corps électoral, d'être français par naissance ou par naturalisation. La Constitution du 27 octobre 1946, après avoir rappelé que « la souveraineté nationale appartient au peuple français » (art. 3), établit que « sont électeurs [...] tous les nationaux et ressortissants français » (art. 4). Cette incapacité des étrangers à participer aux élections politiques ressort enfin avec clarté de l'article 3 alinéa 4 de la Constitution de 1958 aux termes duquel « sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». Il en résulte que les étrangers ne peuvent participer ni à l'élection des députés et des sénateurs, ni à l'élection du président de la République, ni aux référendums. Par ailleurs, le code électoral réservait aux Français le droit de vote et l'éligibilité pour l'élection des conseillers municipaux, généraux et régionaux.

En 1992, la reconnaissance en France d'un suffrage municipal pour les ressortissants de l'Union européenne a heurté par conséquent notre conception juridique²⁵⁶. Aussi la poursuite du mouvement d'intégration européen voulue par le Traité de Maastricht a-t-elle rendu nécessaire une révision constitutionnelle²⁵⁷. Désormais, l'article 88-3 de la Constitution dispose que « sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France ». L'intégration européenne a commencé à soulever la question de la nature du lien de conditionnalité – historique, contingent ou bien nécessaire – qu'entretiennent la nationalité et la citoyenneté. Ce questionnement fait depuis les années 1980 l'objet de débats politiquement sensibles portant sur l'octroi du droit de vote aux étrangers (non citoyens de l'Union) aux élections locales.

²⁵⁶ À l'occasion du contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht, le juge constitutionnel a mis en évidence que la question du droit de vote des ressortissants communautaires aux élections locales heurtait l'obstacle constitutionnel de la nationalité : v. Cons. const., déc. n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 55.

²⁵⁷ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, *JO* du 26 juin 1992, p. 8406.

B. La question du vote des étrangers aux élections municipales

Pour ses partisans, les arguments sont nombreux : en premier lieu, l'octroi du droit de vote aux étrangers aux élections municipales s'inscrirait dans l'évolution historique qui a jadis accordé le droit de vote aux femmes et aux indigènes dans les colonies. Cet octroi ne porterait pas atteinte au principe de la souveraineté nationale qui, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, n'est pas directement en jeu dans les élections locales²⁵⁸. On insiste par ailleurs sur l'effet intégrateur du vote. On rappelle également que les étrangers contribuent aux charges de la nation par l'acquittement de l'impôt. On affirme surtout qu'au nom de la démocratie, les personnes soumises à un pouvoir de domination devraient pouvoir prendre part à son élaboration.

Il est coutume de répondre à ces arguments que les étrangers, qui restent avant tout les citoyens-sujets d'un autre État souverain, constituent une menace potentielle pour l'État. La citoyenneté n'admettrait pas le partage des allégeances, excluant toute idée de double appartenance. *A contrario*, lorsqu'un national attaque son État, il peut arriver qu'il soit déchu de sa qualité de citoyen. L'étranger méconnaîtrait par ailleurs les aspirations nationales. La connaissance intuitive du bien commun propre à chaque national que possède au contraire et *a priori* le national lui ferait défaut. On peut enfin considérer que l'exclusion des étrangers de la citoyenneté s'inscrit contre toute attente « dans la logique de la démocratie »²⁵⁹. Cette conception peut paraître contre-intuitive si l'on assimile implicitement la démocratie et l'égalité des droits comme on tend à le faire aujourd'hui. C'est ce que fait la position universalisante de la citoyenneté qui pense cette dernière indépendamment du cadre de la nation. Dans cette perspective, les droits du citoyen sont perçus comme indissociablement liés aux droits de l'homme. Toute inégalité politique est dès lors analysée comme une discrimination. La citoyenneté, qui serait « la base et la cause de la Cité » devrait, ce faisant, être étendue aux étrangers.

À rebours de cette argumentation, on peut considérer que l'égalité politique ne peut être élargie au-delà des frontières de la nation. Olivier Beaud²⁶⁰ soutient en ce sens que l'égalité

²⁵⁸ Elle ne l'est tout au plus qu'indirectement, du fait que les élus locaux siègent dans le collège électoral appelé à désigner les sénateurs.

²⁵⁹ ARDANT (Philippe), « Les exclus », *Pouvoirs*, n° 7, 1978, p. 56.

²⁶⁰ BEAUD (Olivier), « Les étrangers exclus du droit de vote. Une telle exclusion est-elle nécessairement anti-démocratique ? », *op. cit.*, p. 223-247.

politique n'est possible qu'entre les nationaux car le consensus qui entraîne la minorité à accepter la loi de la majorité n'est possible qu'au sein même de la nation. La solidarité qu'entretiennent entre eux les nationaux fait que des hommes se sentent membres d'une même nation et permet l'établissement de la démocratie²⁶¹. La nécessité du consensus capable de rendre la règle majoritaire acceptable justifierait le lien de subordination de la citoyenneté à la nationalité. Pour souscrire à cette conception de la démocratie sans sacrifier totalement à sa vision inclusive, il peut être avancé que la solution résiderait essentiellement dans la question de l'ouverture des conditions d'accès à la nationalité, soit de plein droit, soit par les conditions d'acquisition.

Cette justification de la conditionnalité des droits politiques se fonde sur une certaine conception de la nationalité que l'on peut qualifier de « matérielle » ou d'« institutionnaliste »²⁶² – par différence avec une conception fonctionnelle ou normativiste. La nationalité n'est pas ici qu'un critère de rattachement parmi d'autres à tel ou tel ordre juridique, et en particulier à l'État. Elle ne s'apparente pas ici à une chose formelle, obéissant à une logique instrumentale²⁶³. La nationalité est au contraire « un lien politique ou sentimental entre l'individu et l'État, saisi à travers son substrat humain, la nation »²⁶⁴. La communauté politique se caractérise selon cette conception matérielle par un vouloir-vivre ensemble. L'idée d'une culture commune et le sentiment de solidarité forment le substrat et le principe d'unité de la nation. L'appartenance à la communauté nationale ainsi comprise est décisive dans une démocratie en raison de la nécessaire acceptation de la règle majoritaire. Il n'y a donc pas nécessairement d'antinomie entre condition de nationalité et démocratie. On peut au contraire considérer que « la condition de nationalité s'explique par les circonstances historiques de l'État-nation et la rencontre de ce dernier avec le principe démocratique »²⁶⁵.

²⁶¹ GESLOT (Christophe), « Condition de nationalité et droit de vote », in Thierry DEBARD et François ROBBE (dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, Actes du colloque organisé par l'Université Lyon III Jean Moulin le 17 octobre 2003, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 13-33.

²⁶² BEAUD (Olivier), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 1994, p. 118.

²⁶³ On retrouve cette conception formelle notamment chez Kelsen.

²⁶⁴ BEAUD (Olivier), *ibid.* Burdeau ou Schmitt incarnent ce courant institutionnaliste.

²⁶⁵ GESLOT (Christophe), *Élections municipales et citoyenneté européenne - L'article 88-3 de la Constitution du 4 oct. 1958*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 42.

§2. La dignité comme condition de la citoyenneté : l'indigne, figure du non-citoyen

Si tous les citoyens doivent nécessairement être des nationaux, on sait toutefois que tous les nationaux ne jouissent pas des droits politiques²⁶⁶. Cela est particulièrement vrai depuis le début du XIX^e siècle des criminels que le nouveau code pénal de 1810 ne se contente plus de « rétrograder » dans l'échelle de la citoyenneté comme sous la Révolution mais exclut, à proprement parler, en temps ordinaire, du corps politique. Le sens de la peine de la dégradation civique inventée par les révolutionnaires en 1791 évolue à partir de 1810 et surtout de 1832. De peine temporaire et éducative qu'elle était (A), elle se mue en un instrument d'élimination à vie des indésirables du corps politique, faisant de ces derniers des « étrangers » (B). La loi pénale, comme le droit de la nationalité, trace désormais de façon binaire les contours externes du corps politique.

A. La dégradation civique sous la Révolution : une peine inclusive et éducative

Dans la première section du chapitre, une question dans le raisonnement est restée en suspens. Contrairement à ce qu'une lecture littérale de la peine suggérerait, nous avons vu que la dégradation civique ne privait pas à proprement parler l'infraacteur de sa qualité de citoyen français. Celui-ci était déchu de ses droits de citoyen actif, et non pas passif. Il est dès lors légitime de se demander pourquoi le législateur ne l'a pas précisé. Pourquoi avoir laissé entendre que la dégradation civique prive l'individu de la « qualité de citoyen » français ? Par ailleurs, si celle-ci prive uniquement des droits de citoyen actif, on se demandera en quoi elle se différencie des autres peines privatives des droits politiques prévues dans le code pénal de 1791. La dégradation civique présente-t-elle une particularité au regard des autres sanctions de déchéance des droits électoraux ? C'est selon nous sur le plan symbolique qu'il faut chercher cette singularité.

Les justifications des sanctions touchant à la citoyenneté du condamné diffèrent en partie selon la nature des sanctions concernées : ces sanctions sont-elles principales ou accessoires ? Et lorsqu'elles sont principales, constituent-elles une peine infamante ou non ? Des peines accessoires, c'est-à-dire des sanctions privatives des droits politiques qui résultent

²⁶⁶ FATIN-ROUGE STÉFANINI (Marthe), « La nationalité sans la citoyenneté : la question des nationaux non-votants », in Marie-Pierre LANFRANCHI, Olivier LECUCQ, Dominique NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Nationalité et citoyenneté : perspectives de droit comparé, droit européen et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 291-306.

automatiquement de la condamnation à certaines peines criminelles principales (à la gêne, aux fers, à la réclusion dans une maison de force, etc.), on peut dire qu'elles ont une fonction principalement préventive, et plus précisément « régulatrice » : il s'agit de mesures de sûreté visant à s'assurer que la communauté des citoyens appelés à exercer les droits politiques n'est formée que d'individus dignes et honorables. La peine de la dégradation civique, peine principale et infamante, a en revanche une fonction essentiellement dissuasive et éducative.

Cette peine, rappelons-le, a, contrairement aux peines accessoires privatives de droits politiques mentionnées, un caractère public : le coupable, après avoir été déclaré infâme et avoir été déclaré dégradé de sa qualité de citoyen français, est mis au carcan au milieu de la place publique où il restera pendant deux heures exposé aux regards du peuple. Le caractère public de cette peine vise tout d'abord, en couvrant le condamné d'infamie, en lui infligeant en d'autres termes une souffrance non pas physique, mais morale, à exprimer le désaveu, la désapprobation de la communauté à l'égard de son acte. La dégradation civique, qui relève d'un type spécifique de droit pénal que Joel Feinberg qualifie de « droit pénal moral », a en ce sens une fonction expressive²⁶⁷. Il s'agit également, par la honte infligée au condamné et l'effroi qu'elle suscite dans le public, de dissuader. On retrouve-là, en somme, une des caractéristiques des peines infamantes que connaissait l'Ancien Régime. À la différence cependant des peines infamantes alors en usage, qui étaient nombreuses et variées²⁶⁸, le code pénal de 1791 n'en a retenue qu'une : c'est que l'honneur, selon Le Pelletier de Saint-Fargeau, rapporteur du code pénal de 1791, « n'est point susceptible de se diviser en fractions ». Dans le code pénal, l'honneur est désormais associé à une chose : la qualité de citoyen français. Le déshonneur est lié à la perte de cette qualité : « cette peine (de la dégradation civique) appartient surtout aux pays libres, où l'honneur d'être citoyen est compté pour quelque chose »²⁶⁹. « Là où il y a moins de patrie, on tient moins à l'honneur d'être citoyen, et la dégradation civique ne peut être vraiment une peine grave et redoutée que dans une république »²⁷⁰. L'infamie, la honte infligée ne tient donc pas seulement au caractère public de la peine, mais aussi à l'objet sur lequel elle porte : la citoyenneté.

²⁶⁷ FEINBERG (Joel), « The Expressive Function of Punishment », *The Monist*, vol. 49, n° 3, 1965, p. 397-423.

²⁶⁸ On comptait, à la veille de la Révolution, le blâme, l'amende, la privation d'office, la mort civile et la dégradation de noblesse.

²⁶⁹ LE PELLETIER SAINT-FARGEAU (Michel), « Rapport sur le projet de code pénal », *op. cit.*

²⁷⁰ BEXON (Scipion-Jérôme), *Parallèle du code pénal d'Angleterre avec les lois pénales françaises, et considérations sur les moyens de rendre celles-ci plus utiles*, Paris, Fauvelle et Sagnier Imprimeurs [etc.], 1799, p. 86.

La dégradation civique a donc une fonction dissuasive, une fonction expressive²⁷¹ (réprouver les actes du mauvais citoyen et exprimer la dignité associée à la citoyenneté), mais aussi éducative²⁷², au sens de rendre meilleur et d'enseigner. C'est précisément pour donner au criminel la volonté de s'amender que la dégradation civique, comme toutes les peines du code pénal révolutionnaire d'ailleurs, n'est pas perpétuelle : il est possible, pour le condamné, d'être relevé de ses incapacités par la réhabilitation, dix ans à compter du jour de son jugement. La grâce ayant été supprimée, le Roi ne jouant plus dès lors aucun rôle dans le dispositif, la procédure repose désormais exclusivement sur les autorités municipales et les concitoyens. Gabriel Demante souligne en ce sens que la réhabilitation « cesse d'être envisagée comme un acte de souveraineté : elle résulte de l'attestation donnée par la municipalité et est prononcée sans discussion par le juge, sans qu'il soit besoin d'aucune lettre du prince »²⁷³.

Pour être réhabilité, le condamné doit fournir une « attestation de bonne conduite » délivrée par la municipalité dans laquelle il aura résidé pendant les dix années qui précèdent sa demande. Ses concitoyens pourront à cette occasion témoigner. L'attestation, le cas échéant accordée, donnera lieu à ce que Michel Lepelletier de Saint-Fargeau qualifie de « baptême civique, qui doit être accompagné de solennités » et à l'issue duquel le condamné « osera reparaitre aux yeux de ses concitoyens ». À l'occasion de cette nouvelle cérémonie publique de réintégration, le condamné se présente accompagné de deux officiers municipaux revêtus de leur écharpe. Après avoir lu le jugement prononcé contre le condamné, ils diront à haute voix : « un tel a expié son crime en faisant sa peine ; maintenant sa conduite est irréprochable : nous demandons, au nom de son pays, que la tache de son crime soit effacée »²⁷⁴. Cette cérémonie de réhabilitation « atteste [...] de la dimension inclusive de la conception révolutionnaire de la citoyenneté »²⁷⁵ : « alors que les cérémonies de dégradation mettent en place la séquence désapprobation-dégradation-exclusion, les cérémonies de réintégration mettent en place la séquence désapprobation-non dégradation-inclusion. Une cérémonie de réintégration, si elle marque la désapprobation d'un acte répréhensible, admet

²⁷¹ *Ibid.*, p. 58.

²⁷² V. SIMONIN (Anne), « What's Really Good About "Infamous Sanctions" »: The case of France in 1791 and in 1945 », *Stanford Humanities Center*, 29 janv. 2010.

²⁷³ DEMANTE (Gabriel), « Études sur la réhabilitation des condamnés pour crimes et pour délits », in *Mélanges Joubert*, 1849, p. 7.

²⁷⁴ Titre VII, art. 2 du code pénal de 1791.

²⁷⁵ SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 54.

toutefois que l'acteur est fondamentalement bon »²⁷⁶. La peine de la dégradation civique, sous la Révolution, ne vise donc pas à exclure définitivement le mauvais citoyen mais à le rendre « meilleur » citoyen. Elle participe selon nous d'une mise en scène de ce qu'être citoyen, membre d'une communauté signifie, d'une sorte de « pédagogie » de cette institution nouvelle, en 1791, qu'est la citoyenneté.

La dégradation civique telle que réformée le 28 avril 1832²⁷⁷ rompt avec cette logique. La cérémonie de dégradation, maintenue dans le seul code pénal militaire, disparaît d'ailleurs.

B. La dégradation civique dans le code pénal de 1810 : une peine excluante

La dégradation civique, qui consiste en une privation de la *jouissance* de la totalité des droits civiques et politiques – autrement dit en une privation du statut de citoyen (2) –, constitue, à partir de 1832, ce qu'il convient de nommer une véritable « mort civique » (1). La dégradation civique ne cherche plus à rendre le citoyen meilleur mais à l'exclure à proprement parler des frontières de la citoyenneté. C'est en ce sens que l'on peut comparer le condamné à l'étranger.

1. Une « mort civique »

Dans le code pénal du 22 février 1810, la dégradation civique est devenue le nom de la peine qui s'applique aux fonctionnaires et officiers publics qui sont tombés en forfaiture, terme désignant dans l'ancien droit le nom et du crime et de la peine réprimant les crimes commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions. Elle consiste dans la destitution et l'exclusion du condamné de toutes fonctions ou emplois publics, et dans la privation du droit d'être juré, expert, employé comme témoin dans les actes, de déposer en justice, d'être tuteur ou curateur, du droit de port d'armes et du droit de servir dans les armées de l'empire (art. 34). La loi du 28 avril 1832 introduit sous ce même vocable une peine nouvelle : la « mort civique »²⁷⁸. Cette peine, qui peut être prononcée à titre principal, devient d'après l'article 28 du code pénal une peine complémentaire des travaux forcés à temps, de la

²⁷⁶ BRAITHWAITE (John) and MUGFORD (Stefen), « Conditions of Successful Reintegration Ceremonies. Dealing with Juvenile Offenders », *The British Journal of Criminology*, vol. 34, n° 2, 1994, p. 142.

²⁷⁷ DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, op. cit., vol. 32, p. 215-251.

²⁷⁸ SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, op. cit., p. 86.

réclusion, de la détention et du bannissement et s'applique à des milliers de condamnés chaque année. Elle est étendue, en vertu de la loi du 8 juin 1850, à la peine de la déportation, soit simple, soit dans une enceinte fortifiée ; enfin, du fait de la loi du 31 mai 1854, elle s'applique également à la peine des travaux forcés à perpétuité ou à la peine de mort. La dégradation civique résulte donc de toutes les peines afflictives et infamantes, ou même simplement infamantes, en un mot de *toutes les peines criminelles*. Elle emporte un nombre incalculable de déchéances. Celles-ci consistent (art. 34) :

- 1° Dans la destitution et l'exclusion des condamnés de toutes fonctions, emplois ou offices publics ;
- 2° Dans la privation du droit de vote, d'élection, d'éligibilité, et en général de tous les droits civiques et politiques, et du droit de porter aucune décoration ;
- 3° Dans l'incapacité d'être juré expert, d'être employé comme témoin dans des actes, et de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements ;
- 4° Dans l'incapacité de faire partie d'aucun conseil de famille et d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants, et sur l'avis conforme de la famille ;
- 5° Dans la privation du droit de port d'armes, du droit de faire partie de la garde nationale, de servir dans les armées françaises, de tenir école, ou d'enseigner et d'être employé dans aucun établissement d'instruction, à titre de professeur, maître ou surveillant.

L'économie de cette nouvelle peine ne peut se comprendre qu'à la lumière des débats ayant entouré le sort de la mort civile. En 1832, lors des discussions relatives à la réforme du code pénal, plusieurs membres de la Chambre des députés et de la Chambre des pairs en demandent la suppression immédiate. Mesure héritée du droit de l'Ancien régime, la mort civile est d'après le code civil de 1804 la privation absolue de la jouissance des droits civils qui atteint tout condamné à mort (art. 23 c. civ.) et certains condamnés à des peines afflictives perpétuelles (art. 24 c. civ.) : « la personne condamnée à cette peine perd toute existence civile : elle perd la propriété de tous ses biens ; elle ne peut plus recueillir ou transmettre aucune succession, son mariage est dissous ». Contrairement au principe de personnalité des peines, la mort civile atteint donc l'épouse et les enfants du condamné. En 1831, la Belgique, dont le code criminel est directement inspiré par le droit français, l'abolit. Les juristes français, à l'instar de leurs homologues belges, s'accordent également sur la nécessité de supprimer cette sanction que décrie aussi la doctrine. De la mort civile, Rossi écrit ainsi :

« Nous n'insisterons pas sur l'immoralité de la peine qu'on appelle la mort civile : de cette peine qui frappe directement et essentiellement les non-coupables, qui attache à une fiction les conséquences les plus déplorables, et par laquelle on décide qu'a cessé d'être père, fils, mari, parent, celui qui, en dépit de toutes les aberrations humaines, n'en est pas moins père, époux, fils, parent ayant comme tel des liens naturels, des devoirs et des droits qu'aucune puissance ne saurait détruire, ni légitimement paralyser.

La mort civile, que des hommes se croyant savants parce qu'ils jouent sur les mots, ne veulent pas appeler une peine, mais seulement la conséquence d'une peine, est dans les législations modernes un de ces anachronismes qui doivent mettre les critiques en grande méfiance d'eux-mêmes »²⁷⁹.

En droit français, la mort civile, qui n'est pas à proprement parler une peine, est inscrite dans le code civil. Seule une modification de ce dernier aurait pu par conséquent l'abroger. Elle est donc maintenue en 1832. Les réformateurs du code pénal prennent acte toutefois de ce que sa suppression était selon eux imminente. Sur le modèle belge, ils ont dès lors révisé la dégradation civique de façon telle qu'elle puisse remplacer la mort civile – sans en reprendre les défauts²⁸⁰ : à l'issue de la réforme de 1832, la dégradation civique introduit alors une nouvelle sanction, la « mort civique ». « Révisée, la dégradation civique devient une mesure de sûreté garantissant le maintien *indéfinit* hors de la communauté politique de certains criminels qui ont purgé leur peine »²⁸¹.

2. La perte du statut de citoyen

La dégradation, peine indivisible (b) qui fait partie des incapacités non pas d'exercice mais de jouissance (a), entraîne à proprement parler une perte du statut de citoyen.

a. La dégradation civique, une incapacité de jouissance

Dans son introduction à l'étude du droit civil, Henri Capitant définit la capacité juridique comme l'aptitude à devenir le sujet de droits et à les faire valoir. La capacité de jouissance consiste à acquérir des droits, à en être titulaire. Elle appartient en principe à tout le monde, et ce n'est qu'exceptionnellement, en vertu d'une disposition expresse de la loi, que la personne est privée de la jouissance de certains droits. Avoir la capacité d'exercer des droits, c'est en revanche les mettre en mouvement, pour retirer les avantages qu'ils sont susceptibles de procurer, ou pour les démembrer, les céder, les transmettre à des tiers, en un mot, les

²⁷⁹ ROSSI (Pellegrino), *Traité de droit pénal*, t. 3, Paris-Genève, A. Sautet et Cie, J. Barbezat et Cie, 1829, p. 206-207.

²⁸⁰ La Constitution de la Belgique abolit la mort civile et une loi du 11 février 1831 la remplace par la dégradation civique et l'interdiction légale. V. STEINMETZ (Caroline), « Contribution à l'étude de la mort civile », in Olivier BEAUD, *Fédéralisme et fédération en France : histoire d'un concept impossible ?*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1999, p. 332.

²⁸¹ SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 86 (nous soulignons).

exercer²⁸². Ces deux formes de capacité sont corrélatives de deux types d'incapacité : d'une part, l'« incapacité de jouissance », qui fait référence à l'inaptitude juridique à devenir titulaire d'un droit et renvoie ce faisant à la privation d'un droit ; d'autre part, l'incapacité d'exercice, qui empêche une personne d'exercer un droit sans pour autant lui enlever l'aptitude à en jouir.

Historiquement, la notion d'incapacité de jouissance est le produit de réflexions doctrinales visant à légitimer la personnalité et l'humanité des mineurs et des majeurs placés sous un régime de protection²⁸³. À travers la distinction de l'incapacité de jouissance d'avec l'incapacité d'exercice, il s'est agi de reconnaître la personnalité aux incapables et aux personnes morales, reconnaissance rendue impossible par la théorie classique du « droit-volonté ». La théorie du « droit-volonté », qui identifiait le sujet de droit à l'être humain pourvu de volonté, excluait en effet de la catégorie « sujet de droit » tous les individus non dotés d'une volonté juridique efficace. Le refus d'attribuer la personnalité juridique à certaines personnes humaines qui découlait de cette théorie n'était pas sans choquer la doctrine. Affirmer que l'incapable n'était pas une personne juridique donnait aux auteurs de l'époque le sentiment que l'incapable n'était pas un être humain à part entière. L'introduction de la distinction entre jouissance et exercice des droits a permis dès lors de minimiser les restrictions à l'activité juridique de certains sujets de droit. Si l'incapacité est générale, elle n'est, heureusement, que d'exercice ; si l'incapacité est de jouissance, elle ne peut alors qu'être spéciale. Les incapacités de jouissance ne s'appliquent qu'à un ou plusieurs droits (ou actes) déterminés. Depuis l'abolition de l'esclavage par le décret du 27 avril 1848 et la suppression de la mort civile par la loi du 31 mai 1854, il n'existe plus d'incapacités de jouissance générales dans notre droit. Les incapacités de jouissance n'affectent plus l'ensemble de la personne d'une manière permanente. Toujours spéciales, autrement dit n'affectant qu'un nombre restreint de droits ou d'actes, l'incapacité de jouissance n'oblitére pas l'aptitude à devenir sujet de droit.

Par différence, les incapacités d'exercice peuvent être générales. Elles renvoient traditionnellement aux mineurs et aux majeurs protégés, personnes dont l'intelligence est affaiblie et qui, par conséquent, ne comprennent pas/plus la portée des actes qu'elles

²⁸² CAPITANT (Henri), *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, 5^{ème} éd., Paris, A. Pedone, 1929, p. 169.

²⁸³ MARIA (Ingrid), « Exercice et jouissance des droits civils et politiques », *JCl. Civil Code*, Art. 7 et 8, Fasc. unique, 12 sept. 2013, §54.

accomplissent. Dans la plupart des cas, la loi a assorti l'incapacité d'exercice d'une technique permettant de mettre en œuvre les droits de l'incapable. La loi confie à un tiers le soin d'exercer lui-même les droits de l'incapable en son lieu et place, ou de l'assister et de l'habiliter.

Les incapacités d'exercice sont essentiellement des incapacités de protection. Les incapacités de jouissance, innombrables, peuvent en revanche répondre à des finalités fort différentes. On recense par exemple des prohibitions visant à assurer le respect d'un domaine de compétence. L'interdiction d'exercer une profession bancaire énoncée aux articles L. 511-5 à L. 511-7 du code de commerce et financier cherche en ce sens à préserver le domaine de compétence des établissements de crédit. D'autres incapacités de jouissance sont motivées par l'exigence d'une certaine aptitude. Il est possible d'y ranger presque toutes les limites d'âge. D'autres encore, dites « incapacités de défiance », ont quant à elles pour but d'éviter les abus ou les fraudes, protégeant ainsi la personne avec qui « l'interdit » contracte. L'article 1125-1 du code civil se justifie ainsi par la crainte de ce que les membres assurant la marche d'un établissement hébergeant des personnes âgées ou disposant des soins psychiatriques profitent de leur situation pour se faire consentir des opérations avantageuses au détriment des personnes hébergées.

Il est à signaler que pour certains droits, la distinction entre la jouissance et l'exercice est difficile à établir : il s'agit des droits tellement inhérents à la personne du titulaire que leur exercice ne peut pas être délégué à un tiers. Le titulaire seul peut apprécier s'il convient de les exercer. La loi veut qu'il les exerce lui-même. Il en va ainsi notamment du droit de se marier ou de celui de faire un testament. Les incapables qui sont privés de l'*exercice* sont, en réalité, privés de la *jouissance* même du droit, puisqu'ils n'ont aucun moyen de le faire valoir. Pour ces droits, « la distinction semble [donc] plutôt nominale qu'effective »²⁸⁴. Si elle semble illusoire, elle aura quelquefois encore ici ses avantages : « ainsi, le droit continuera de résider d'une manière abstraite en la personne qui aura été privée de l'exercice seulement, et, du moment que l'obstacle à l'exercice aura cessé, le droit, toujours subsistant, reprendra par cela seul son efficacité ; ainsi encore, si l'on suppose que les actes d'exercice aient été faits régulièrement avant la privation de cet exercice, ils conserveront leur validité nonobstant cette privation ultérieurement survenue, puisque le fond du droit, ou en d'autres termes la

²⁸⁴ ORTOLAN (Joseph-Louis-Elzéar), *Éléments de droit pénal*, t. 2, 4^{ème} éd, Paris, E. Plon & Cie ; Marescq Aîné, 1875, p. 46.

jouissance du droit, aura toujours subsisté »²⁸⁵. Ortolan en conclut que « la distinction étant ainsi établie même pour le cas où elle est moins efficace, on voit qu'il y aura toujours à considérer, dans les privations de droits à prononcer par la loi [...], si c'est la jouissance même du droit ou l'exercice seulement qui doit être retiré »²⁸⁶.

Cette remarque s'applique également aux droits politiques, qui sont des *droits personnels*. Si la distinction entre exercice et jouissance semble, pour ces droits, secondaire, elle conserve dans certaines situations un intérêt. Ainsi par exemple du mineur privé de l'exercice de son droit de vote. Hauriou concède²⁸⁷ que ce dernier ne peut pas exercer son droit par l'intermédiaire de son représentant. Il observe toutefois que si, en fait, un mineur a été inscrit sur une liste électorale, le bureau ne pourra pas refuser de recevoir son vote²⁸⁸. Par ailleurs, les juges retiennent que les condamnations encourues pendant la minorité entraînent la perte du droit de vote²⁸⁹ : le doyen en conclut que c'est que le droit de vote existait. Le mineur, privé de l'exercice du droit de vote, en avait bien la jouissance. La distinction conserve donc quelque pertinence.

Qu'en est-il, dès lors, de l'incapacité électorale résultant de condamnations pénales ? Bien que certaines voix discordantes s'élèvent sur le sujet, la doctrine affirme dans l'ensemble que les incapacités résultant de condamnations pénales en général, et les incapacités relatives aux droits politiques en particulier, sont de jouissance. À l'instar d'Hauriou qui classe parmi les événements qui font perdre la jouissance du droit de vote toutes les sentences judiciaires (les condamnations criminelles et correctionnelles mais aussi la faillite et les décisions relatives à la destitution des notaires et des officiers ministériels), Ingrid Maria, auteur d'une thèse sur *Les incapacités de jouissance*, établit que « toutes les déchéances résultant de condamnations pénales sont considérées comme des incapacités de jouissance »²⁹⁰. Et d'ajouter : « parmi celles-ci se trouve, au premier plan, l'interdiction des droits civiques,

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel* [2^{ème} éd., Librairie du Recueil Sirey, 1929], Dalloz, 2015, p. 572. Sauf précision expresse de notre part, c'est à cette édition que l'on se réfèrera dans la thèse.

²⁸⁸ CE, 1^{er} juill. 1893, *Criqueboeuf*, S. 1895, III, 75 et CE, 8 févr. 1896, *Élections de Masseubes*, Lebon, p. 145.

²⁸⁹ Cass., crim., 10 mai 1881, S. 1881, I, 326 ; D.P. 1881, I, 481.

²⁹⁰ MARIA (Ingrid), *Les incapacités de jouissance. Étude critique d'une catégorie doctrinale*, Defrénois, 2010, p. 16. Dans le même sens, v. DE MARGERIE (Bernard), *Des incapacités de jouissance en droit civil français*, th. doct., Université de Paris, Montchrestien, 1936, p. 65 s. ; GRIDEL (Jean-Pierre), *Notions fondamentales de droit et droit français. Introduction, méthodologie, synthèse*, Dalloz, 1992, p. 347 ; LARROUMET (Christian), *Droit civil*, t. 1 : *Introduction à l'étude du droit privé*, 5^{ème} éd., Economica, 2006 ; MALINVAUD (Philippe), *Introduction à l'étude du droit*, 12^{ème} éd., Litec, 2008.

civils et de famille »²⁹¹ à laquelle l'auteur assimile la restriction du droit de vote prévue par l'article 2 du code électoral. Si la peine divisible de l'interdiction des droits civiques issue du code pénal de 1992 relève des incapacités de jouissance, *a fortiori* la dégradation civique, peine perpétuelle et indivisible prévue dans le code pénal de 1810 appartient-elle à la même catégorie.

Il serait à première vue possible d'objecter à cette thèse selon laquelle les déchéances de droits politiques résultant de condamnations pénales sont toutes des incapacités de jouissance que certains textes constitutionnels ou législatifs emploient en la matière l'expression « d'incapacité d'exercice ». Après avoir énoncé en son article 2 que la qualité de Citoyen français se perd par la naturalisation en pays étranger, et par la peine de la dégradation civique, le plan de constitution girondin par exemple indique qu' « il y aura deux causes d'incapacité pour *l'exercice* du droit de suffrage : la première l'imbécillité ou la démence, constatée par un jugement ; la seconde la condamnation légale aux peines qui emportent la dégradation civique ». Les codes pénaux de 1791 et 1795 se réfèrent eux aussi respectivement aux peines de « suspension de *l'exercice* des droits de citoyen actif » et d'« incapacité [...] d'*exercer* aucun droit de citoyen pendant vingt ans ». Quant à l'article 42 du code pénal de 1810, il dispose que « les tribunaux, jugeant correctionnellement, pourront, dans certains cas, interdire en tout ou en partie, *l'exercice* des droits civiques, civils et de famille ».

Deux enseignements peuvent être tirés de ces occurrences de l'expression d'incapacité « d'exercice ». On relèvera en premier lieu la confusion à laquelle donne lieu la distinction dans cette matière, ce dont témoigne la Constitution girondine qui fait de la condamnation à la peine de la dégradation civique une cause de la perte à la fois de la qualité de citoyen français et de l'exercice du droit de suffrage. Dans la mesure où la dégradation civique entraîne une perte de jouissance des droits politiques, *a fortiori* prive-t-elle, certes, de l'exercice desdits droits. Il n'y a donc pas de contradiction à parler d' « exercice » même pour la dégradation civique : qui peut le plus peut le moins. On expliquera en l'espèce le recours au terme « exercice » dans cet article par la référence à « l'imbécillité et la démence » qui est prévue dans la même phrase. En ce qui concerne l'expression d' « incapacité d'exercice » employée dans le code pénal de 1791, elle se justifie très certainement par l'idée que sous la Constitution de 1791, tous les nationaux étaient *de facto* considérés comme citoyens français.

²⁹¹ MARIA (Ingrid), *Les incapacités de jouissance. Étude critique d'une catégorie doctrinale*, op. cit., p. 16.

Tous avaient ainsi en un sens la jouissance des droits politiques. En revanche, seuls certains avaient l'exercice des droits de citoyen actif. Pour marquer la différence entre les citoyens au sens large et les citoyens actifs, le législateur en 1791 a dès lors recouru au terme « d'exercice » des droits. Pour ce qui est enfin de l'article 42 du code pénal de 1810, nous faisons l'hypothèse qu'il se réfère au seul « exercice » dans la mesure où il s'agit d'une peine divisible qui ne met pas en jeu le statut de citoyen mais seulement certains de ses droits. Le législateur serait enclin à utiliser l'expression d' « exercice » quand ne sont concernés que quelques droits, sans que ce terme ne présume de la nature véritable de l'incapacité. On retiendra donc la thèse initiale selon laquelle les incapacités électorales résultant de condamnations pénales en général, et la peine de la dégradation civique en particulier, sont des incapacités de *jouissance*.

b. La dégradation civique, une peine indivisible

La dégradation civique, incapacité de jouissance qui s'applique aux crimes, est par ailleurs une peine *indivisible*. Elle se distingue en ce sens de l'interdiction des droits civiques prévue pour les délits à l'article 42 du code pénal de 1810. Aux termes dudit article :

Les tribunaux, jugeant correctionnellement, pourront, dans certains cas, interdire *en tout ou en partie*, l'exercice des droits civiques, civils et de famille suivants :

1° De vote et d'élection ;

2° D'éligibilité ;

3° D'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois ;

4° De port d'armes ;

5° De vote et de suffrage dans les délibérations de famille ;

6° D'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfants, et sur l'avis seulement de la famille ;

7° D'être expert ou employé comme témoin dans les actes ;

8° De témoignage en justice, autrement que pour y faire de simples déclarations.

À la différence de l'interdiction des droits civiques, qui est divisible et doit être prononcée par le juge, la dégradation civique est le plus souvent une peine accessoire : dès l'instant où les tribunaux ont prononcé l'une des condamnations auxquelles elle est attachée, la dégradation civique est encourue sans qu'il soit besoin pour les juges d'en faire mention dans leur sentence et sans qu'il soit en leur pouvoir d'en dispenser le condamné. L'interdiction des droits civiques, civils et de famille est en outre temporaire, sa durée pouvant varier entre cinq et dix ans. À l'inverse, la dégradation civique est une peine *perpétuelle*, lors même qu'elle est l'accessoire de peines temporaires. Les incapacités perdurent après que le condamné a purgé sa peine principale. Ses effets ne pouvaient-ils

cesser toutefois par la réhabilitation prévue par le code d'instruction criminelle de 1808 ? Aux termes de l'article 619 dudit code, « tout condamné à une peine afflictive et infamante qui aura subi sa peine pourra être réhabilité ». Parmi les peines infamantes pouvant donner lieu à réhabilitation, le code ne mentionne cependant que le carcan. D'autre part, l'article ajoute que le condamné doit avoir subi sa peine, et l'on peut dire que le condamné à la dégradation civique reste toujours sous le poids de sa condamnation. Aussi a-t-on pu douter de ce que les dispositions de l'article 619 s'appliquent aux condamnés à la dégradation civique. Commentant ces dispositions en 1823, Joseph Carnot²⁹² soutient qu'à l'évidence, ces objections ne tiennent pas : dans la mesure où la dégradation civique est une peine inférieure au carcan, la réhabilitation, qui peut être obtenue par le condamné au carcan, doit pouvoir l'être *a fortiori* par le condamné à la dégradation civique. De surcroît, il est loisible de considérer que le condamné à la peine de la dégradation civique a réellement subi sa peine, du moment que le jugement de sa condamnation lui a été prononcé, puisque de ce jour-là même, il se trouve destitué de ses emplois et qu'il lui demeure interdit d'en posséder d'autres à l'avenir. La réforme de 1832 lève tout doute en décidant qu'un dégradé civique peut formuler une demande de réhabilitation « cinq ans à compter du jour où la condamnation est devenue irrévocable ». Selon l'article 634 du code d'instruction criminelle, réformé par la loi du 14 août 1885, la réhabilitation « efface la condamnation et fait cesser pour l'avenir toutes les incapacités qui en résultaient ». La condamnation est effacée en ce sens qu'elle cesse de produire des effets pour l'avenir et qu'elle ne peut plus, par conséquent, soit servir de base pour la récidive, soit continuer à frapper le condamné de déchéances ou d'incapacités. Le nombre de réhabilitation, toutefois, est faible et les amnisties sont rares.

Il faut donc retenir qu'à partir de 1832, toutes les condamnations criminelles entraînent une déchéance indéfinie du statut de citoyen. Aux crimes s'ajouteront bientôt les délits. Au lendemain de la loi électorale du 15 mars 1849²⁹³, les délinquants condamnés à une peine correctionnelle sont en effet soumis eux aussi de façon automatique dans de nombreux cas à ce qui constitue pour certains une forme déguisée de dégradation civique. L'article 15 du décret organique du 21 février 1852 qui servira de matrice en la matière jusque dans les

²⁹² CARNOT (Joseph), *Commentaire sur le Code pénal*, t. 1, Paris, Chez B. Warée, 1823, p. 109.

²⁹³ Loi électorale du 15 mars 1849, DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, op. cit., t. 49, p. 78-105.

années 1980 élargit les cas d'incapacité électorale déjà prévus par l'article 3 de la loi de 1849 puis par l'article 8 de la loi électorale du 31 mai 1850²⁹⁴. Il dispose que :

Ne doivent pas être inscrits sur les listes électorales :

- 1° les individus privés de leurs droits civils et politiques, par suite de condamnation, soit à des peines afflictives ou infamantes, soit à des peines infamantes seulement ;
- 2° ceux auxquels les tribunaux, jugeant correctionnellement, ont interdit le droit de vote et d'élection, par application des lois qui autorisent cette interdiction ;
- 3° les condamnés pour crime à l'emprisonnement, par application de l'art. 465 du Code pénal ;
- 4° ceux qui ont été condamnés à trois mois de prison par application des art. 518 et 425 du Code pénal ;
- 5° les condamnés pour vol, escroquerie, abus de confiance, soustraction commise par les dépositaires de deniers publics, ou attentats aux mœurs, prévus par les art. 330 et 334 du Code pénal, quelle que soit la durée de l'emprisonnement auquel ils ont été condamnés ;
- 6° les individus qui, par application de l'art. 8 de la loi du 17 mai 1819 et de l'art. 5 du décret du 11 août 1848, auront été condamnés pour outrage à la morale publique et religieuse ou aux bonnes mœurs, et pour attaque contre le principe de la propriété et les droits de la famille ;
- 7° les individus condamnés à plus de trois mois d'emprisonnement en vertu des art. 51, 55, 54, 55, 56, 58, 59, 40, 41, 42, 45 et 46 de la présente loi ;
- 8° les notaires, greffiers et officiers ministériels destitués en vertu de jugements ou décisions judiciaires ;
- 9° les condamnés pour vagabondage ou mendicité ;
- 10° ceux qui auront été condamnés à trois mois de prison au moins, par application des art. 459, 445, 444, 445, 446, 447 et 452 du Code pénal ;
- 11° ceux qui auront été déclarés coupables des délits prévus par les art. 410 et 411 du Code pénal et par la loi du 21 mai 1856 portant prohibition des loteries ;
- 12° les militaires condamnés au boulet ou aux travaux publics ;
- 13° les individus condamnés à l'emprisonnement par application des art. 58, 41, 45 et 45 de la loi du 21 mars 1852 sur le recrutement de l'armée ;
- 14° les individus condamnés à l'emprisonnement par application de l'art. 1er de la loi du 27 mars 1851 ;
- 15° ceux qui ont été condamnés pour délit d'usure ;
- 16° les interdits ;
- 17° les faillis non réhabilités dont la faillite a été déclarée soit par les tribunaux français, soit par jugements rendus à l'étranger, mais exécutoires en France.

Désormais, en vertu de la loi électorale, l'interdiction de l'inscription sur les listes électorales en matière correctionnelle ne sera plus exclusivement prononcée par les tribunaux, par application des lois qui autorisent cette interdiction. La condamnation du chef d'un nombre multiple de délits véniels entraînera de plein droit la déchéance du droit de vote, laquelle entraîne à son tour l'inéligibilité sur le fondement de l'article 27. C'est ainsi une nouvelle forme de « dégradation civique » que l'on recrée pour les délits. C'est dans ces

²⁹⁴ Loi du 31 mai 1850 qui modifie la loi électorale du 15 mars 1849, DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, op. cit., t. 50, p. 206-224.

termes que s'exprime à l'Assemblée Adolphe Billault, le rapporteur de la loi électorale du 15 mars 1849 :

« Si vous déclarez qu'un individu pour un délit quelconque est privé du droit d'élire, par voie de conséquence inévitable, vous le déclarez inéligible ; s'il ne peut être ni électeur, ni éligible, est-ce que vous croyez qu'il pourra être fonctionnaire ? *C'est, en réalité, la peine de la dégradation civique, que vous allez ajouter aux peines écrites au code pénal pour certains délits.* Est-il bien sage d'appliquer ainsi surrogatoirement la dégradation civique à un certain nombre de délits ?

[...] Sous nos anciennes constitutions, on n'avait pas eu cette profusion de dégradation civique ; on n'avait pas cru qu'il fallût ainsi prodiguer cette peine qui, je le répète, a une grande gravité »²⁹⁵.

Non seulement tous les criminels mais aussi un nombre incalculable de délinquants sont donc automatiquement déchus sans durée limitée de leur statut de citoyen. Si ces dispositions électorales resteront en vigueur avec quelques modifications jusque dans les années 1980, la peine indivisible de la dégradation civique demeurera une peine inchangée jusqu'en 1994. Différents projets viseront certes à rendre cette sanction fractionnable. Le 8 février 1905, Jean Cruppi dépose ainsi à la Chambre une proposition de loi « tendant à supprimer la peine de la dégradation civique » et à la remplacer par l'article 42 du code pénal : comme dans l'article 42, les interdictions seraient divisibles et temporaires. On y ajouterait toutefois de nouvelles incapacités : interdiction de servir dans les armées françaises, de porter aucune décoration, de tenir école ou d'enseigner et d'exercer un office public²⁹⁶. Ce nouvel article 42 serait prononcé pour cinq ans au moins et vingt ans au plus. La proposition n'a pas de suite cependant. Elle sera reprise le 10 mars 1931 à l'occasion de la réunion de la commission Matter chargée d'un projet de révision du code pénal²⁹⁷. La suppression de la dégradation civique est de nouveau envisagée : « qu'on le veuille ou non, [la dégradation civique] inflige à celui qui en est frappé une souffrance parfois plus grave que la douleur physique et la privation de liberté »²⁹⁸. À la majorité, la commission se prononce toutefois pour le maintien de la dégradation civique « modifiée dans le sens de la proposition Cruppi ». Le projet de code dit Matter ne sera déposé à la Chambre des députés que le 17 juin 1938. Sachant que d'autres mesures plus urgentes occupaient le gouvernement, il ne sera jamais adopté. Du point de vue des droits politiques, jusqu'à l'entrée en vigueur en 1994 du nouveau code pénal qui

²⁹⁵ Intervention d'Adolphe Billault, *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale*, t. 8, 16 févr. 1849, p. 102 (nous soulignons).

²⁹⁶ Annexe n° 2230. Documents parlementaires. Chambre des députés, p. 49. Cité par SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 94.

²⁹⁷ Registres des Procès-verbaux de la Commission de révision du Code pénal de 1832, t. 1, p. 56-57.

²⁹⁸ Deux Registres des Procès-verbaux de la Commission de révision du Code pénal de 1832. L'extrait ici cité se trouve t. 1, p. 56-57.

abolit la dégradation civique, il est dès lors possible de comparer la situation des personnes déchues de leur statut de citoyen à celle des étrangers.

À l'issue de ce chapitre, nous avons donc démontré que la loi pénale a historiquement tracé les frontières externes du corps politique. Si la Constitution dans les premières années de la Révolution règle bien le *mode d'exercice* de la citoyenneté, c'est la loi pénale qui régit l'*accès* à la citoyenneté. L'Autre du citoyen n'est pas tant l'étranger que le criminel, encore que ce dernier soit *rétrogradé* plus qu'*exclu* à proprement parler. La dimension inclusive de la citoyenneté au début de la Révolution concerne les femmes, les étrangers, mais aussi les criminels. L'entrée dans la guerre et la Terreur devait modifier cet état des choses : désormais, c'est moins le criminel de droit commun que l'on rétrograde que l'ennemi que l'on criminalise pour pouvoir mieux l'exclure sous l'apparence de la légalité.

Des débats révolutionnaires portant sur le statut de l'individu dégradé de sa qualité de citoyen français, on retiendra en second lieu qu'ils ont mis en évidence la nécessité d'introduire un concept de nationalité qui aurait moins servi dans un premier temps à distinguer *les Français des étrangers* qu'à différencier *les Français entre eux* : cette distinction aurait été utile pour pouvoir penser la nationalité sans la citoyenneté, ce à quoi se refusaient précisément les Constitutions révolutionnaires. Le code civil napoléonien a non seulement consacré cette distinction en renvoyant la réglementation des droits politiques aux lois constitutionnelles ou électorales et en déconstitutionnalisant parallèlement le droit de la nationalité désormais associé à la jouissance des droits civils. Il a également distingué les motifs de perte de la nationalité des motifs de perte de la citoyenneté. Là où les premiers reposent sur un critère territorial, les seconds relèvent essentiellement de la dignité.

L'indignité, c'est précisément le fondement à partir duquel on a multiplié à partir de 1832 les sanctions privant les condamnés de leur statut de citoyen. À l'exclusion des étrangers de la sphère de la citoyenneté dorénavant conditionnée par la nationalité répond celle des condamnés qui s'imposent comme figure durable du non-citoyen républicain. La loi pénale, comme le droit de la nationalité, opère à partir de ce moment-là une distinction *radicale* entre le citoyen et celui qui ne l'est pas ou ne l'est plus.

Depuis l'adoption du nouveau code pénal, les peines privatives des droits politiques sont divisibles, temporaires et prononcées par le juge. Le condamné n'est plus déchu de plein droit de son *statut* de citoyen pour une durée indéfinie. Il est privé de certains de *ses droits de*

citoyen pour une durée limitée. Aussi la métaphore du criminel comme étranger n'est-elle plus pertinente. Le condamné n'en reste pas moins, à l'intérieur de la nation, le dernier exclu.



CHAPITRE 2. DROIT PÉNAL ET CITOYENNETÉ : LA DERNIÈRE FORME D'EXCLUSION À L'INTÉRIEUR DES FRONTIÈRES DE LA NATION

À l'intérieur des frontières de la nation, nous avons assisté à l'élargissement progressif du corps des citoyens qui a résulté de l'universalisation du suffrage, c'est-à-dire de la suppression des critères d'exclusion traditionnels. Il existe encore deux types de limites ou plutôt des limites de deux natures différentes à l'universalisation des droits politiques. Une limite que Pierre Rosanvallon qualifie d'« anthropologique »²⁹⁹ et qui concerne les mineurs qui ne disposent pas du discernement nécessaire à l'exercice des droits concernés ; une limite sociale ensuite, qui s'applique à certains condamnés et représente en quelque sorte la dernière forme d'ostracisme qui subsiste au sein de la nation.

L'exclusion des condamnés survit à l'inclusion des déshérités, des anciens indigènes, des incapables, trois figures auxquelles il a pu être assimilé avant de s'y substituer. Concernant les premiers, il est loisible de considérer qu'en 1848, avec le remplacement du gage que représentait le cens par un gage de moralité ou de dignité, les condamnés déchus de leurs droits civiques prennent le relai des classes jusque-là privées du droit de suffrage pour des raisons matérielles. Plus que *moral*, il apparaît en effet que le filtre placé par la privation des droits politiques à l'entrée de la communauté des citoyens est *social* : ce sont les classes populaires qui sont principalement visées par ce type de condamnations.

Concernant les seconds, on remarquera que l'exigence de dignité qui s'applique aux condamnés ne leur est pas totalement inconnue. En droit colonial, la dignité constitue une condition d'accès des indigènes à la citoyenneté. Ainsi que l'écrit un représentant de la doctrine coloniale en 1895, « il ne doit pas suffire que l'indigène veuille être traité comme un européen, il faut encore que nous le jugions *digne* d'être considéré comme un des nôtres »³⁰⁰. Le critère de la « dignité » du candidat à la citoyenneté, comme celui des condamnés, est l'objet de nombreux débats à la fois localement, dans les colonies, et en métropole, au moment de l'élaboration de la législation. Outre les débats, on retrouve ce critère dans la pratique administrative : dans les dossiers de demande d'accession à la qualité de citoyen français, les commentaires faits par les différents degrés de l'administration sur l'accueil à

²⁹⁹ ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France, op. cit.*, p. 420.

³⁰⁰ GIRAULT (Arthur), *Principes de colonisation et de législation coloniale, t. 2 : Notions administratives, juridiques et financières*, 5^{ème} éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 389-390 (nous soulignons).

réserver aux demandes individuelles sont très largement traversés par le souci d'estimer si le candidat peut « tenir *dignement* dans la société la place que lui assignerait la qualité de citoyen français »³⁰¹. Dans les dossiers des postulants à la naturalisation des années 1870³⁰², une enquête de moralité doit signaler que le candidat à la naturalisation est de « bonne vie et mœurs » et qu'il n'a « pas subi de condamnation ». Cette exigence est ensuite institutionnalisée avec la production systématique d'un extrait du casier judiciaire. Avec les autonomies et les indépendances, cette condition de dignité appliquée aux indigènes disparaîtra. On continue toutefois de l'imposer aux criminels.

L'exclusion des indignes se perpétue encore après qu'on a intégré en 2019 à la communauté des citoyens tous les « aliénés », troisième catégorie à laquelle on a pu les comparer, surtout aux États-Unis.

Forts de ces observations, notre objectif dans ce chapitre est double. Ce chapitre vise en premier lieu à mettre en évidence qu'au regard de l'universalisation continue du suffrage qui a résulté de la suppression des critères de l'argent, du sexe, de la race et de l'incapacité (section 1), l'exclusion pluri-séculaire des condamnés constitue un « cas-limite » (section 2) : si le droit pénal ne trace plus aujourd'hui les contours *externes* de la communauté politique, du moins continue-t-il à délimiter à l'*intérieur* des frontières de la nation les titulaires des droits politiques. Ce chapitre entend établir en second lieu que l'exclusion des condamnés repose sur une logique distincte de celle qui a justifié l'évincement des femmes, des incapables, des indigènes et des plus pauvres. Nous démontrerons que si *historiquement*, le sort de ces groupes a pu être déterminé par des facteurs politiques, économiques ou sociaux divers et variés, *structurellement*, il repose sur une certaine conception du citoyen pensé comme *individu* autonome et doué d'une volonté libre. À titre accessoire, cet individu doit partager avec ses concitoyens des mœurs communes. La citoyenneté est ancrée sur l'égalité civile. Tout autre est la conception qui sous-tend la privation des droits politiques des condamnés.

³⁰¹ CAOM, fonds du gouvernement général de l'Indochine, dossier 44 799 (dossier individuel d'accession à la qualité de citoyen). Cité par SAADA (Emmanuelle), « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *Genèses*, n° 53, 2003/4, p. 7 (nous soulignons).

³⁰² BLEVIS (Laure), « La citoyenneté française au miroir de la colonisation – Étude des demandes de naturalisation des "sujets français" en Algérie coloniale », *Genèses*, 2003/4, n° 53, p. 39.

Section 1 – La suppression des critères traditionnels d'exclusion : l'universalisation du suffrage

Pour la clarté de l'exposition, nous regrouperons les différents critères mentionnés en deux catégories, selon que l'on considère, pour reprendre la distinction de Pierre Rosanvallon, qu'ils sont fondés principalement sur la *nature* de ceux que l'on exclut ou selon qu'ils relèvent essentiellement d'une construction *sociale*. On classera parmi les exclusions de type « anthropologique » les femmes et les incapables (§2). On rangera au sein des exclusions de type social les moins riches et les indigènes (§1). Cette classification, qui implique nécessairement une part d'arbitraire, appelle deux remarques. En premier lieu, si, pour reprendre le raisonnement de l'époque, il eût pu sembler plus logique d'inclure le critère de la race dans le groupe des exclusions de type anthropologique, nous avons fait le choix de le traiter dans l'autre catégorie pour deux raisons : d'une part, on sait de nos jours que la race ne relève pas de la nature mais qu'elle est une construction. D'autre part, l'exclusion des indigènes ne se fonde pas à proprement parler sur l'idée qu'ils ne peuvent être citoyens en raison de leur nature, mais du fait de leur culture, de leurs mœurs, de leurs coutumes. La cohérence aurait en second lieu voulu que l'on commence cet exposé par la suppression des exclusions fondées sur la nature. Dans la mesure où le critère de l'incapacité, et plus précisément de la mise sous tutelle a été aboli en 2019, nous avons pris le parti, pour respecter un certain ordre chronologique, de le présenter, avec celui du sexe, en dernier.

§1. La suppression des critères sociaux de l'argent et de la race

On s'intéressera donc dans un premier temps à l'exclusion fondée sur l'argent (A) puis à la race (B).

A. La suppression du critère de l'argent

De la Révolution à son abolition en 1848 (2), le système censitaire a pris différentes formes (1).

1. L'exclusion fondée sur le cens

L'histoire du cens au sens large (par où l'on entend le paiement d'un impôt proprement dit, mais aussi la possession d'une propriété foncière) ; l'histoire du type de suffrage qui l'accompagne (direct ou indirect, à deux degrés, voire trois degrés) et des pratiques qui l'entourent (libérales, autoritaires) : ces histoires n'ont cessé d'évoluer et de s'entremêler au gré des régimes, en fonction des circonstances politiques, économiques, sociales, des classes que l'on entend favoriser (aristocratie terrienne, bourgeoisie moyenne, etc) ou exclure (ouvriers, artisans modestes ou bien classes instables, vagabonds).

On ne peut par exemple comparer le système instauré en 1791 à celui de la monarchie censitaire vingt-cinq ans plus tard³⁰³. La Constitution de 1791 fixe bien à l'exercice des droits de citoyen actif sept conditions. Ces conditions ont pour effet d'exclure environ le tiers de la population adulte masculine de l'exercice du droit de vote. Ce chiffre est minime néanmoins si on le rapporte au nombre d'électeurs en 1814 et en 1845 qui se réduit respectivement à 72 000 et à 241 000 personnes. La différence entre les conditions d'exercice du droit de vote prévues par la Constitution de 1791 et celles instituées par les Chartes de 1815 et de 1830 est telle qu'il est difficile d'employer le même qualificatif de censitaire pour caractériser les deux situations. Toutefois, sur le plan pratique, une condition que l'on peut rapprocher du cens existe bien en 1791³⁰⁴. On a affaire à un système ambigu, « "quantitativement" proche du suffrage universel et juridiquement à la limite du suffrage censitaire »³⁰⁵. La condition de l'impôt ne vise alors pas véritablement à exclure les pauvres. En 1791, cette condition est de même nature que celle du domicile dans l'esprit du comité³⁰⁶. Introduisant la discussion, Legrand note ainsi : « le paiement d'une imposition ne doit être exigé dans les assemblées primaires que comme *preuve de cité* ; la pauvreté est un titre, et quelle que soit l'imposition, elle doit être suffisante pour exercer les droits du citoyen »³⁰⁷. Durant cette période, le rôle fiscal constitue l'unique moyen de recenser la population et de vérifier que personne ne vote dans plus d'une assemblée³⁰⁸. L'esprit qui procède à l'institution du corps politique en 1789 n'est donc pas celui d'un suffrage censitaire : il s'agit plutôt de rassembler tous ceux qui

³⁰³ ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, op. cit., p. 45.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 46.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ GUENIFFEY (Patrice), V° « Censitaire, capacitaire », in Pascal PERRINEAU et Dominique REYNIE (dir.), *Dictionnaire du Vote*, Paris, PUF, 2001, p. 166.

³⁰⁷ *A.P.*, t. 9, 20 oct. 1789, p. 469 (nous soulignons).

³⁰⁸ GUENIFFEY (Patrice), op. cit., p. 166.

appartiennent réellement à la société, contribuant, même dans une moindre mesure, à ses charges³⁰⁹. Les citoyens passifs sont principalement des vagabonds ou des mendiants, représentants des classes instables ; les ouvriers, artisans et paysans même modestes participent quant à eux au suffrage³¹⁰. Pour Jean Jaurès, « il y avait assez de pauvres dans les quatre millions d'électeurs pour que la pauvreté ne se sentît point brutalement exclue »³¹¹.

Plus qu'avec le droit de vote, « c'est avec l'éligibilité que la Révolution rencontre le cens »³¹². Le débat sur le marc d'argent constitue le moment décisif de l'étude des qualités que l'on exige des citoyens pour pouvoir voter. On met en place un système d'élection indirecte à deux degrés. Les compétences requises au deuxième degré sont plus élevées. On rejoint alors une idée répandue au XVIII^e siècle, celle selon laquelle c'est le citoyen propriétaire que l'on doit retrouver en haut du système³¹³. Du fait de l'indépendance matérielle et des loisirs que permet la propriété, le citoyen propriétaire tend à être plus instruit, à juger d'une manière plus autonome et à avoir un réel intérêt à la préservation de l'ordre social. Il ne faudrait pas pour autant inscrire les constituants dans la lignée des physiocrates³¹⁴ qui estiment que seuls les propriétaires fonciers sont citoyens et que pour être bon, un système politique doit représenter la terre plus que ses possesseurs. « La Constituante ne reprend ce modèle que parce qu'il offre un ancrage à son désir de stabilité politique : ici, la propriété ne constitue pas le fondement d'un droit particulier, mais une garantie supplémentaire d'autonomie et de compétence »³¹⁵.

La pression des masses populaires qui s'accroît dans les grandes villes au cours de la Révolution et la progression de l'idée d'égalité des citoyens entraînent l'adoption du suffrage universel direct qui est utilisé lors des élections à la Convention et proclamé par le projet de Constitution girondine de 1793 (Titre III) et les articles 4 et 8 de la Constitution montagnarde de 1793. La réaction thermidorienne, victoire de la bourgeoisie girondine, reprend au contraire en l'assouplissant un peu le système de la Constitution de 1791 : le suffrage indirect est rétabli.

³⁰⁹ *Ibid*

³¹⁰ *Ibid*.

³¹¹ JAURES (Jean), *Histoire socialiste de la Révolution française*, s.d., t. 1, p. 387.

³¹² GUENIFFEY (Patrice), *ibid*.

³¹³ *Ibid*.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 168.

³¹⁵ *Ibid*.

Le dernier relent censitaire maintenu formellement dans les dispositions de l'an III sera supprimé après le 18 Brumaire dans la Constitution de l'an VIII. C'est la première fois depuis la Révolution que l'on octroie un droit de suffrage aussi large – si l'on excepte les principes de 1793, qui n'ont jamais été appliqués. Plus qu'à la base, ce droit est surtout élargi à l'échelon intermédiaire, aucune condition de cens n'étant exigée pour les électeurs du second degré. Si l'exercice du droit de suffrage est ouvert, il est de fait notablement limité par le système des listes d'éligibilité et par des pratiques de type autoritaire³¹⁶. La situation demeure semblable avec le système des collèges électoraux du sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X : le suffrage est universel, mais il est vidé de toute substance. L'élection à vie des membres des collèges électoraux réduit fortement l'activité électorale. On assiste alors au rejet du suffrage universel : « il ne renvoie pas seulement à une peur sociale, exprimée à demi-mots : il s'inscrit dans une revendication de franchise politique, en renvoyant dos à dos les illusions du jacobinisme et les mensonges du bonapartisme »³¹⁷.

La Restauration et les monarchies parlementaires reviendront dès lors à un suffrage fortement censitaire, destiné à assurer le pouvoir à la triomphante bourgeoisie, la « primauté des classes moyennes »³¹⁸. Ainsi que le rappelle Jean-Paul Charnay, le suffrage censitaire est alors justifié par les plus illustres représentants de cette classe : les doctrinaires arguent de l'électorat-fonction (les conditions de cens et d'âge ne violant pas l'égalité entre citoyens, mais étant de nécessaires garanties de capacité et de moralité) ; Guizot y ajoute la reconnaissance de la souveraineté de la raison, d'où il déduit la nécessité du gouvernement des meilleurs : c'est-à-dire, de la « classe moyenne », dont il présume les mérites. Les libéraux, avec Benjamin Constant, affirment que la souveraineté repose dans le peuple, mais estiment que la politique doit être réservée aux personnes possédant suffisamment de « lumière », d'intérêts communs et d'« aisance » : c'est-à-dire les personnes pouvant vivre de leurs revenus sans travailler. En résumé, « la différence des justifications théoriques présentées par les diverses écoles ne fait que mieux apparaître la similitude des intérêts de la

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, op. cit., p. 212. Cet état d'esprit est parfaitement rappelé dans les Mémoires de Guizot : « à cette époque, le suffrage universel n'avait été en France qu'un instrument de destruction ou de déception : de destruction, quand il avait réellement placé le pouvoir politique aux mains de la multitude ; de déception, quand il avait servi à annuler les droits politiques au profit du pouvoir absolu en maintenant, par une intervention vaine de la multitude, une fausse apparence de droit électoral ». Cf. GUIZOT (François), *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, 2^{ème} éd., Michel Levy Frères, 1858, t. 1, p. 166.

³¹⁸ CHARNAY (Jean-Paul), PRELOT (Marcel), *Le suffrage politique en France – Élections parlementaires, élection présidentielle, référendums*, Paris La Haye, Mouton & Co, 1965, p. 86.

classe qui avait confisqué à son profit les conquêtes de la Révolution »³¹⁹. Le système est tel qu'il favorise la partie supérieure de la classe moyenne, à savoir l'aristocratie terrienne. La Monarchie de Juillet, au contraire, s'appuyera sur la classe moyenne des propriétaires, des commerçants et des professions libérales. Le chiffre du cens est abaissé. Grâce à diverses mesures, le nombre d'électeurs s'accroît. Mais les inégalités demeurent flagrantes.

2. Son abolition

L'abaissement du cens ne suffit à endiguer le débat relatif au suffrage universel qui commence à faire l'objet d'une revendication argumentée au début de la Monarchie de Juillet (a). Il mène à l'abolition du cens qui est remplacé par une exigence de dignité ou de non-indignité civique (b).

a. La contestation et l'abolition

La contestation du système censitaire apparaît au croisement d'une frustration politique et du malaise social d'un petit peuple durement touché par la crise économique qui secoue alors l'économie française³²⁰. Les années 1830 voient la population urbaine s'accroître rapidement. Les quartiers pauvres surpeuplés se développent. La révolution industrielle s'accélère. La conjonction de ces phénomènes finit par mettre à l'ordre du jour la question sociale. La question du droit de suffrage est alors explicitement liée à celle de la *séparation sociale*³²¹ : « les mots d'"ilote" et de "prolétaire" renvoient alors presque plus à la privation des droits politiques qu'à l'exploitation économique »³²². Le thème du suffrage universel joue le même rôle, lors de la Monarchie de Juillet, que celui de la revendication d'égalité civile en 1789. On assimile les deux cent mille électeurs censitaires aux anciens aristocrates. Les exclus du suffrage font figure de nouveau tiers-état. On retrouvera ce thème de la hantise de l'exclusion sociale en 1840. Cette critique et la révolution populaire parisienne des 22-24 février 1848 devaient déboucher le 5 mars 1848 sur un décret du gouvernement provisoire qui institue finalement le suffrage universel direct.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 87.

³²⁰ ROSANVALLON (Pierre), *Le Sacre du citoyen*, op. cit., p. 253.

³²¹ *Ibid.*, p. 256.

³²² *Ibid.*, p. 257.

b. Le remplacement du gage du cens par l'exigence de non-indignité civique

Alain Garrigou a relevé que le suffrage universel tel qu'organisé par la loi de 1849 est conçu comme une suppression de l'exclusion par le cens, non comme une absence générale d'exclusion³²³. De fait, la relégation hors des frontières du corps politique des « indignes » prend le relai du suffrage censitaire. C'est à partir de cette date de l'avènement du suffrage universel masculin que l'on peut faire remonter le système consistant à *épurer* le corps politique en raison de critères non plus liés à la richesse, mais à la dignité, ou plutôt à l'absence d'indignité. Ainsi que nous l'avons indiqué, le code pénal de 1810 modifié par la loi de 1832 assortissait déjà tous les crimes de la peine automatique et perpétuelle de la dégradation civique. En revanche, seuls certains délits déterminés pouvaient être sanctionnés, lorsque le juge la prononçait, par une interdiction facultative d'exercice des droits civiques. Afin d'« assurer une base morale » à l'exercice des droits électoraux, les lois électorales successives ont allongé la liste des délits entraînant de plein droit une incapacité électorale.

Si les débats parlementaires le présentent comme *moral*, ce filtre placé à l'entrée du corps politique fonctionne essentiellement dans les faits comme un nouveau gage *social*. C'est en effet dans les classes laborieuses que se recrutent les auteurs des délits auxquels on a attaché l'interdiction d'inscription sur les listes électorales. Le principal délit sanctionné par une exclusion à vie de la communauté est le vol. Les voleurs et les escrocs, la « vile multitude »³²⁴ que l'on excluait jusque-là par le cens, représentent 70,6 % des indignes civiques de 1849³²⁵. Sur le registre électoral de la commune de Ronchamps (Haute-Saône) où figurent les noms des 102 individus frappés d'incapacité électorale entre 1854 et 1884, le généalogiste Jean-François Poivey met en évidence que les deux tiers des indignes civiques sont des prolétaires, voire des sous-prolétaires³²⁶. L'indigne civique n'est pas tant le « voleur » que le « petit voleur » : 25,6 % des indignes sont condamnés à des peines de prison inférieures ou égales à six jours. Il suffit d'avoir volé 3,90 francs dans le porte-monnaie de son supérieur ou d'avoir détaché du sol et volé l'équivalent d'un sac de fruits pour être privé de façon perpétuelle de

³²³ GARRIGOU (Alain), « Le brouillon du suffrage universel. Archéologie du décret du 5 mars 1848 », *Genèses*, n° 6, 1991, p. 178.

³²⁴ Intervention de Thiers, *Compte-rendu des séances de l'Assemblée nationale*, t. 8, 24 mai 1850, p. 156.

³²⁵ SIMONIN (Anne), *Le Déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 121.

³²⁶ POIVEY (Jean-François), *Les Dossiers noirs de l'électorat ronchampoï ou les incapacités électorales pour condamnations pénales du suffrage universel à 1884*, brochure dactylographiée, 22 mars 1985, 13 p. Cité par SIMONIN (Anne), *ibid.*, p. 122.

ses droits civiques³²⁷. En faisant du vol la principale cause d'incapacité électorale, le législateur cible donc avant tout les couches populaires.

À partir de 1848, la peur que suscite l'instauration du suffrage universel se double d'une crainte liée à la place croissante occupée dans la société par les classes laborieuses. Louis Chevalier a montré dans *Classes laborieuses et classes dangereuses pendant la première moitié du XIXe siècle*³²⁸ qu'à la fin de la Restauration comme sous la Monarchie de juillet, les classes laborieuses apparaissent comme dangereuses pour la tranquillité publique et l'ordre établi : la misère, le chômage, les mauvaises conditions de vie, de travail, de logement, les portent aux revendications de masse et jettent dans des excès un nombre croissant de leurs membres. Le crime cesse alors de coller étroitement aux classes dangereuses pour s'étendre, tout en changeant de signification, à de larges masses de population. D'individuel, d'exceptionnel, le crime devient un fait social dont les contemporains ont une conscience et une peur qui transparaissent non seulement dans les documents chiffrés, mais encore dans la littérature romanesque du temps.

Si l'exclusion fondée sur le cens était justifiée essentiellement par les qualités que l'on était en droit d'attendre du citoyen (lumières éclairées, jugement autonome, stabilité, intérêt pour la chose publique), la politique de déchéance des droits civiques entreprise à partir de 1849 s'explique donc principalement par des raisons politiques. L'exclusion des indignes civiques prend le relais du suffrage censitaire en écartant des urnes les classes les plus déshéritées.

L'argument de la dignité qui justifie dans les discours l'exclusion des condamnés s'est également appliqué dans les colonies aux indigènes désireux d'acquérir la pleine citoyenneté.

B. La suppression du critère de la race

L'histoire coloniale française s'étend sur plusieurs siècles. Plusieurs périodes successives, qui correspondent dans l'ensemble à deux empires coloniaux français différents,

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ CHEVALIER (Louis), *Classes laborieuses et classes dangereuses pendant la première moitié du XIXe siècle*, Paris, Plon, 1958.

peuvent être identifiées³²⁹. La première période s'étend du début du XVII^e siècle jusqu'à 1848, date d'abolition de l'esclavage. Le premier empire colonial se compose de colonies vidées de leurs populations d'origine et peuplées d'esclaves importés en tant que main d'œuvre agricole. La deuxième période commence en 1848 et s'achève avec les indépendances dans les années 1960. C'est cependant dès avant 1848 (notamment avec la conquête de l'Algérie dans la première moitié du XIX^e siècle) que débute le deuxième empire colonial français, empire *sans* esclaves qui se développera amplement sous la III^e République.

L'abolition de l'esclavage constitue un moment essentiel dans l'histoire de ces différents statuts coloniaux. En 1848, les esclaves des « quatre vieilles colonies », Guadeloupe, Martinique, Guyane et Réunion sont affranchis et deviennent immédiatement citoyens. La République proclame alors, à travers la commission instituée pour préparer l'acte d'abolition, qu'elle « n'entend plus faire de distinction dans la famille humaine »³³⁰. La II^{de} République adopte une politique assimilatrice en donnant la qualité d'électeur à tous les hommes habitant ces vieilles colonies, même récemment affranchis. Ceux d'autres territoires anciennement conquis – les colonies françaises de la Côte du Sénégal³³¹, appelées à former ultérieurement les « quatre communes mixtes » et les Établissements français de l'Inde³³² – deviennent également électeurs. Tout autre sera le destin des colonies fondées au XIX^e siècle. La commission instituée pour préparer l'acte d'abolition réintroduit à ce propos une « distinction » en convenant de « ne rien préjuger sur l'état des populations indigènes »³³³, notamment en Algérie. Pour Victor Schoelcher, lequel justifie l'octroi des droits politiques aux anciens esclaves, les indigènes des colonies plus récentes, contrairement à ces derniers, ne devaient pas pouvoir en jouir. Comment justifier cette différence entre les habitants du premier et du second Empire colonial ? Par le fait qu'au cours de plus de deux siècles d'esclavage, les anciens esclaves auraient adopté peu à peu les coutumes de leurs maîtres. Or, c'est sur les mœurs que se fonde la citoyenneté.

³²⁹ ANDRES (Hervé), « Droit de vote : de l'exclusion des indigènes colonisés à celle des immigrés », *Asylon(s)*, 2008, p. 7 s.

³³⁰ Cité par SAADA (Emmanuelle), « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *op. cit.*, p. 16.

³³¹ MOLEUR (Bernard), « L'indigène aux urnes. Le droit de suffrage et la citoyenneté dans la colonie du Sénégal », in Gérard CHIANEA et Jean-Luc CHABOT (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, *op. cit.*, p. 65-97.

³³² DESCHAMPS (Damien), « Une citoyenneté différée : sens civique et assimilation des indigènes dans les Établissements français de l'Inde », *Revue française de science politique*, n° 1, 1997, p. 49-69

³³³ *Ibid.*

La citoyenneté et son exclusion reposent essentiellement sur la question de la *civilité*, des coutumes, du statut personnel : « pour la République, l'égalité est limitée par le statut personnel, la citoyenneté est ancrée sur les mœurs »³³⁴. La division citoyen/indigène se fonde sur l'idée d'une antinomie entre la jouissance d'un statut personnel spécifique, défini par l'ensemble des coutumes locales, et l'exercice de la citoyenneté. Pierre Daresté, spécialiste de droit colonial, énonce à ce sujet : « personne n'a jamais admis » qu'un indigène suive « des règles diamétralement opposées au Code civil » et « cependant [ait la faculté] de recevoir sa carte d'électeur, d'influer par son vote sur le choix des députés, des conseillers généraux et municipaux, même de briguer le mandat de ces députés et conseillers et de siéger dans des assemblées françaises où se discutent journallement la confection et l'application des lois auxquelles il se soustrait »³³⁵. Ainsi que le relève Emmanuelle Saada, « on retrouve là sans doute l'une des dimensions essentielles de la citoyenneté, définie par l'*égalité civile*, qui s'impose au moment de la Révolution. Cette conception d'une citoyenneté ancrée sur la civilité impliquera que seront en permanence repoussés les projets de "naturalisation dans le statut" visant à donner le droit de cité à des indigènes conservant par ailleurs leur statut personnel en matière privée »³³⁶. Partant de ce postulat, il convenait de définir le statut spécifique des habitants des nouvelles colonies qui n'ont pas été esclaves, n'ont pas adopté les coutumes des colons et ne pouvaient dès lors devenir pleinement citoyens. Si l'on ne peut résumer l'histoire des habitants de ces colonies au cas de l'Algérie, il est loisible de considérer que l'Algérie occupée, administrée, puis annexée par la France au milieu du XIX^e siècle constitue le « laboratoire »³³⁷ de la séparation du couple citoyen/indigène (ou citoyen/sujet). Aussi est-ce à ce cas que nous limiterons notre étude.

La question du sort des indigènes algériens ne sera sciemment pas abordée en 1848. La loi demeure longtemps silencieuse à leur sujet. La question de leur nationalité donne alors lieu à une controverse juridique, laquelle est résolue à la faveur d'une décision de la Cour d'Alger de février 1862 : pour les juges, depuis l'annexion, les indigènes ont le statut de

³³⁴ SAADA (Emmanuelle), « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *op. cit.*, p. 16.

³³⁵ DARESTE (Pierre), « Les nouveaux citoyens français », *Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniale*, 1916, t. 2, p. 8.

³³⁶ SAADA (Emmanuelle), « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *op. cit.*, p. 18 (nous soulignons).

³³⁷ SAADA (Emmanuelle), « Nationalité et citoyenneté en situation coloniale et post-coloniale », *Pouvoirs*, n° 160, 2017/1, p. 119.

« ressortissants français »³³⁸. Ne pouvant être confondus avec les « Français de France », ils devaient être considérés comme des « sujets français »³³⁹. C'est l'administration coloniale de la III^e République qui précise les contours du statut juridique du sujet. Le sujet « se définit à la fois par sa soumission à la souveraineté de la France et par sa non-participation à cette même souveraineté. Le sujet est un national français qui n'est pas citoyen »³⁴⁰. National sans être citoyen, il reste exclu de la participation à l'exercice de la citoyenneté. Le sujet est par ailleurs privé de la plupart des autres droits des nationaux, civils notamment. Or, l'article 7 du code civil ancre la qualité de Français sur la jouissance des droits civils. La nationalité des indigènes est donc une « nationalité dénaturée »³⁴¹ qui n'a de sens que dans le cadre du droit international où l'indigène est dit « ressortissant de l'État français ». « La "nationalité de sujet" n'est pas fondée sur l'attribution de droits mais sur le fait que placés sous la souveraineté directe et immédiate de la France, ils sont dans l'impossibilité de pouvoir en aucun cas revendiquer le bénéfice ou l'appui d'une autre nationalité »³⁴².

La définition principale de l'indigène obéit donc à une conception purement *négative* : il est celui qui n'a ni la nationalité française à proprement parler, ni une nationalité étrangère³⁴³. Si *de jure*, les indigènes d'Algérie sont français, cette nationalité est vidée de ses principaux droits et de son sens. Elle ne peut devenir pleine que par la procédure réservée en droit français à l'étranger le moins « assimilé ». *De facto*, ils sont donc comme les ressortissants d'une origine étrangère la plus indésirable. Ce qui est en jeu dans l'empire colonial est donc moins en réalité la disjonction entre la nationalité et la citoyenneté que l'unité de la notion de nationalité. Le cas colonial semble suggérer que la nationalité française « comporte des degrés »³⁴⁴. Pour L. A. Werner, « la qualité de Français non citoyen est [...] par définition

³³⁸ SAHIA CHERCHARI (Mohamed), « Indigènes et citoyens ou l'impossible universalisation du suffrage », *RFDC*, n° 60, 2004, p. 745.

³³⁹ WERNER (Auguste-Raynald), *Essai sur la réglementation de la nationalité dans le droit colonial français*, th. doct., Université de Genève, Toulouse, Imprimerie F. Boisseau, 1936, p. 144-145.

³⁴⁰ SAADA (Emmanuelle), « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation en coloniale », *op. cit.*, p. 17.

³⁴¹ WEIL (Patrick), « Histoire et mémoire des discriminations en matière de nationalité française », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* 2004/4, n° 84, p. 8. V. aussi du même auteur « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », in *La Justice en Algérie 1830-1962*, Paris, La Documentation française, 2005, p. 95-109.

³⁴² WEIL (Patrick), « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », *op. cit.*

³⁴³ URBAN (Yerri), *L'indigène dans le droit colonial français 1865-1955*, *op. cit.*

³⁴⁴ SAADA (Emmanuelle), « Une nationalité par degré : civilité et citoyenneté en situation coloniale », *op. cit.*, p. 197.

celle d'un national comme qui dirait *incomplet*, caractérisé par le défaut d'un attribut essentiel à la véritable nationalité »³⁴⁵.

Après l'arrêt de la Cour d'appel d'Alger de 1862, le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 sur l'état des personnes et la naturalisation en Algérie déclare que s'ils ont la qualité de Français (une qualité dénaturée, donc), les indigènes de l'Algérie (musulmans ou juifs) ne sont pas citoyens. Les musulmans, relevant du droit musulman, n'obéissent pas au code civil français et sont par conséquent considérés comme non citoyens. Les indigènes juifs (bien que de moins en moins astreints au droit mosaïque), sont dans le même cas jusqu'au décret Crémieux qui, en 1870, les déclare « citoyens français ». Le sénatus-consulte ouvre cependant une procédure d'accès aux droits de citoyen français pour les indigènes musulmans moyennant la perte de leur statut personnel. Le sénatus-consulte oblige le musulman d'Algérie à respecter le code civil français, c'est-à-dire à ne plus pratiquer les cinq coutumes du Coran qui lui sont incompatibles. Il est remarquable que cette procédure de naturalisation d'indigènes déjà formellement français soit plus contraignante que celle qui existe pour les étrangers. Les indigènes algériens doivent soumettre leurs dossiers aux autorités françaises, coloniales et métropolitaines, et faire la preuve de leur valeur et de leur dignité. Jusqu'en 1944, aucun texte ne reformera fondamentalement le statut des Algériens qui demeurent indigènes, « nationaux de seconde classe »³⁴⁶.

En définitive, le statut de l'indigène demeure profondément ambigu : contrairement à ce qu'avancent certains juristes coloniaux en quête de rationalisation, on ne peut considérer que le couple citoyen/sujet soit l'équivalent, dans les colonies, du couple national/étranger, au coeur de la pensée politique et juridique en métropole. Si comme l'étranger, l'indigène est exclu des droits civiques et du bénéfice de nombreux droits sociaux, par de nombreux aspects, il est en réalité soumis à un régime bien plus défavorable que celui des étrangers. Sous prétexte de maintenir le statut personnel musulman, le droit colonial définit en effet l'indigène comme justiciable particulier, avec des règles de droit civil et pénal souvent exorbitantes par

³⁴⁵ WERNER (Louis-Auguste), *Essai sur la réglementation de la nationalité dans le droit colonial français*, cité par SAADA (Emmanuelle), *ibid.*, p. 203, note 2 (nous soulignons).

³⁴⁶ Une loi de février 1919 a certes établi une nouvelle procédure de naturalisation, en confiant le traitement des dossiers à l'autorité judiciaire. Elle n'abandonne pas cependant la logique de 1865 qui conditionne l'accès à la citoyenneté à l'abandon du statut personnel. Plus généralement, en raison des protestations des colons d'Algérie, les projets de réforme sont avortés. Tel est le cas notamment du projet du Front populaire préparé par Maurice Viollette qui visait à accorder la citoyenneté française à une petite élite algérienne avec maintien du statut personnel musulman.

rapport aux principes du droit positif républicain. Par différence, les européens immigrés en Algérie, comme les étrangers en métropole, sont soumis au code civil et au code pénal. Par ailleurs, alors que les descendants d'Algériens musulmans nés en terre française devront toujours passer par la procédure de naturalisation pour devenir citoyen français, les descendants d'étrangers deviennent automatiquement français. « Les Algériens ne peuvent donc pas être assimilés totalement à des étrangers si l'on ne veut pas méconnaître les effets pratiques de leur statut hybride »³⁴⁷. Ils ne peuvent par ailleurs prétendre aux droits qui sont ouverts aux étrangers. « En situation coloniale, la ligne de fracture entre citoyen et non citoyen est construite de façon différente qu'en métropole. Le clivage fondamental pour l'attribution des droits met en jeu d'autres catégories, à savoir celle de "citoyen" (français) et celle de "sujet" ou "d'indigène" »³⁴⁸. Si certaines lois interviendront entre-temps³⁴⁹, il faudra attendre dans de nombreux cas l'indépendance de leur pays pour que les anciens indigènes accèdent à une citoyenneté pleine et entière.

Pour conclure, il ressort de ce développement que l'on ne peut en aucune façon plaquer les principes du droit colonial de la citoyenneté sur le cas métropolitain : il s'agit d'une

³⁴⁷ BLEVIS (Laure), « La citoyenneté française au miroir de la colonisation – Étude des demandes de naturalisation des "sujets français" en Algérie coloniale », *op. cit.*, p. 31.

³⁴⁸ ANDRES (Hervé), « Droit de vote : de l'exclusion des indigènes colonisés à celle des immigrés », *op. cit.* Sur la question, v. également MERLE (Isabelle), « Introduction au dossier Sujets d'Empire », *Genèses*, n° 53, 2003, p. 2-3.

³⁴⁹ Les démocraties occidentales ayant remporté la Seconde guerre mondiale, la France a dû satisfaire aux revendications de plus en plus vives des populations dominées. En 1946, par la loi Lamine-Gueye votée par la première Assemblée constituante le 7 mai 1946, la qualité de citoyen est accordée à « tous les ressortissants » des territoires d'outre-mer. Cet article de loi est repris dans la Constitution du 27 octobre 1946 qui institue également l'Union française. Aux termes de l'article 81, « tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyens de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution ». Si ces textes abolissent le statut de l'indigénat, ils n'accordent pas cependant encore une citoyenneté pleine et entière aux anciens sujets. En vertu de la loi Lamine-Gueye, des « lois particulières » doivent régir en effet l'exercice des droits de citoyen, ce qui autorise toutes les manœuvres, et notamment le double collège. De même, dans l'Union, certains ressortissants ne jouissent que d'une citoyenneté « écornée » (cf. BIDEGARAY Christian, V° « Colonies françaises (droit de vote) », in Pascal PERRINEAU et Dominique REYNIE (dir.), *Dictionnaire du droit de vote*, PUF, 2001, p. 211). Les ressortissants des États associés (protectorats et territoires sous tutelle) bénéficiaient des droits et libertés du préambule. Ils jouissaient donc du droit d'accès à la fonction publique, mais pas du droit de vote. Cette citoyenneté « écornée » concernait les Tunisiens, les Marocains, les Togolais, les Camerounais ainsi que les ressortissants des trois États associés d'Indochine. La loi Defferre du 23 juin 1956 devait apporter une solution en proposant l'institution du suffrage universel et le collège unique. Elle ouvrait par là même la voie aux autonomies et aux indépendances. Dès lors, l'instauration de la Communauté par la Constitution du 4 octobre 1958 semble annoncer la mort de l'ancienne puissance coloniale assimilatrice. L'article 77, al. 2 du titre XII déclare qu'« il n'existe qu'une citoyenneté de la Communauté » et l'alinéa 3 précise qu'elle entraînait l'égalité de droits et de devoirs. Le général de Gaulle, président de la Communauté, décida même qu'il n'y avait qu'une nationalité dans la Communauté, celle de la France et de la Communauté. Cette citoyenneté restait cependant beaucoup trop vague. En deux ans, la Communauté s'est vidée de ses membres. Les dispositions relatives à la Communauté ont été supprimées par la révision constitutionnelle du 4 août 1995.

construction particulière imaginée dans un contexte spécifique. Dominique Schnapper affirme à cet égard que la construction d'une « nationalité sans citoyenneté » est une « monstruosité juridique »³⁵⁰, limitée au cas colonial, et dont l'analyse ne mérite pas d'être intégrée dans une perspective plus vaste. Ainsi que l'a montré Emmanuelle Saada³⁵¹, affirmer cela, c'est cependant se priver de tout un pan de l'histoire de la qualification des personnes en droit français. C'est aussi oublier la question des autres exclus qui sont des incapables à la fois du point de vue de l'exercice des droits civils et qui sont privés des droits politiques. Les principes du droit colonial sont utiles pour saisir certaines tensions implicites entre nationalité et citoyenneté en droit français. Parmi ces autres exclus incapables à la fois sur le plan des droits civils et sur celui des droits politiques figurent les femmes, les « aliénés » et les mineurs.

§2. La suppression des critères « naturels » du sexe et de l'incapacité

Dans le cas des femmes (A), des aliénés (B) et des mineurs, l'exclusion se fonde essentiellement sur le défaut d'autonomie résultant de la nature des personnes concernées.

A. La suppression du critère du sexe

Si des raisons contingentes, historiques peuvent en partie expliquer le principe de l'exclusion fondée sur le critère du sexe (1), elle est justifiée essentiellement par des raisons structurelles liées au déterminisme naturel (2).

1. Le principe de l'exclusion

On peut d'emblée remarquer qu'aucun autre pays n'a connu un tel décalage entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès au suffrage et donc à la citoyenneté. On peut lire sous la plume d'Émile Morlot, maître des requêtes au Conseil d'État et député radical de l'Aisne de 1896 à 1907, dans une période où la revendication suffragiste commence précisément à s'exprimer publiquement en France, qu'« en vain [on] prétend que l'égalité civile accordée à la femme a pour corollaire nécessaire son *émancipation politique* ; c'est

³⁵⁰ SCHNAPPER (Dominique), « Nationalité et citoyenneté », *Pouvoirs*, vol. 160, n° 1, 2017, p. 62.

³⁵¹ SAADA (Emmanuelle), « Une nationalité par degré : civilité et citoyenneté en situation coloniale », *op. cit.*, p. 224.

méconnaître absolument le rôle de la femme dans l'humanité »³⁵². Dès 1848, d'aucuns envisagent d'accorder aux femmes le droit de vote, leur donnant par là même accès à la citoyenneté. Il s'agit cependant d'individus ou de groupes la plupart du temps isolés, dont les idées ne sont pas entendues. On peut faire remonter à cette époque la « controverse ». En effet, le sort politique des femmes ne peut commencer – et de fait, ne commence – à être envisagé comme une situation d'exclusion qu'à partir du moment où se met en place cette cité politique masculine. Jusqu'alors, le mode de pensée familialiste mis en évidence par Anne Verjus³⁵³ les a plutôt situées dans une extériorité, fruit d'une « non inclusion » plutôt que d'un rejet du fait de leur sexe. « La fin du familialisme [en 1848] est le début du sexisme comme fondement de l'extériorité politique des femmes »³⁵⁴. Qu'est-ce à dire ?

Concernant le système familialiste, il faut savoir que les membres de la famille d'un citoyen (c'est-à-dire sa parenté directe, ascendante et descendante, masculine et féminine, majeure et mineure, ainsi que celle de son épouse) sont, depuis l'an X et jusqu'en 1831, habilités à déléguer leurs contributions pour lui permettre de devenir électeur, c'est-à-dire d'atteindre le niveau de cens nécessaire pour cela. Toutes les lois électorales font dépendre cette délégation des contributions de la situation dans la famille³⁵⁵. Selon Anne Verjus, si le suffrage est masculin, depuis la Révolution, c'est parce qu'il repose sur la figure du *paterfamilias* (c'est-à-dire ni sur la figure de l'homme en tant que représentant de son sexe, ni au nom d'une définition sexiste de la capacité politique)³⁵⁶. C'est de l'unité politique que constitue alors la famille que vient l'autorité de ces hommes à parler au nom de la nation, c'est-à-dire à remplir les fonctions et à avoir les droits politiques du citoyen³⁵⁷. En vertu de

³⁵² MORLOT (Émile), *Droit romain : les Comices électoraux sous la République romaine. Droit français : de la Capacité électorale*, th. doct., Université de Paris, Paris, impr. de E. Capiomont et V. Renault, 1884, p. 8 (nous soulignons).

³⁵³ V. VERJUS (Anne), *Les femmes, épouses et mères de citoyens, ou de la famille comme catégorie politique dans la construction de la citoyenneté*, th. doct., EHESS, Paris, 1997 ; *Le cens de la famille – les femmes et le vote 1789-1848*, Paris, Belin, 2002. Du même auteur, v. également « Femme et famille dans l'élaboration des droits électoraux de la Révolution de 1789 à la IIIe République », in Gérard CHIANEA et Jean-Luc CHABOT (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, *op. cit.*, p. 34 et « Vote familialiste et vote familial. Contribution à l'étude du processus d'individualisation des femmes dans la première partie du XIXe siècle », *Genèses. Sciences sociales et histoire*, vol. 31, 1998, p. 29-47.

³⁵⁴ VERJUS (Anne), « Vote familialiste et vote familial. Contribution à l'étude du processus d'individualisation des femmes dans la première partie du XIXe siècle », *op. cit.*, p. 44.

³⁵⁵ Deux personnes du même sexe n'avaient pas nécessairement les mêmes droits ou obligations, selon qu'elles étaient mères, épouses ou veuves ; inversement, deux personnes de sexe différent pouvaient avoir les mêmes droits (c'est le cas de la veuve et du père qui peuvent tous deux déléguer leurs contributions à un descendant mâle de leur choix).

³⁵⁶ VERJUS (Anne), « Femme et famille dans l'élaboration des droits électoraux de la Révolution de 1789 à la IIIe République », *op. cit.*, p. 34.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 35.

cette *conception familialiste du suffrage*, l'exclusion électorale dont sont l'objet les femmes s'explique non pas par leur sexe, mais par leur statut socio-naturel d'épouses et mères de citoyens, c'est-à-dire de membres de la famille, comme les enfants et les domestiques.

Dans cette construction où « la famille figure comme unité naturelle et politique à la fois »³⁵⁸, l'« extériorité électorale »³⁵⁹ des femmes n'apparaît pas plus comme un problème que l'exclusion systématique de ces hommes inclus dans le modèle de la famille : les domestiques. Au cours d'une longue intervention, Barrère donne les raisons pour lesquelles les personnes qui dépendent d'un maître ne doivent pas pouvoir voter : « l'état de serviteur à gages comprend [...] la classe des individus qui doivent être exclus de la représentation politique, parce que les serviteurs à gage n'ont pas une volonté propre, libre et indépendante, telle qu'elle est nécessaire pour l'exercice de la cité »³⁶⁰. C'est précisément l'inclusion de ces domestiques en 1848 avec l'instauration du suffrage universel qui met fin au système familialiste qui fera ressortir pour la première fois en ces termes le caractère inique de l'infériorité politique des femmes. « Cette inclusion des domestiques fait passer une nouvelle frontière politique dans la famille, et crée de ce fait le sentiment d'une frontière entre les sexes »³⁶¹. L'abolition du suffrage censitaire contribue elle aussi à faire de l'extériorité des femmes une situation problématique. Si la situation politique des femmes en 1848 semble figée, on peut donc dire que quelque chose a évolué. C'est que « la citoyenneté issue de l'abolition du suffrage censitaire, en atteignant pour la première fois les limites de la communauté naturelle des hommes en âge viril, fait émerger avec une visibilité sans précédent la séparation politique entre les hommes et les femmes »³⁶².

³⁵⁸ VERJUS (Anne), « Vote familialiste et vote familial. Contribution à l'étude du processus d'individualisation des femmes dans la première partie du XIXe siècle », *op. cit.*, p. 35.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ *A.P.*, t. 10, 27 oct. 1789, p. 50.

³⁶¹ VERJUS (Anne), « Femme et famille dans l'élaboration des droits électoraux de la Révolution de 1789 à la IIIe République », *op. cit.*, p. 36. Après 1848, s'ils deviennent des citoyens de plein droit, les domestiques n'en restent pas moins inéligibles aux conseils municipaux, en même temps qu'exclus de la composition du Jury. La loi du 21 novembre 1872 prolonge cette dernière exclusion, tandis que la loi municipale de 1884 maintient leur inéligibilité. Une série d'arrêts du Conseil d'État en confirment le sens au début du XXe siècle, précisant la frontière entre la domesticité et le salariat. Il faut attendre la loi du 8 janvier 1930 pour que cette restriction soit levée et que les domestiques deviennent complètement des citoyens comme les autres.

³⁶² VERJUS (Anne), « Vote familialiste et vote familial. Contribution à l'étude du processus d'individualisation des femmes dans la première partie du XIXe siècle », *op. cit.*, p. 44.

La revendication en faveur d'un *suffrage familial* est le témoin de cette visibilité³⁶³. C'est à Lamartine que l'on doit le texte fondateur du mouvement en faveur d'un « vote familial » incluant dans le décompte des voix électorales les membres de la famille, père, mère, enfants³⁶⁴. Par l'organisation familiale du suffrage, serait mis en place un « suffrage réellement universel »³⁶⁵ ; seraient reconnus les « droits de la femme et des enfants » à voir leurs intérêts représentés politiquement, « car tout le monde, en effet, a intérêt à l'ordre social, les femmes et les enfants, aussi bien que les hommes »³⁶⁶. Certains considèrent même que cette réforme qui n'aura jamais lieu constitue une des conditions qui participeraient au « rel[èvement] de la condition morale de l'épouse » et à la consécration « des droits de la femme »³⁶⁷. En cherchant à organiser le suffrage non plus sur la base de l'individu, mais sur celle de la famille, la revendication en faveur d'un vote familial semble s'inscrire dans la mouvance traditionnaliste. Anne Verjus met en évidence cependant combien cette revendication est finalement bien plus *individualiste* qu'il n'y paraît au premier abord. Cette revendication est « une conséquence de l'éclatement de la famille comme unité politique, visible dans le suffrage universel de 1848, car elle a elle-même intégré cet éclatement, en proposant d'accorder un suffrage aux membres de la famille, c'est-à-dire de les faire apparaître dans le corps électoral en tant que *sujets de droits* susceptibles d'être représentés, ce qu'ils n'étaient absolument pas dans l'ancienne conception familialiste du suffrage »³⁶⁸. En faisant apparaître les membres de la famille comme autant d'unités électorales, le projet d'organiser familialement le suffrage a intégré une relative *individualisation*. Ces projets de vote familial n'aboutiront jamais. La fin du système familialiste mis en évidence par Anne Verjus débouche sur la société de l'individu.

³⁶³ L'expression de « vote familial » apparaît bien plus tard, vraisemblablement : la première mention que Anne Verjus a trouvée date seulement de 1912. En tout état de cause, elle n'est pas utilisée dans le projet de loi du 31 juillet 1871, qui porte pour la première fois la proposition devant l'Assemblée.

³⁶⁴ On dénombre trois textes qui, au lendemain de la Révolution de 1848, évoquent la possibilité de mettre en place une organisation familiale du suffrage. Il s'agit des ouvrages de ANDRE (Justin), *Suffrage universel dédié à la famille représentée par son chef le père de famille*, Paris, Chez Garnier Frères, 1850 ; COURBEBASSE (Alphonse), *Essai sur la théorie des élections, Système des élections naturelles*, Cahors, J.-P. Combarieu, 1851 ; et de deux articles d'Alphonse de LAMARTINE, « Le Passé, Le Présent, l'Avenir de la République », 2^{ème} partie., I, VI. chap. XXVIII, *Le Conseiller du Peuple*, 1850 et « Aux familles » (1851) in *La France parlementaire (1834-1851), Œuvres oratoires et écrits politiques*, 3^{ème} série, Paris, 1865.

³⁶⁵ COURBEBASSE (Alphonse), *Essai sur la théorie des élections*, *op. cit.*, p. 12.

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ ANDRE (Justin), *Suffrage universel dédié à la famille représentée par son chef le père de famille*, *op. cit.*, p. 16.

³⁶⁸ VERJUS (Anne), « Vote familialiste et vote familial. Contribution à l'étude du processus d'individualisation des femmes dans la première partie du XIXe siècle », *op. cit.*, p. 36-37 (nous soulignons).

2. Les justifications du principe

Pour Pierre Rosanvallon, qui fait remonter la société de l'individu dès la Révolution, lorsque, dans la France révolutionnaire, les ordres et les corps sont abolis et que triomphe la figure de l'individu, c'est lui qui expliquerait principalement l'exclusion dont les femmes ont été l'objet. « Dans une société de corps, la distinction de l'être humain et du sujet politique ne se pose pas. La participation indirecte de tous est en effet assurée et médiatisée par les corps dont chacun est membre »³⁶⁹. Dans la société moderne, c'est au contraire l'individu qui est premier. C'est à partir de lui que l'architecture sociale se met en place. La notion d'autonomie de la volonté prend alors une importance centrale³⁷⁰. Elle est déterminante dans la réflexion sur le droit de suffrage. Lorsque Sieyès dit qu' « il n'y a point d'engagement, s'il n'est fondé sur la volonté libre des contractants »³⁷¹, il présuppose que seuls les individus libres et autonomes peuvent participer à la vie politique. Aussi le droit de vote ne saurait-il, pour les constituants, être accordé qu'aux personnes qui présentent ce caractère.

L'exclusion des femmes en tant qu'individus est justifiée essentiellement par le déterminisme naturel³⁷². Ce discours fait écho à ceux que tiennent la médecine, la philosophie des Lumières mais aussi la pensée positiviste encline à naturaliser les phénomènes sociaux. La femme est renvoyée à la maternité, à la sphère de la domesticité, de l'*oikos*, de la maisonnée, pensée par opposition avec l'espace public. La conception romaine et chrétienne du rôle de la femme persiste. Cet argument de nature en vertu duquel la femme serait un être dépendant dépourvu d'autonomie était déjà largement invoqué pendant la Révolution française. Dans les textes de cette époque, on reconnaît certes les femmes comme des individus ayant des droits civils (hériter, passer contrat, se marier et même divorcer). Celles-ci n'accèdent pas pour autant aux droits politiques actifs. La justification donnée est précisément l'argument de « nature » qui fait que, selon l'abbé Sieyès, « les femmes, du moins dans l'état actuel des choses, ne doivent point influencer sur la chose publique »³⁷³. Cet argument sera réfuté

³⁶⁹ ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, op. cit., p. 106.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 105 s.

³⁷¹ SIEYÈS (Emmanuel-Joseph), *Préliminaire de la Constitution française*, p. 23.

³⁷² DUBESSET (Mathilde), « L'impossible (impensable ?) suffrage des femmes, 1848-1944, un siècle de controverses françaises », in Gérard CHIANEA et Jean-Luc CHABOT (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, op. cit., p. 26 s.

³⁷³ Discours prononcé à l'Assemblée nationale le 21 juillet 1789 par Sieyès. Cité par GODINEAU (Dominique), « Le genre de la citoyenneté, ou quelle identité politique pour les femmes pendant la Révolution française ? », in Anna BELLAVITIS et Nicole EDELMAN (dir.), *Genre, femmes, histoire en Europe : France, Italie, Espagne, Autriche*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2014.

par Condorcet en 1790, sans succès cependant. Ainsi, « l'individu issu de la rupture révolutionnaire, individu libre mais aussi individu abstrait, détaché de toute appartenance si ce n'est celle qui les lie à la nation, ne peut en théorie et en pratique que se décliner au masculin »³⁷⁴. D'où le fait, bien montré par Pierre Rosanvallon, que l'on ne pouvait, en France, intégrer les femmes dans le peuple citoyen en raison de leurs « qualités particulières », à la différence des pays anglo-saxons où le modèle utilitariste a permis un accueil plus précoce à la citoyenneté des femmes³⁷⁵. Contrairement à Carré de Malberg, à Hauriou³⁷⁶ et à Duguit³⁷⁷, favorables au suffrage des femmes, Esmein pouvait donc bien écrire que « l'exclusion des femmes n'est point arbitraire. Elle dérive d'une loi naturelle, de la fondamentale division du travail entre les deux sexes, qui est aussi ancienne, sinon que l'humanité, au moins que la civilisation »³⁷⁸.

À cette raison structurelle de l'exclusion des femmes tenant à un déterminisme naturel faisant de la femme un être propre à la maisonnée et dépendant s'est ajouté un argument conjoncturel. On a affaire, durant la III^e République, à une obsession, derrière le vote des femmes : celui du péril clérical. De Michelet qui formule clairement cette opinion dès 1845 à Clémenceau qui, en 1907, affirme que « le nombre de celles qui échappent à la domination du clergé est ridiculement faible »³⁷⁹, on arbore le thème de la femme pieuse, dominée par les prêtres.

Si certains droits leur ont été reconnus progressivement³⁸⁰, ce n'est qu'en 1944, après le vote favorable sur l'amendement Grenier de l'Assemblée consultative provisoire d'Alger que

³⁷⁴ DUBESSET (Mathilde), « L'impossible (impensable ?) suffrage des femmes ... », *op. cit.*, p. 28.

³⁷⁵ ROSANVALLON (Pierre), *Le Sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 395.

³⁷⁶ Pour Maurice Hauriou, il n'y a aucune raison de ne pas étendre aux femmes le « suffrage d'assentiment », c'est-à-dire le droit de vote. Il en va différemment de l'éligibilité, « pouvoir de gouvernement ». Cf. HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 563 s.

³⁷⁷ DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. 2., p. 592-614.

³⁷⁸ ESMEIN (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 353.

³⁷⁹ SCOTT (Joan W.), *La citoyenne paradoxale, les féministes françaises et les droits de l'homme*, Albin Michel, 1998, p. 143.

³⁸⁰ Après avoir accordé aux femmes une « citoyenneté partielle » (HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 645) en leur reconnaissant à la fin du XIX^e siècle-début du XX^e siècle l'accès à certaines fonctions publiques – autrement dit la jouissance d'un droit civique –, des dispositions inspirées par l'idée d'accroître leurs droits politiques octroient à la même époque l'électorat et éventuellement l'éligibilité aux femmes aux tribunaux et aux chambres de commerce (lois du 23 janv. 1898 et du 9 févr. 1908), aux conseils des prud'hommes (art. 5 et 6 de la loi du 27 mars 1907 modifiés par la loi du 15 nov. 1908), aux conseils consultatifs du travail (art. 5 de la loi du 17 juill. 1908) et aux conseils départementaux et cantonaux de renseignement technique (loi du 25 juill. 1919). Le projet Dussaussoy de 1906, qui constitue le premier projet concernant le droit de vote des Françaises aux élections *politiques*, n'aboutit pas. Au printemps 1914, la revendication suffragiste atteint son apogée ; avec le début de la guerre, les priorités sont cependant autres. Contrairement à de

les femmes obtiendront le droit de suffrage. L'article 17 de l'ordonnance portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération, qui est signée par le Général de Gaulle le 21 avril 1944, dispose que « les femmes sont électrices et éligibles dans les mêmes conditions que les hommes »³⁸¹. À partir de cette date, il reste deux catégories d'exclus fondées, comme pour les femmes, sur le déterminisme naturel, à savoir les « aliénés » et les mineurs.

B. La suppression du critère de l'incapacité civile

Les « aliénés », dont l'exclusion, pour être exacts, ne résulte pas directement de la nature mais des mesures de protection judiciaire instaurées en raison de cette nature (1), peuvent voter indépendamment de toute décision judiciaire depuis mars 2019 (2).

1. L'exclusion fondée sur l'incapacité

« Que la porte du civisme soit toujours ouverte pour tout homme que la nature ou les circonstances rendent véritablement citoyens, et pour laisser déchoir ceux que la nature ou les circonstances marquent du sceau de nullité »³⁸². Pour Sieyès, l'auteur de cette citation, l'homme privé de raison, comme la femme, appartient à la catégorie de ceux que la « nature ou les circonstances » ont fait déchoir. Cependant, la question n'est jamais explicitement abordée à la Constituante, comme si leur exclusion allait de soi³⁸³. Elle n'est mentionnée que dans le projet de Constitution girondine, qui ne sera pas adopté, et dans les Constitutions de l'an III et de l'an VIII³⁸⁴.

nombreux pays européens, ainsi qu'aux États-Unis, les Françaises n'obtiendront pas le droit de vote au retour de la paix. Après plusieurs déceptions dans les années 1920-1930 (six votes favorables de la Chambre des députés mais le Sénat persiste à refuser), le mouvement perd de sa vigueur, hormis en 1935-36. C'est finalement en 1944 que la citoyenneté est accordée aux Françaises.

³⁸¹ Ordonnance du 21 avril 1944 « portant organisation des pouvoirs publics en France après la libération », *JO* 22 avril 1944, p. 325.

³⁸² SIEYÈS (Emmanuel-Joseph), *Écrits politiques* (choix et présentation de Roberto Zappierri), Paris, Éd. des Archives contemporaines, 1985, p. 89.

³⁸³ BART (Jean), « Le vote du fou », in Nathalie ROBATEL (dir.), *Le Citoyen fou*, PUF, Paris, 1991, p. 31.

³⁸⁴ Dans le silence des lois et de la Constitution de 1791, ces derniers peuvent toujours exercer leurs prérogatives de citoyens actifs. Le problème de la santé mentale n'est pas davantage soulevé le 10 août 1792, lorsque la Législative instaure le suffrage universel masculin. Il l'est quelques mois plus tard dans le plan de « Constitution girondine ». Le projet introduit « deux causes d'incapacité pour l'exercice du droit de suffrage : la première, l'imbécillité ou la démence, constatées par un jugement ; la seconde, la condamnation légale aux peines qui emportent la dégradation civique » (art. 5). Imbécillité et démence privent celui qui en souffre non pas de sa qualité de citoyen, mais de l'exercice du droit de vote. La Convention n'a pas adopté ce projet. Dans la Constitution montagnarde de l'an I, seules subsistent des causes de nature pénale ; on ne fait plus mention de l'imbécillité et de la démence. Elles réapparaissent cependant en l'an III : il ne s'agit alors que d'une simple suspension d'exercice, la fureur, la démence ou imbécillité n'étant pas forcément définitives ni l'interdiction

Ce sont les différentes lois électorales qui, à partir de 1849, priveront du droit de voter, et par conséquent du droit d'être élu, non pas tous les aliénés, mais seulement ceux qui auront été frappés d'interdiction judiciaire, mesure qui a pour but de « protéger les intérêts patrimoniaux de la famille d'un dément »³⁸⁵. Il en résulte que « l'accès aux urnes, voire aux mandats électoraux, est refusé à *une partie seulement* des hommes considérés ordinairement comme fous »³⁸⁶. On voit par ailleurs que c'est seulement par ricochet que cette restriction de la capacité civile rejait sur l'exercice des droits attachés à la citoyenneté. À la suite de la disparition de l'interdiction judiciaire, c'est la mise sous tutelle qui sera à l'origine de la perte des droits électoraux de l'« incapable ». Jusqu'à l'adoption de la loi du 11 février 2005 « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées », dite *Loi Handicap*, le droit de vote est systématiquement retiré à tous les adultes placés sous cette mesure de protection judiciaire. L'article L. 5 du code électoral dispose que « ne doivent pas être inscrits sur les listes électorales les majeurs sous tutelle ».

Ce principe d'interdiction absolue a cependant été condamné en 2010 par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation du droit à des élections libres. Dans cette affaire, le requérant, Alajos Kiss³⁸⁷, avait été placé sous tutelle en raison de troubles maniaco-dépressifs caractérisant un handicap psychique et non mental. Il a contesté sa radiation automatique des listes électorales en vertu de la législation hongroise dans la mesure où ses capacités intellectuelles et sa faculté à opérer un choix éclairé au cours d'un vote étaient intactes. La Cour a jugé en l'espèce que la privation des droits électoraux des personnes souffrant d'un handicap mental ou placées sous une mesure de protection judiciaire devait faire l'objet d'une appréciation individualisée par le juge judiciaire.

2. Son abolition

À la date de cette décision, le législateur français avait déjà établi que la privation du droit de vote des personnes placées sous tutelle devait faire l'objet d'une appréciation

judiciaire perpétuelle. Les mêmes principes sont retenus en l'an VIII. Après l'Empire, les Chartes ne contiendront rien de tel.

³⁸⁵ BART (Jean), « Le vote du fou », *op. cit.*, p. 35.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 43 (nous soulignons).

³⁸⁷ CEDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c. Hongrie*, req. n° 38832/06, *AJDA*, 2010, p. 2362, chron. J.-F. Flauss ; *AJ fam.*, 2010, p. 285 ; *RTD civ.*, 2010, p. 762, obs. J. Hauser. V. également DOS SANTOS (Joachim), « La privation du droit de vote frappant les incapables majeurs devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010) », *RTDH*, n° 90, 2012, p. 347-376.

individualisée par le juge. L'article L. 5 c. élect. fera l'objet de réformes ultérieures avant d'être supprimé en 2019 (a). Par cette suppression, le droit français rompt avec l'idée que peuvent seuls être citoyens les individus indépendants doués d'une volonté libre et autonome (b).

a. De la modification à la suppression de l'article L. 5 du code électoral

Par une première réforme datant du 11 février 2005³⁸⁸, le législateur français a octroyé le droit de vote aux adultes sous tutelle sous réserve d'une dérogation consentie par le juge judiciaire : « les majeurs placés sous tutelle ne peuvent être inscrits sur les listes électorales à moins qu'ils n'aient été autorisés à voter par le juge des tutelles ». De l'interdiction, on évolue donc vers un régime d'autorisation préalable au vote en 2005 pour finalement consacrer, par la loi du 5 mars 2007³⁸⁹ relative à la protection des majeurs, un régime de présomption de capacité : le droit de vote des personnes sous tutelle devient la règle et son retrait une exception prononcée par le juge³⁹⁰. Depuis la loi de 2007, « lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée ». En l'absence de décision, la capacité électorale de la personne protégée est donc maintenue. En cas de suppression du droit de vote, le juge doit motiver sa décision³⁹¹. Un certificat médical permet au juge des tutelles d'appuyer sa décision. Les médecins habilités à cette fin par le procureur de la République mesurent la capacité des individus à réaliser un choix éclairé à l'occasion d'un vote en évaluant quatre aptitudes : la compréhension des informations, l'appréciation de ces informations à la lumière de critères personnels, l'évaluation des différentes alternatives et de leurs conséquences et enfin le choix³⁹².

Parmi les personnes vulnérables, seuls les majeurs sous tutelle et parmi ces derniers, seuls ceux dont le juge, grâce à un certificat médical, aura établi qu'ils sont inaptes à faire un choix

³⁸⁸ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JORF*, p. 2353.

³⁸⁹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF*, p. 4325.

³⁹⁰ LOPEZ (Mélanie), « Handicap et citoyenneté : du droit de vote à l'éligibilité des personnes en situation de handicap », *Revue de droit sanitaire et social*, 2013, p. 919.

³⁹¹ Sur les motifs invoqués par les juges pour accorder ou retirer le droit de vote aux majeurs sous tutelle, on se référera à l'analyse publiée par Antoine Bosquet et Isabelle Mahé dans la revue médicale *BMJ*. L'analyse a été entreprise à partir de l'étude des 171 décisions portant sur le droit de vote des majeurs en tutelle publiées entre 2011 et 2016 sur le site Légifrance. V. BOSQUET (Antoine), MAHÉ (Isabelle), « Protected adults' voting rights: an interdisciplinary study of medical assessment and jurisprudence in France », *BMJ Open*, 2018, vol. 8, n° 7.

³⁹² LOPEZ (Mélanie), « Handicap et citoyenneté ... », *op. cit.*

éclairé sont donc privés de leur droit de vote. La privation des droits politiques des personnes sous tutelle doit faire l'objet d'une évaluation circonstanciée. Le législateur rejoint par là le juge qui, en 2002, a affirmé que la perte du droit d'accéder à la fonction publique ou la radiation d'office de la fonction publique des personnes privées de leur droit de vote en raison d'une mesure de tutelle ne pouvait plus être automatique³⁹³.

On sait que l'interdiction d'occuper un emploi public pour les personnes qui ne disposent pas de leurs droits civiques constitue un principe général du droit. Ce principe est rappelé par les textes applicables aux fonctionnaires depuis la loi du 19 octobre 1946 et il figure aujourd'hui à l'article 5-3° de la loi du 13 juillet 1983. Celui-ci dispose que « nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire [...] : 2° s'il ne jouit de ses droits civiques. » Aux termes de l'article 24 de ladite loi, l'autorité administrative est tenue de prononcer la radiation des cadres du fonctionnaire ayant été l'objet d'une « déchéance des droits civiques ». À l'occasion de la réforme du code pénal, le gouvernement a introduit un amendement afin d'inscrire également ce principe dans le code pénal : « le gouvernement estime qu'il convient de maintenir le principe traditionnel suivant lequel la privation des droits civiques, par décision du juge, emporte de plein droit l'interdiction d'accéder à une fonction publique ou l'obligation de la quitter. Vous comprendrez aisément, en effet, que le service de l'État, entendu de manière générale, impose des exigences particulières tant pour le recrutement que pour le maintien en fonction des agents publics »³⁹⁴. Cet amendement a alors été inséré dans le dernier alinéa de l'article 131-26 c. pénal qui énonce que « l'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcées en application du présent article emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique ». Sur la base de l'article 5-3° de la loi du 13 juillet 1983, le maire de Custines (Meurthe et Moselle) a, en 1995, radié des cadres M. R., agent d'entretien titulaire de cette commune. À la suite de son placement sous tutelle par le tribunal d'instance de Nancy, M. R. ne jouissait plus, en effet, de l'intégralité de ses droits civiques.

Si elle est conforme à la lettre de la loi, il est loisible de considérer que l'interprétation du maire est contraire à l'esprit de la loi. En effet, l'application de la disposition aux majeurs protégés paraît sans lien avec la logique du principe selon lequel « nul ne peut occuper un emploi public s'il ne jouit de l'intégralité de ses droits civiques ». S'appuyant sur un faisceau

³⁹³ CE, 22 févr. 2002, *Mutualité de Meurthe et Moselle*, n° 219.259, *Lebon*, p. 56.

³⁹⁴ Amendement n° 267 du Gouvernement. V. Ass. Nat., Déb. Parl., 2^{ème} séance du jeudi 12 oct. 1989, *JO*, p. 3502.

d'indices, le commissaire du gouvernement Stéphane Austry a considéré en ce sens que « le législateur n'a entendu proscrire l'occupation d'un emploi public qu'à raison du *déficit de moralité* que révèle chez une personne la privation de ses droits civiques intervenue en raison d'une condamnation pénale »³⁹⁵. Reprenant les conclusions de son commissaire, le Conseil d'État a donné une interprétation constructive de l'article 5-3° en affirmant que ces dispositions ne concernent que « le cas où la privation des droits civiques revêt un caractère *répressif* ». « L'altération des facultés mentales à raison de laquelle une tutelle a été ouverte [...] est susceptible d'affecter l'aptitude exigée du fonctionnaire », relève le Conseil d'État. Mais il ne saurait pour autant être question de radiation *automatique* des cadres. Le Conseil d'État a « ainsi admis qu'une privation des droits civiques au sens du code électoral et du code pénal n'était pas nécessairement une privation des droits civiques au sens du statut de la fonction publique ou, en d'autres termes, qu'il pouvait y avoir *plusieurs types de privation des droits civiques* »³⁹⁶.

Le juge et le législateur ont donc diminué les hypothèses susceptibles de priver un « incapable » de ses droits civiques et politiques. Dans le cadre d' « une politique de retour vers une citoyenneté pleine et entière » pour les personnes mises sous tutelle, le législateur est allé jusqu'à rétablir, par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, le droit de vote des personnes protégées³⁹⁷. L'annonce de cette réforme par le Président de la République lui-même le 9 juillet 2018 devant l'ensemble des députés et sénateurs réunis en Congrès à Versailles permet d'en mesurer la portée³⁹⁸. Le rapport d'information n° 2075 déposé à l'Assemblée nationale le 26 juin 2019 sur les droits fondamentaux des majeurs protégés soulignait que sous l'empire de la loi de 2007, la suppression du droit de vote était prononcée dans 83 % des placements sous tutelle. Désormais, les personnes sous tutelle peuvent exprimer leur choix dans le cadre des processus électoraux en dehors de toute intervention du juge. L'article 11 de la loi de 2019 supprime

³⁹⁵ Concl. Stéphane AUSTRY sous CE, 22 févr. 2002, *Mutualité de Meurthe et Moselle*, *Bulletin juridique des collectivités territoriales*, mai 2002, p. 38 (nous soulignons).

³⁹⁶ Lecture de cet arrêt faite par Emmanuel GLASER dans ses concl. sous CE, Ass., 11 déc. 2006, *Mme Nicolai*, *RFDA*, 2007, p. 498 (nous soulignons).

³⁹⁷ V. GAMALEU KAMENI (Christian), « Brèves réflexions sur le droit de vote des majeurs protégés au regard de la loi du 23 mars 2019 », *AJ Famille*, 2019, p. 515.

³⁹⁸ Le Président de la République a lui-même annoncé, à l'égard des personnes handicapées, « une politique de retour vers la citoyenneté pleine et entière que nous assumerons et celles également pour ces personnes, y compris celles sous tutelle, d'un retour au droit de vote ». Cité par CARON-DEGLISE (Anne) dans son Rapport de mission interministérielle, « L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables », 2018, p. 64.

l'article L. 5 c. élect. et confère au majeur protégé l'exercice personnel de son droit de vote. Aux termes de l'art. L. 72-1 c. élect., « le majeur protégé exerce personnellement son droit de vote pour lequel il ne peut être représenté par la personne chargée de la mesure de protection le concernant ».

Par cette réforme, la France, qui rejoint entre autres le Royaume-Uni, l'Italie, l'Autriche, les Pays-Bas, le Portugal, la Croatie ou encore la Finlande³⁹⁹, se met en conformité avec l'article 29 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées de 2006⁴⁰⁰. En 2013, le Comité des droits des personnes handicapées chargé d'assurer le suivi de l'application de cette Convention des Nations-Unies a précisé que toute exclusion, même fondée sur l'appréciation d'un juge, était discriminatoire : « restreindre le droit de vote en raison d'un handicap constitue une *discrimination* directe [...]. Cela est également le cas pour les classifications qui visent des sous-catégories spécifiques de personnes handicapées, comme les personnes sous tutelle »⁴⁰¹. Le Comité a ajouté que « l'article 29 ne prévoit aucune restriction raisonnable et n'autorise d'exception pour aucune catégorie de personnes handicapées. En conséquence, un retrait du droit de vote au motif d'un handicap psychosocial ou intellectuel réel ou perçu, *y compris une restriction fondée sur une évaluation individualisée*, constitue une discrimination fondée sur le handicap, au sens de l'article 2 de la Convention »⁴⁰².

³⁹⁹ S'y ajoutent la Lettonie, la Norvège, la Roumanie, la Slovaquie, la Suède, Israël, certains États des États-Unis et certaines provinces du Canada. V. FRA – Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities », Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2014.

⁴⁰⁰ L'article 29 dispose : « les États Parties garantissent aux personnes handicapées la jouissance des droits politiques et la possibilité de les exercer sur la base de l'égalité avec les autres, et s'engagent : a) À faire en sorte que les personnes handicapées puissent effectivement et pleinement participer à la vie politique et à la vie publique sur la base de l'égalité avec les autres, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de représentants librement choisis, notamment qu'elles aient le droit et la possibilité de voter et d'être élues [...] ». Sur le droit de vote des personnes sous mesure de protection en droit international, v. FIALA-BUTORA (János), ASHLEY STEIN (Michael), LORD (Janet), « The Democratic Life of the Union : Toward Equal Voting Participation for Europeans with Disabilities », *Harvard International Law Journal*, 2014, vol. 55, n° 1, p. 71-104.

⁴⁰¹ Communication n° 4/2011 adoptée le 2-13 sept. 2013. Dans le même sens, v. CRPD/C/ESP/CO/1, Observations finales du Comité des droits des personnes handicapées : Espagne, 19-23 sept. 2011. Le Comité recommande de « veiller à ce que toutes les personnes handicapées, quel que soit leur handicap, leur statut juridique ou leur lieu de résidence aient le droit de voter et de participer à la vie publique, sur la base de l'égalité avec les autres. Le Comité demande à l'État partie de modifier l'article 3 de la loi organique n° 5/1985, qui autorise le refus du droit de vote fondé sur les décisions au cas par cas d'un juge. Cette modification devrait garantir le droit de vote à toutes les personnes handicapées ».

⁴⁰² CRPD/C/10/D/4/2011, Constatations du Comité des droits des personnes handicapées : Communication n° 4/2011, *Zsolt Bujdosó et autres c. Hongrie*, §9.4, 9 sept. 2013.

b. Les effets de la suppression

En octroyant le droit de vote à tous les majeurs sous tutelle, le législateur s'inscrit en rupture avec l'idée selon laquelle seul le sujet doué d'une volonté libre peut être titulaire des droits politiques. Si *historiquement*, l'exclusion des femmes, des domestiques et des plus pauvres a pu être déterminée par des facteurs politiques, économiques ou sociaux, *structurellement*, elle a reposé sur cette conception du citoyen pensé comme *individu* autonome. Nous avons vu en ce sens qu'aussi longtemps qu'elle a été rapportée à la famille (dans le système familialiste) ou au déterminisme de son sexe, aussi longtemps qu'elle a autrement dit été considérée comme un être dépendant, la femme n'a pu accéder à la citoyenneté.

En termes philosophiques, la théorie kantienne de l'individualisme politique et juridique traduit parfaitement ce propos⁴⁰³. Dans sa *Doctrine du droit*, le philosophe définit les trois attributs juridiques indissociables de la citoyenneté : d'une part, la liberté légale de n'obéir à aucune autre loi qu'à celle à laquelle les citoyens ont donné leur consentement ; d'autre part, l'égalité civile ; enfin, l'autonomie. Celle-ci « consiste à ne devoir son existence et sa conservation qu'à ses propres droits et à ses propres forces comme membre de la république et non à l'arbitre d'un autre dans le peuple ». Et de préciser : « seule l'aptitude à voter qualifie quelqu'un comme citoyen ; toutefois cette qualification présuppose l'autonomie au sein du peuple de quelqu'un qui n'est pas seulement une partie de la collectivité, mais également un membre de celle-ci agissant à partir de sa propre *Willkür*, de son propre libre choix volontaire en communauté avec d'autres »⁴⁰⁴. Ce qui justifie la distinction entre citoyens actifs et citoyens passifs chez Kant n'est pas le degré des richesses ou des revenus, mais l'indépendance (*Selbständigkeit*)⁴⁰⁵. Les droits politiques doivent être réservés aux individus économiquement indépendants, c'est-à-dire propriétaires en un sens large (Kant inclut en effet sous la propriété non seulement celle du sol, mais toute capacité ou compétence permettant d'exercer un métier libre)⁴⁰⁶. Outre les femmes et les mineurs, la principale « figure de la dépendance » pour Kant est le domestique. Catherine Colliot-Thélène souligne que si « Kant, à la suite de Sieyès, répugnait à accorder des droits politiques aux domestiques, c'est parce

⁴⁰³ ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, op. cit., p.109.

⁴⁰⁴ KANT (Emmanuel), *Métaphysique des mœurs. Ire partie : Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 196.

⁴⁰⁵ V. COLLIOT-THELENE (Catherine), « Le citoyen et l'étranger », op. cit.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

que, pour l'un comme pour l'autre, les domestiques ne pouvaient pas être libres »⁴⁰⁷. Pour Sieyès, le droit de vote « est purement dérivé de la capacité civile, il ne fait que la prolonger sur le terrain politique »⁴⁰⁸. Il en est de même pour Kant.

La notion d'autonomie de la volonté explique que l'on puisse appréhender le citoyen à partir du droit civil. Ainsi que le remarque Pierre Rosanvallon, c'est l'élaboration d'un système d'obligations et de contrats qui a amené les juristes des XVII^e et XVIII^e siècles à élaborer les concepts de capacité juridique et d'autonomie de la volonté. « On voit dans cette mesure que les fondements du droit civil et ceux du droit politique se recoupent »⁴⁰⁹. Le citoyen est l'individu autonome qui, en vertu de cette autonomie, est considéré comme « capable » au regard du droit civil et du droit public.

Cette conclusion semble mise à mal aujourd'hui par l'extension du suffrage au « fou », figure qui a exprimé tout au long de l'histoire du suffrage universel « ce qui apparaissait comme la *limite radicale* de l'extension des droits politiques »⁴¹⁰. Cette extension témoigne d'une nouvelle appréhension de l'aliénation par le droit français, elle-même porteuse d'une nouvelle conception du sujet. Tant que le législateur avait une acception juridique, *civiliste* de l'aliénation et non une acception *clinique*, tant qu'il s'intéressait au sujet *abstrait* et non au sujet *réel*, l'exclusion des majeurs en tutelle ne soulevait pas de difficultés. Pour le dire autrement, l'exclusion des fous ne posait pas de problème tant que l'on n'appréhendait pas l'aliénation mentale en tant que catégorie clinique, mais qu'on faisait abstraction de cette donnée pour ne regarder que le statut juridique (tutelle ou curatelle) des personnes concernées. S'inscrivant dans cette perspective, « la loi française ne connai[ssait] que la *situation juridique*, ramenant par là le cas de l'aliéné mental, quand il est interdit, à celui du mineur. En matière de droit de vote, l'aliénation mentale n'[était] pas prise en considération. Les données cliniques [étaient] en quelque sorte absorbées et effacées par le critère juridique de la capacité civile : l'inégalité politique [était] déplacée et refoulée dans la sphère des droits civils ». En vertu de cette conception, des fous qui n'étaient pas sous tutelle pouvaient voter. Inversement, des personnes placées sous mesure de protection simplement pour protéger leur patrimoine en cas de litige des enfants pouvaient se retrouver privées de leurs droits électoraux.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ ROSANVALLON (Pierre), *Le Sacre du citoyen*, op. cit., p.139.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 108.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 416 (nous soulignons).

Par différence, aux États-Unis, dans les années 90, certains États ne lient pas la capacité politique à la *capacité civile* mais à un *critère clinique* : les personnes internées dans un établissement psychiatrique ou les personnes atteintes de troubles mentaux sont celles qui sont écartées spécifiquement des droits politiques, indépendamment de leur capacité civile. Or, dès lors que l'on retient le critère clinique, la levée des interdictions électorales touchant les malades mentaux ou les personnes internées devient, comme le relève P. Rosanvallon, « inéluctable »⁴¹¹. Les juristes américains partisans d'un tel élargissement mettent en évidence que si l'objectif considéré est d'éliminer les individus irrationnels, alors l'interdiction devrait être étendue beaucoup plus largement. Cela pose du même coup le problème insoluble de la mise en place de tests de compétence qu'il faudrait faire passer à toute la population pour être équitable. L'argument de l'impossibilité d'établir des critères de rationalité et la discrimination qui en résulte sont précisément l'un des motifs pour lesquels on a en France accordé en 2019 le droit de vote aux personnes sous tutelle. Dans son « Avis sur le droit de vote des personnes handicapées » rendu le 26 janvier 2017, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) établit que « concrètement, il est impossible de définir un seuil de déficience intellectuelle en-deçà duquel un citoyen serait "incapable" de voter, tout comme il est impossible d'établir des critères d'évaluation »⁴¹². Dès lors, toute privation du droit de vote, lors même qu'elle résulterait d'une évaluation individualisée de la part d'un juge, est discriminatoire. Au *sujet abstrait*, défini par ses droits (civils) qui sont le gage de son autonomie, le législateur a donc substitué le *sujet réel*.

Pierre Rosanvallon, pour qui cette (r)évolution était impensable en France, a également écrit que l'exclusion des condamnés ne soulevait pas de difficulté dans la mesure où elle se situe « en-deçà du principe d'égalité »⁴¹³. Si l'évolution de l'histoire a démenti sa première affirmation, elle n'a pas contredit la seconde. L'exclusion des condamnés résulte d'une logique distincte de celle qui a présidé à la destinée des femmes, des incapables et dans une certaine mesure des plus pauvres. Elle ne repose pas sur le critère du défaut d'autonomie dont on déduit l'incapacité à exercer les droits politiques. Elle se fonde sur celui de l'indignité, que l'on a entre-aperçu à propos des indigènes.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 419.

⁴¹² CNCDH, « Avis sur le droit de vote des personnes handicapées – Citoyenneté et handicap "le droit de vote est un droit, pas un privilège" », 26 janv. 2017, p. 9.

⁴¹³ ROSANVALLON (Pierre), *Le Sacre du citoyen*, op. cit., p. 421.

Section 2 – Les critères maintenus : les condamnés comme exemple-limite d'une nationalité sans la citoyenneté

Avec le mineur dont l'exclusion semble indépassable et dont on ne dira que quelques mots (§1), le condamné reste le seul aujourd'hui à pouvoir être tout à la fois national et non citoyen ou « moins » citoyen (§2).

§1. L'exclusion fondée sur le critère « naturel » de la minorité

L'exclusion des mineurs semble de prime abord plus difficile à justifier dès lors que l'on a octroyé le droit de vote à des personnes dont la lucidité ou la rationalité peut paraître discutable. À partir du moment où l'on a inclus le fou, on peut considérer qu'il n'y a plus de « raisons de s'arrêter en chemin »⁴¹⁴. En réalité, il y en a une si l'on retient que la différence entre le mineur et le fou est celle de la discrimination. Là où l'on juge dorénavant que l'exclusion du second est discriminatoire, celle du premier, qui repose sur un critère objectif, n'emporte pas une rupture de l'égalité. Tout au plus discute-t-on d'abaisser l'âge de la majorité électorale à 16 ans par exemple. Il n'a jamais été envisagé cependant de supprimer le critère de la minorité. Le mineur est un citoyen en devenir. On peut dès lors affirmer que l'histoire anthropologique de l'universalisation du suffrage est achevée. Il n'en va pas de même de son histoire sociale, dans laquelle s'inscrivent les condamnés qui constituent de ce point de vue un « cas-limite ».

§2. L'exclusion fondée sur le critère social de l'indignité

L'exclusion des condamnés du corps civique a pris différentes formes au cours de l'histoire. Comme nous l'avons déjà indiqué, il est délicat de chercher des équivalences historiques entre des peines qui s'inscrivent dans des périodes très éloignées⁴¹⁵. Force cependant est de reconnaître qu'il existe certaines ressemblances entre les justifications modernes de la déchéance des droits politiques des délinquants qui sont l'objet du troisième chapitre et les institutions de la mort civile et des peines infamantes issues de l'Antiquité et

⁴¹⁴ NOGERO (David), « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés », *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, n° 16, 2017, p. 134.

⁴¹⁵ SAINT-LAURENT (Geneviève), *Le droit de vote limité par la condamnation pénale ou la quête d'un équilibre entre droit fonctionnel et droit individuel*, *op. cit.*, p. 77.

dont s'inspireront expressément les juristes dans l'Ancien droit. Les deux exemples de l'atimie athénienne et de la mort civile dans l'Ancien droit donnés dans l'introduction mettent en évidence la pertinence d'une reconstruction généalogique des peines excluant le citoyen de la communauté politique depuis l'Antiquité à nos jours. À cet effet, on reviendra dans un premier temps sur les pratiques qui avaient cours à Athènes et à Rome, pratiques dont la « mort civile » et les peines infamantes dans l'Ancien droit sont les héritières (A). On s'attachera dans un second moment à retracer les continuités et les ruptures en matière de privation des droits politiques qui traversent le droit depuis la Révolution jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en 1994 (B).

A. Les peines de privation des droits politiques dans l'Antiquité et dans l'Ancien droit

La Grèce, en même temps qu'elle a inventé la démocratie et la participation du citoyen à la vie de la Cité, en a créé le pendant négatif. Bien que leur conception de la citoyenneté diffère radicalement de celle des Athéniens, les Romains ont également instauré différentes sanctions permettant d'isoler un citoyen de la vie sociale et politique (1). On retrouvera des traces de ces peines qui pouvaient conduire à bannir ou à exclusion de façon définitive l'individu par le biais d'une forme de mort civile ou par l'infamie dans le régime féodal puis sous l'Ancien Régime (2).

1. Les peines dans l'Antiquité gréco-romaine et leurs fondements

À Athènes, les citoyens pouvaient être exclus de différentes manières, le moyen de prédilection étant le recours à l'atimie (a). Dans sa première forme historique, elle entraînait une forme de mort civile, sanction que l'on retrouve à Rome (b).

a. L'atimie athénienne : la sanction du manquement aux devoirs civiques

L'atimie consiste dans la perte des honneurs, des charges et des dignités (sens du mot grec *timè*) qui s'attachent à la qualité de citoyen. L'athénien frappé d'atimie est exclu de la participation au pouvoir judiciaire et aux magistratures (au sens large), participation qui caractérise l'essence du citoyen pour Aristote⁴¹⁶. L'atimie est attachée par la loi athénienne à

⁴¹⁶ ARISTOTE, *Les Politiques*, trad. P. Pellegrin, 2^{ème} éd., Paris, GF-Flammarion, 1993, III, 1, 1275a6, tr. p. 207.

vingt-quatre fautes que l'on peut regrouper de la façon suivante : conduites déshonorantes en temps de guerre ; tentative de subversion ; non-respect des lois constitutionnelles ; vol au détriment de la communauté ; non-paiement de ses dettes envers l'État ou les dieux ; entrave au bon fonctionnement de la justice ; moralité douteuse ; dilapidation de patrimoine, non-respect d'une sentence d'exil temporaire. Il s'agit souvent d'une faute grave contre la communauté civique pouvant prendre la forme de la violation d'un droit s'apparentant à un *devoir civique*. À Athènes, où chacun est tenu de juger les affaires qui lui sont données par le sort, la loi porte ainsi que tout citoyen qui, ayant l'âge requis et ayant été désigné, ne remplit pas les fonctions d'arbitre, est frappé d'atimie, à moins qu'il ne soit chargé dans la même année d'une autre fonction publique ou qu'il ne se trouve absent du pays. De même, Aristote attribue à Solon cette loi selon laquelle « celui qui, dans une *stasis*, ne prendra pas les armes avec une des parties, sera frappé d'atimie et n'aura plus de droits politiques »⁴¹⁷. L'Athénien qui ne se présente pas au service militaire est aussi frappé de la sanction automatique de l'atimie⁴¹⁸. Le citoyen athénien a donc des droits mais aussi des devoirs. L'homme ne remplissant pas la fonction qui lui est attribuée dans la cité constitue le parangon du *citoyen* non vertueux qu'Aristote prend le soin de distinguer de l'*homme* non vertueux⁴¹⁹.

Afin d'explicitier la différence entre la vertu morale et universelle de l'homme de bien et la vertu fonctionnelle propre à une cité donnée du bon citoyen, Aristote propose une analogie entre les citoyens et les marins, entre la cité et le navire, analogie reposant sur l'idée de communauté : les marins appartiennent à une communauté (ensemble de l'équipage et passagers), de même que les citoyens forment une communauté (ensemble de ceux qui gouvernent et de ceux qui sont gouvernés). Chaque citoyen est comme un marin : il assure une fonction particulière dans la cité comme le marin est rameur, pilote ou timonier. Les citoyens n'ont pas tous la même excellence mais seulement celle qui leur revient en vertu de leur fonction particulière. L'excellence est alors relative à la fonction qu'exerce chacun en

⁴¹⁷ ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, VIII, 5.

⁴¹⁸ HANSEN (Mogens Herman), *Apagoge, Endeixis and Ephegesis against Kakourgoi, Atimoi and Pheugontes. A Study in the Athenian Administration of Justice in the Fourth Century B.C.*, Odense University Press, 1976, p. 65-67.

⁴¹⁹ V. BEZEVENGUI (Agnès), « Homme de bien et bon citoyen chez Aristote », in *Mélanges Pierre Lévêque*, t. 3 : *Anthropologie et société*, Besançon, Université de Franche-Comté, 1989, p. 7 s. Sur le mauvais citoyen à Athènes, et l'idée que « the concern over bad citizenship [...] profoundly shaped Athenian discourse about citizenship » (p. 4), v. CHRIST (Matthew R.), *The Bad Citizen in Classical Athens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. L'auteur concentre son propos sur deux devoirs civiques incombant aux citoyens athéniens : le devoir militaire et le devoir de contribuer financièrement aux dépenses de la cité, devoir reposant essentiellement, pour ce dernier, sur les citoyens les plus aisés.

propre. Tous les citoyens sont à l'égard de la cité comme tous les marins à l'égard de la sécurité de la navigation. Les marins poursuivent dans l'excellence de leur fonction, qui leur est particulière et propre, une même fin (fonction <ergon>) commune qui les rassemble et fait de leur équipage une communauté (la sécurité de la traversée). Il en va de même pour les citoyens : tous ensemble ils poursuivent le salut et la sécurité ou la conservation de la cité. Le citoyen ne remplissant pas bien ces fonctions se trouvait donc frappé d'atimie.

Loin de constituer une sanction uniforme, l'atimie a été employée pour désigner deux types d'exclusion de la participation à la vie politique. L'atimie a en effet connu un développement historique significatif⁴²⁰. Dans son usage le plus ancien, le terme signifie que le citoyen condamné à cette peine devient une sorte de hors de la loi. Plus qu'une forme de dégradation civique, elle entraînait une sorte de mort civique : non seulement l'*atimos* perdait le droit de participer à la vie politique mais encore il pouvait être mis à mort impunément ; ses biens étaient confisqués et l'atimie pouvait s'étendre à tous les membres de la famille. La référence à une mort « civique » ne doit pas ici tromper. En effet, si les droits attachés à la qualité de citoyen se limitent essentiellement aujourd'hui aux droits politiques, les droits civiques englobaient alors l'essentiel des droits dit « civils ». La capacité de contracter ou d'être propriétaire était ainsi réservée aux seuls citoyens. Ainsi, ce premier type d'atimie était autant une mort « civile » qu'une mort « civique » en vertu de laquelle l'*atimos* était dépouillé de tous les bénéfices des lois. Ses conséquences étaient telles que l'*atimos* devait souvent prendre le chemin de l'exil. Comme l'indique Isocrate dans son « Discours sur le couple de chevaux ou Pour le fils d'Alcibiade », l'atimie est pire que l'exil : « vivre déshonoré parmi ses concitoyens est une situation plus cruelle que de vivre ailleurs au milieu des étrangers »⁴²¹. Il s'agit toutefois d'un exil volontaire, à distinguer du bannissement. L'*atimos* privé de ses droits civiques pouvait rester dans la cité. À l'inverse, le banni qui est chassé de la cité garde parfois ses droits civiques, notamment dans le cas de l'ostracisme.

Très rapidement, dès le début du VI^e siècle, du moins à Athènes, l'atimie prend un sens moins radical. Cette seconde forme d'atimie entraîne seulement l'exclusion des lieux où se décide la politique de la cité, l'interdiction d'y prendre la parole, l'exclusion des sanctuaires, de la participation aux manifestations de la religion civique, du droit de servir dans les

⁴²⁰ MOSSE (Claude), *Dictionnaire de la civilisation grecque*, Éditions Complexe, 1998, p. 81 s. ; MINDUS (Patrizia), *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze, Firenze University Press, 2014.

⁴²¹ ISOCRATE, « Discours sur le couple de chevaux ou Pour le fils d'Alcibiade », *Œuvres complètes*, XVI.

armées. Le citoyen frappé de cette sorte d'atimie peut toutefois conserver ses biens, mener une vie normale d'homme privé. On soulignera qu'il n'était point besoin d'une action judiciaire : l'atimie résulte en quelque sorte de la réputation qui s'attache à certains citoyens qui se trouvent *de facto* écartés de la vie politique. Le plus souvent cependant, l'atimie est la conséquence d'une décision judiciaire. L'atimie peut être totale ou bien partielle, privant le citoyen de quelques-unes de ses prérogatives limitativement déterminées. L'accusateur qui intente une action publique et qui plus tard se désiste est ainsi déchu du droit d'intenter à l'avenir une action publique du même genre. Le citoyen condamné trois fois pour dépôt de motions illégales se trouve de plein droit déchu de la faculté de faire au peuple de nouvelles propositions. Les citoyens coupables de certains délits graves contre les mœurs, déclarés prodigues et dissipateurs, sont *ipso jure* incapables de prendre la parole dans l'assemblée du peuple et de remplir certaines magistratures.

Qu'elle soit totale ou partielle, l'atimie proprement dite, c'est-à-dire celle qui est la peine d'un délit (à la différence de l'atimie, préventive, qui résulte seulement de la qualité de débiteur de l'État et qui cesse de plein droit dès que la dette était payée), est perpétuelle. Pour que l'atimie cesse, il faut une réhabilitation. Si elle est permise, elle est subordonnée à une condition si difficile à réaliser qu'il n'y a pas à craindre qu'elle soit trop facilement accordée. Aucun citoyen ne peut proposer de rendre à la personne déchue les droits dont il a été privé sans avoir préalablement obtenu du peuple assemblé une autorisation pour la validité de laquelle six mille suffrages sont exigés. C'est seulement après cette approbation anticipée que la demande de *restitutio in integrum* est régulièrement formée.

C'est à cette seconde forme historique d'atimie qu'Aristote semble se référer lorsqu'il entreprend de donner sa définition négative du citoyen, indiquant ce que le citoyen n'est pas⁴²². Pour définir le citoyen athénien de l'époque classique, Aristote commence par énumérer les catégories de personnes qui ne sont pas des citoyens au sens strict. Cette liste comprend les étrangers résidant sur le territoire et jouissant de certains droits (les métèques), les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de la majorité (18 ans accomplis), les vieillards libérés de tout service obligatoire (à partir de 50 ans) et les gens privés de leurs droits politiques ou

⁴²² Il convient de préciser, en suivant Pierre Pellegrin, que chez Aristote, « ce n'est pas la citoyenneté qui fait le citoyen, mais le citoyen qui dessine les contours de la citoyenneté ». Cf. PELLEGRIN (Pierre), « Aristote : le citoyen sans la citoyenneté », in Jean-Michel COUNET (dir.), *La citoyenneté - Actes du XXXIV^{ème} Congrès de l'Association des Sociétés de Philosophie de langue française (ASPLF), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, 21-25 août 2012*, Louvain-la-Neuve, Peeters, 2015, p. 44.

condamnés à l'exil. Pour Aristote, si l'*atimos* perdait tous ses droits politiques et sa qualification de citoyen, il continuait généralement à vivre et à travailler dans la *polis*.

On soulignera avec intérêt la méthode « négative » employée par le Stagirite qui consiste à définir ce qu'est le citoyen par ce qu'il n'est pas. On relèvera en particulier que la perte des « droits de citoyenneté » résultant de l'atimie dans sa seconde forme permet *a contrario* de répondre à la question consistant à savoir « qui est appelé citoyen et ce qu'est un citoyen »⁴²³ à part entière. L'atimie, en effet, porte indirectement sur les caractéristiques que les personnes doivent avoir pour accéder au statut de citoyen. Ceux qui violent gravement les lois de la cité portent atteinte à une des caractéristiques essentielles que l'on doit posséder pour faire partie du groupe des *politai*, à savoir la capacité à être à la fois gouvernant et gouverné, c'est-à-dire à obéir et à remplir ses devoirs civiques.

L'atimie nous renseigne plus généralement sur la conception de la citoyenneté à Athènes. Paul Magnette a signalé que les différents contextes dans lesquels le mot *politeia* au sens individuel⁴²⁴ – c'est-à-dire citoyenneté – est le plus souvent utilisé ont en commun de se référer à la citoyenneté non pas dans sa *normalité* mais dans ses *exceptions*⁴²⁵. Le terme apparaît d'abord lorsque les Athéniens commencent à octroyer leur citoyenneté à des étrangers. Le citoyen nouveau est reconnu égal en droit aux autres citoyens mais son titre n'est considéré que comme une faveur honorifique s'il n'habite pas Athènes et ne profite pas des privilèges attribués. L'emploi du terme *politeia* dans ce contexte semble indiquer que la citoyenneté « n'est elle-même que lorsque l'*activité* s'ajoute au *statut* »⁴²⁶. Les termes qui concernent sa privation, seconde occurrence du terme *politeia* dans ses exceptions⁴²⁷, témoignent de la même indissociabilité du statut et de la participation qu'il recouvre. L'atimie, la privation des droits politiques qui exclut de la participation aux assemblées et aux tribunaux est *ipso facto* privation de la citoyenneté. Le statut se réfère bien à la pratique qu'il

⁴²³ *Les Politiques*, *op. cit.*, III, 1, 1275a2, tr. p. 206.

⁴²⁴ Le terme πολιτεία (*politéia*) assume plusieurs significations : « il peut désigner le droit de cité, que l'on possède, acquiert ou auquel on prétend. Il peut désigner le corps politique, entendu comme ensemble des individus concrets qui le constituent. Il peut désigner l'organisation immanente à toute cité. [...]. Il peut encore désigner une constitution formelle [...]. Enfin, chez Aristote, le terme a aussi comme on le sait une valeur normative : il désigne la constitution par excellence ». Cf. DENQUIN (Jean-Marie), « Aristote et la citoyenneté », *op. cit.* On retiendra deux sens principaux du terme de *politeia*, à savoir celui de « citoyenneté » dans sa signification individuelle et celui de « constitution-régime » dans sa dimension collective. Sur le sens de la notion, voir également BORDES (Jacqueline), *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, Paris, Les Belles Lettres, 1982.

⁴²⁵ MAGNETTE (Paul), *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, *op. cit.*, p. 23 s.

⁴²⁶ BORDES (Jacqueline), *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, *op. cit.*, p. 57 (nous soulignons).

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 79 s.

recouvre. On a affaire à une conception fonctionnaliste de la citoyenneté dans laquelle le titre est indissociable de son contenu⁴²⁸.

b. La *capitis deminutio* et l'infamie à Rome : la sanction du manquement à la *dignitas* du citoyen

Tout autre est la conception plus juridique que spécifiquement politique de la citoyenneté à Rome qui s'apparente avant tout à un statut souple qui n'est pas confiné aux limites « naturelles » de la cité et qui se rapproche de ce que nous appellerions aujourd'hui la nationalité⁴²⁹. Par la naissance de la notion de *civitas*, Rome, comme cela a été le cas d'Athènes, semble avoir éprouvé le besoin d'un terme d'appartenance pour qualifier ses relations avec ses voisins, ses étrangers. La panoplie des statuts bientôt forgés autour de la *civitas* a servi dans un second temps d'instruments successifs employés par Rome dans l'unification de l'Italie, jusqu'à faire perdre à la *civitas romana* toute référence ethnique. Rome a accordé une forme diminuée de *civitas* dite *civitas sine suffragio*⁴³⁰ (dénuée de pouvoir politique) à des communautés qui bénéficient des droits des citoyens romains (à l'exception du suffrage) et qui continuent par ailleurs à relever de leur propre communauté et citoyenneté locale. Il y a donc, sous la République, une classe particulière de *cives non optimo jure*, c'est-à-dire *sine suffragio*, d'où l'on voit que la qualité de citoyen n'est pas nécessairement liée à la possession de ces droits. À la différence de ce que l'on a observé à Athènes, il convient donc de dissocier les communautés politiques des communautés juridiques : le domaine d'application de la loi s'étend au-delà des frontières politiques et n'a pas besoin d'être coextensif avec une unité territoriale donnée.

À Rome même, seuls les membres de la Cité ayant tous les attributs du *caput* (littéralement, « tête ») ont le droit de jouer un vrai rôle dans la vie sociale et politique. À cet effet, il est nécessaire de détenir à la fois le *status libertatis* (être libre, donc pas esclave), le *status civitatis* (être citoyen romain) et le *status familiae* (être chef de famille). Le droit

⁴²⁸ *Les Politiques*, *op. cit.*, III, 1, 1275a3-5, tr. p. 206-207.

⁴²⁹ BEAUD (Olivier), « Que peut apprendre un juriste de droit public en lisant Yan Thomas ? », in Paolo NAPOLI (dir.), *Aux origines des cultures juridiques européennes : Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Rome, École française de Rome, 2013, p. 117-149.

⁴³⁰ HUMBERT (Michel), *Municipium et civitas sine suffragio. L'organisation de la conquête jusqu'à la guerre sociale*, Publications de l'École Française de Rome, 1978 ; du même auteur, v. « L'accès à la citoyenneté dans la Rome républicaine : entre principes juridiques et contraintes politiques », in Olivier BEAUD et François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance au corps politique*, *op. cit.*

romain considère autrement dit trois choses dans chaque personne, à savoir la liberté, le droit de cité et la famille⁴³¹. Quand un homme réunit ces trois qualités, on l'appelle *caput* parce qu'il est compté dans les assemblées du peuple, comme une tête, comme un citoyen qui a part aux délibérations et dont la voix influe dans les décisions. On appelle aussi *caput* l'état du citoyen, la réunion des qualités qui constituent le citoyen et qui lui donnent droit de voix délibératives dans les assemblées ; et quand il perd une de ces qualités, comme cette perte diminue nécessairement ses facultés, et retranche quelque chose de la totalité de son état, on appelle ce changement *capitis deminutio*, en sorte que ces termes, dans les lois romaines, indiquent une altération survenue dans l'état d'un citoyen et allant au détriment de l'état de celui qui le subit. La *capitis deminutio* est donc la perte d'un des trois éléments mentionnés.

Cette *capitis deminutio* est *maxima*, *media* ou *minima* selon qu'il s'agit d'un changement du *status familiae*, du *status civitatis* ou du *status libertatis*. La *capitis deminutio maxima*, ou anéantissement de la personnalité juridique, résulte de tous les événements qui font perdre la liberté : elle a lieu quand le citoyen devient esclave ou lorsqu'il est condamné à mort ou aux travaux forcés. La personnalité juridique est alors totalement anéantie. On parle de *capitis deminutio media* lorsque, sans perdre la liberté, on perd les droits de cité et par conséquent de famille. Il est donc possible d'être libre sans être citoyen romain. C'est cette *capitis deminutio media* que l'on traduit, au Moyen-Âge, avec des adaptations, par le concept de mort civile. La *capitis deminutio maxima* correspondrait par différence davantage à l'état de « hors de la loi » qui entraîne la perte de tous les droits civils et s'accompagne souvent d'une condamnation à mort ou à l'exil. Aussi est-ce essentiellement à la forme *media* que l'on se référera lorsque l'on comparera la mort civile sous l'Ancien droit avec les institutions romaines. La *capitis deminutio minima*, pour finir, se produit quand un individu, tout en restant libre et citoyen, perd ses droits de famille. Aussi a-t-elle lieu quand une personne *sui juris* passe sous puissance domestique et devient *alieni juris* par suite, par exemple, d'une adrogation.

Ce qu'on appellera la « mort civile » est l'accessoire de différentes condamnations. La condamnation à la peine de mort entraîne nécessairement la perte de la liberté et du droit de cité. Elle résulte également de la peine de l'interdiction de l'eau et du feu : on regarde comme retranchés de la société ceux qu'il est défendu d'assister de l'usage de deux choses si nécessaires à la vie naturelle. Ils se trouvent par là obligés de sortir des terres de la domination

⁴³¹ V. VON SAVIGNY (Friedrich Carl), *Traité de droit romain*, trad. Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, t. 2, 1841 ; RICHER (François), *Traité de la mort civile*, Paris, Chez Durand, 1755, p. 7-14 et p. 18-25.

des Romains. Le bannissement perpétuel, la condamnation aux travaux publics perpétuels et, sous l'Empire, la déportation, entraînent également la perte du droit de cité. Si ces peines laissent la liberté naturelle intacte, le citoyen qui les subit n'en est pas moins considéré comme « civilement mort ». Les effets de la « mort civile » dérivant d'une condamnation pénale peuvent cesser par différents moyens. Celle-ci ne peut être révoquée par le juge ayant prononcé la condamnation. Tout au plus le condamné peut-il espérer être gracié par le prince, entièrement ou en partie. Cette dernière hypothèse n'advient cependant que rarement, l'infamie entraînée par le crime subsistant généralement.

La « mort civile » du *capite minutus* détruit donc sa personnalité légale. Mais la capacité de droit peut être restreinte, en dehors de la *capitis deminutio*, par certaines causes qui, tout en laissant la personnalité, portent atteinte à l'honorabilité de l'individu⁴³². L'*existimatio* à Rome est intimement liée à la qualité de citoyen romain et est représentée par la *dignitas* qui ne peut appartenir qu'à celui qui, faisant partie intégrante du peuple, participe à la *majestas populi romani*. Celle-ci ne peut subir une atteinte sans que le droit de cité en souffre aussitôt. L'*existimatio* est donc chez les Romains une partie inséparable du *status civilis* qui peut se dégrader ou se perdre en cas d'infamie, laquelle entraîne une dégradation dans la hiérarchie civique. L'infamie est une forme particulière de discrédit. « Issu de la désapprobation de la communauté à l'égard de la conduite ou du mode de vie d'un de ses membres, il [le discrédit] est officialisé par une instance publique ce qui entraîne, outre l'opprobre, une diminution des capacités et du rang dans la hiérarchie civique »⁴³³. L'infamie, qui « était [donc] avant tout la reconnaissance officielle d'une nouvelle identité sociale réorganisant les rapports du citoyen avec le reste de la communauté et avec l'État »⁴³⁴, est la contrepartie négative de la *dignitas* du citoyen romain. Elle a structuré pendant longtemps l'ensemble de la société romaine, par où l'on entend qu'elle ne concernait pas au départ que les criminels mais était susceptible de s'appliquer à tout citoyen qui ne respectait pas les *bonnes mœurs* (les *mores*), capitales dans une République.

⁴³² Sur l'infamie à Rome, v. MOMMSEN (Théodore), *Le droit pénal romain*, trad. J. Duquesne, Paris, Albert Fontemoing Éd., t. 3, 1907, p. 345-350 ; VON SAVIGNY (Friedrich Carl), *Traité de droit romain, op. cit.*, p. 169 s. ; HEPP (Eugène), *De la Note d'infamie en droit romain*, Paris, Auguste Durand, 1862 ; GUICHETEAU (G.), *Droit romain : de la Note d'infamie. Droit français : de la Discipline dans la magistrature*, th. doct., Rennes, Ch. Oberthur et fils, 1875. On se référera également à la thèse de de doctorat d'Histoire de BUR (Clément), *La citoyenneté dégradée. Une histoire de l'infamie à Rome (312 av. J.-C.-96 ap. J.-C.)*, Rome, École française de Rome, 2018.

⁴³³ Cette citation est tirée de la « position de thèse » de Clément Bur accessible sur le site : <https://criminocorpus.hypotheses.org/7444> (consulté le 28 déc. 2019).

⁴³⁴ *Ibid.*

Avant de se juridiciser et de se pénaliser, l'infamie à Rome a consisté, pour des magistrats, les censeurs, à classer les citoyens et à leur attribuer un rang dans la cité en se fondant sur le *regimen morum*, sur la surveillance des bonnes mœurs⁴³⁵. L'objectif est double : « humilier le citoyen indigne, chose d'autant plus importante dans une société où l'honneur tenait une place centrale, et restreindre en conséquence le poids de sa participation à la vie civique, tout en maintenant son niveau d'imposition »⁴³⁶. Il faut savoir qu'à la fin du IV^e siècle s'est formé un système de hiérarchie civique, à la fois censitaire et morale, reposant autrement dit sur la fortune et la *dignitas*. Dans ce cadre nouveau, dans lequel une plus large fraction de citoyens est appelée à jouer un rôle actif, les censeurs qui procèdent tous les cinq ans environ au classement des citoyens afin de les recenser et d'adjudiquer des contrats publics, utilisent les cérémonies de dégradation statutaire pour restreindre la participation des indignes à la vie civique. Dans sa thèse sur *La citoyenneté dégradée. Recherches sur l'infamie à Rome de 312 av. J.-C. à 96 ap. J.-C.*, Clément Bur a souligné que si la citoyenneté romaine apportait son lot de privilèges, elle réclamait à celui qui la revendiquait une certaine *dignité* pour être exercée pleinement. Ceux qui s'en montraient incapables devaient se contenter d'une version amoindrie.

Le citoyen indigne était relégué avec les *humillimi*, les affranchis et les citoyens de fraîche date dont la parole était suspecte, l'avis négligeable et les possibilités de servir la cité moindres. On l'inscrivait dans une centurie défavorisée de la cinquième classe, parmi les *aerarii*. Les censeurs lui refusaient de la sorte le droit de participer activement à la vie civique. Il devait néanmoins toujours s'acquitter de ses devoirs fiscaux et militaires. La question de savoir si les *aerarii* perdaient leur droit de vote est encore débattue aujourd'hui. Pour Clément Bur⁴³⁷, qui s'oppose à une partie de la doctrine, on ne pouvait pas perdre le droit de vote à Rome à l'issue du *regimen morum*. Les censeurs n'excluaient pas à proprement parler de la communauté : ils dégradaient.

Cette infamie qui servira de matrice à l'infamie pénale n'était pas fondée sur des textes, sur une liste de comportements qui auraient été prévus dans une loi ou un édit. Les censeurs, qui agissent à la façon de ce que H. S. Becker dans *Outsiders* appelle des « entrepreneurs de

⁴³⁵ Sur la censure républicaine et le *regimen morum*, v. BUR (Clément), *La citoyenneté dégradée, op. cit.*, p. 57 s.

⁴³⁶ BUR (Clément), « Censure et autorité à Rome », *La Vie des Idées*, 13 mars 2016, p. 3.

⁴³⁷ BUR (Clément), « Les censeurs privaient-ils du droit de vote ? Retour sur l'*aerarium facere* et le *tribu mouere* », *Mélanges de l'École française de Rome – Antiquité*, 2016, vol. 128, n° 2.

morale »⁴³⁸, sont armés d'un pouvoir absolu dans l'exercice de leurs fonctions et jouissent d'une liberté entière pour répartir les citoyens dans les différentes classes dont se compose le peuple. Le citoyen se comporte-t-il selon les attentes de la cité, attentes qui varient selon son rang ? Pour les aristocrates, qui gouvernent Rome, l'irréprochabilité que l'on attend d'eux dans tous les aspects de leur vie justifie que les censeurs s'intéressent également à leur vie privée. La vie privée est conçue comme un bon indicateur de la capacité à gérer les affaires publiques⁴³⁹. Les censeurs excluent les aristocrates des ordres privilégiés ou leur en refusent l'accès. Plus on s'élève dans la hiérarchie civique, plus l'enquête est rigoureuse. En revanche, pour les simples citoyens, les motifs de dégradation relèvent avant tout de la vie publique : irrespect envers les magistrats ou mauvais accomplissement du service militaire⁴⁴⁰. Si tous sont concernés par l'infamie, il apparaît que les aristocrates en font majoritairement l'objet. L'infamie sert à discipliner les sénateurs et les chevaliers qui gouvernent Rome. Ce contrôle de la classe dirigeante qui n'est pas fondée sur le sang est fondamental dans la mesure où seuls son respect exemplaire du *mos maiorum* et son dévouement envers les intérêts de la cité justifient sa situation au sommet de la hiérarchie civique et lui permettent d'asseoir sa domination sur le peuple romain. La dignité des sénateurs, et dans une moindre mesure des chevaliers, fonde leur *auctoritas*. La surveillance des censeurs suscite la confiance du peuple pour ses dirigeants, indispensable au consensus républicain.

En raison, d'une part, de l'accroissement de la population qui complique le maintien de procédures fondées sur la connaissance interpersonnelle ; en raison, d'autre part, des guerres civiles qui font craindre leur instrumentalisation, on a assisté progressivement au développement d'une infamie fondée sur des textes normatifs, en particulier sur la législation pénale. Le système des censeurs et l'infamie pénale ont pendant un temps coexisté. En vertu de la législation pénale, l'*existimatio* pouvait diminuer ou s'éteindre par suite d'une peine infligée à l'individu. Tandis que les peines capitales anéantissent entièrement l'*existimatio* par la raison qu'elles ont toujours pour conséquence de faire perdre au condamné tout au moins le droit de cité, les peines non capitales ne font que diminuer cette *existimatio* et à des degrés différents suivant la peine. L'infamie, de toutes les *existimationis minutiones*, est la plus importante. Elle entraîne l'incapacité d'ester en justice, l'inéligibilité aux magistratures, la

⁴³⁸ BECKER (Howard S.), *Outsiders : études de sociologie de la déviance*, A. M. Métailié, Paris, 1985, p. 171-185.

⁴³⁹ BUR (Clément), « Censure et autorité à Rome », *op. cit.*, p. 4.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 4-5.

privation des droits électoraux. Contrairement à l'infamie des censeurs qui ne punissaient pas mais classaient, il s'agit là d'une véritable sanction pouvant être prononcée expressément comme peine principale ou implicitement et comme accessoire à une autre peine.

L'infamie censoriale, si elle n'est pas punitive, éclaire les raisons pour lesquelles on a dans un second temps commencé à priver les condamnés de leurs droits de participation. La citoyenneté romaine se pense comme une *dignitas*, un statut honorifique qui implique de s'en montrer digne. La privation des droits politiques des condamnés permet de moraliser la République en s'assurant des vertus individuelles des citoyens⁴⁴¹. Ainsi que nous l'exposerons dans le troisième chapitre, cette conception antique, si elle a nécessairement évolué, sous-tend, avec le modèle grec des devoirs, la notion moderne de citoyenneté. On la conceptualisera, à partir de l'étude du droit positif, comme une Dignité ou fonction publique au sens romain du terme.

2. Les peines dans l'Ancien droit : l'héritage du droit romain et du droit canonique

Le droit pénal romain, à l'instar de son droit civil, a eu un large rayonnement géographique et a fortement influencé les systèmes de droit occidentaux. Ainsi, certaines institutions de droit civil romain, en lien avec la justice pénale, sont invoquées pour fonder des institutions du droit moderne. C'est notamment le cas de la mort civile dont on s'accorde à considérer qu'elle est un « héritage de la civilisation romaine »⁴⁴². Les juristes de l'Ancien droit se sont inspirés de textes romains qui comparent l'esclave à un mort afin d'imaginer une fiction, la mort civile, destinée à remplacer la servitude de la peine à l'égard des condamnés à mort ou aux galères perpétuelles. Domat définit en ce sens la mort civile comme « l'état de ceux qui sont condamnés à mort, ou à d'autres peines qui emportent la confiscation des biens.

⁴⁴¹ On soulignera qu'au-delà de la moralisation de la République, on avait perçu que l'infamie, qui se fonde sur l'honneur, était un ressort d'obéissance à la loi et donc une technique de gouvernement. L'idée qui dominait la notion d'infamie était que, pour assurer le respect des lois, deux solutions existaient, soit la contrainte, soit la persuasion, mais qu'une troisième voie pouvait renforcer l'efficacité des premières : le sentiment de l'honneur. C'est ce qu'avait bien identifié Cicéron qui, dans le *De Republica*, évoque « les cités dans lesquelles les meilleurs des citoyens recherchent la gloire et l'honneur et fuient l'infamie et le déshonneur », ajoutant : « ils sont moins retenus par la crainte du châtement établi par les lois que par le sentiment de l'honneur que la nature a donné à l'homme en quelque sorte pour lui faire craindre un blâme justifié » : v. CICÉRON, *De Republica*, V, 4, 6. Traduit et cité par DUCOS (Michèle), « La crainte de l'infamie et l'obéissance à la loi », in *Revue des études latines*, 1979, p. 145. L'honneur est donc un ressort de l'obéissance, que sa distribution soit positive ou négative. Contrairement à la célèbre distinction de Montesquieu selon laquelle l'honneur serait le ressort de la monarchie là où la vertu serait celui de la République, l'honneur est un principe du gouvernement républicain. V. MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Paris, Classiques Garnier, 2011.

⁴⁴² STEINMETZ (Caroline), « Contribution à l'étude de la mort civile », *op. cit.*, p. 328.

Ce qui fait que cet état est comparé à la mort naturelle, parce qu'il retranche de la société, et de la vie civile, ceux qui y tombent, et les rend comme esclave de la peine qui leur est imposée »⁴⁴³.

Cette définition de la mort civile n'a pas été sans susciter de fortes critiques⁴⁴⁴. D'aucuns considèrent en effet que les anciens juriconsultes ont puisé le nom et l'idée de mort civile dans des lois romaines mal interprétées : « sans tenir compte des réformes opérées dans cette partie du droit par les derniers empereurs, on s'empara de certains textes qui comparaient l'esclave à un mort, pour imaginer une fiction destinée à remplacer la servitude de la peine, à l'égard des condamnés à mort et aux galères à perpétuité »⁴⁴⁵. On reproche à ces juriconsultes en général, et à Domat en particulier « [d'avoir faussé] constamment la pureté des doctrines romaines pour les adapter à la société française de [leur] époque, et de ne s'être jamais éclairé par une judicieuse critique historique »⁴⁴⁶. Les lois françaises, en effet, n'admettent nullement l'esclavage sur le territoire continental. Aussi était-il juridiquement problématique de conserver une sanction emportant la perte totale de la personnalité juridique. Ces remarques mettent incidemment en évidence la filiation qui existe, en matière de peines privatives des droits politiques et civils, entre l'Antiquité romaine précédemment décrite et l'Ancien droit, tant en ce qui concerne la mort civile (a) que les peines infamantes (b). Outre le droit romain, on relèvera également une influence du droit canonique⁴⁴⁷.

a. La mort civile : l'assimilation du condamné au profès fondée sur la rupture du contrat

La mort civile a d'abord été imaginée par les juristes médiévaux pour définir les conséquences juridiques des vœux religieux perpétuels⁴⁴⁸. Ainsi que le relève Pothier dans

⁴⁴³ DOMAT (Jean), *Œuvres complètes de J. Domat*, t. 1, Paris, Firmin-Didot père et fils ; Vve Béchet ; Fayé et Cie, 1828-1830, p. 106.

⁴⁴⁴ MOLINIER (Victor), « Observations sur la proposition d'abolir la mort civile », *Revue de droit français et étranger*, 1850, t. 7, p. 376.

⁴⁴⁵ HUMBERT (Gustave Amédée), *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes en droit romain et en droit français*, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁴⁶ STEINMETZ (Caroline), « Contribution à l'étude de la mort civile », *op. cit.*, p. 330.

⁴⁴⁷ Sur la perpétuation de la tradition de l'infamie par le droit canonique, v. BEIGNIER (Bernard), *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1995, p. 345.

⁴⁴⁸ Sur le sujet, voir RICHER (François), *Traité de la mort civile*, *op. cit.* ; v. également DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR (Edmond), *Recherches sur l'histoire de la mort civile des religieux. Des origines au XVI^e siècle*, Rennes, Impr. Eugène Prost, 1910 ; LANDRY (Charles), *La Mort civile des religieux dans l'ancien droit français. Étude historique et critique*, Paris, A. Picard et fils, 1900. On se reportera également à SAINT-BONNET (François), « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa », *op. cit.*

son *Traité des personnes*, « on distingue, si l'on considère la cause qui produit la mort civile, deux sortes de morts civilement : les uns sont ceux qui ont encouru la mort civile par l'abdication volontaire qu'ils ont faite d'eux-mêmes des droits de la vie civile, par leur profession dans un ordre religieux ; les autres sont ceux qui ont encouru la mort civile par la condamnation à une peine dont elle est la suite nécessaire »⁴⁴⁹. Les premiers sont considérés comme « mort au siècle », ou encore morts *spiritualiter*. La doctrine théologique distingue ces derniers des morts *naturaliter* et des morts *poenaliter*⁴⁵⁰. Le mort *naturaliter*, le mort *poenaliter* et le mort *spiritualiter* désignent respectivement celui qui décède physiquement, celui qui est privé de tous ses droits à cause d'une condamnation et celui qui quitte le siècle pour vivre religieusement. Les Pères de l'Église comparent ce dernier aux anges ou encore aux étrangers. Par ces comparaisons, l'idée est « toujours de souligner le détachement de la personne avec les biens, avec le territoire, avec la communauté politique et avec les institutions "terrestres" qui la régissent »⁴⁵¹.

L'assimilation de la vie religieuse à la mort remonte aux origines du monachisme. Un des traits essentiels du monachisme est la pauvreté religieuse, la désappropriation totale. Ainsi, dès le début du monachisme se rencontre l'idée que le religieux doit être mort au monde, c'est-à-dire dégagé des choses de la terre et ne rien posséder en propre. Il en résulte, pour le religieux, une obligation, avant d'intégrer le monastère, de faire don de ses biens en principe aux pauvres. C'est le Code Théodosien qui le premier, a abordé le sort des biens du moine, *mort intestat* sans laisser d'héritiers. Ceux-ci reviennent au monastère mais le moine conserve sa personnalité juridique et n'est encore frappé d'aucune incapacité. En revanche, pour l'Empereur Justinien, la personnalité du profès passe au monastère en même temps que son patrimoine et ce transfert est définitif. Cette mort au monde du religieux hérite le régime juridique de la *dedicatio* romaine dont les conséquences patrimoniales sont l'ouverture de la succession au profit de la communauté à laquelle on appartient. Ainsi les monastères recueillent tous les biens de leurs moines, ce qui n'est pas sans porter préjudice aux familles des religieux. Dans le nord de la France, en pays de coutume, on a contesté cette règle de la *dedicatio* à partir du XIII^e en invoquant précisément la nécessité de maintenir l'unité du patrimoine des familles. La mort civile est donc justifiée par des raisons économiques : selon

⁴⁴⁹ POTHIER (Robert-Joseph), *Traité des personnes*, t. 3, cité par POLLISSARD (Augustin), *Des déchéances et incapacités pénales en droit français*, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁵⁰ V. SAINT-BONNET (François), « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa », *op. cit.*

⁴⁵¹ *Ibid.*

Ingrid Maria, « la fiction de la mort civile est instaurée pour régler le conflit existant, dès l'Antiquité chrétienne, entre les monastères qui recueillaient tous les biens de leurs moines et les familles de ces derniers. Cette fiction aboutissait à la conservation des biens des religieux dans les familles »⁴⁵². On notera qu'outre l'argument économique des familles, on avait critiqué la règle de la *dedicatio* au motif que si l'Église succède aux particuliers, jamais personne ne succède à l'Église. Or, si les ordres avaient pu indéfiniment hériter sans que jamais quiconque n'hérite d'eux, « il serait arrivé par succession de temps que tous les biens du royaume auraient été engloutis par les monastères »⁴⁵³. Cette conclusion, instituant une sorte de théocratie, ne pouvait être acceptée. La société civile, économiquement réglée, devait défendre sa logique et son organisation propres.

Au cours du XIII^e siècle, la jurisprudence du Grand Échiquier de Normandie et du Parlement de Paris ont alors appliqué la règle de la mort civile. À la Renaissance, la monarchie absolue décide de généraliser le régime de la mort civile du religieux. L'édit de Chateaubriand de mai 1532 est une extension de ce régime au Dauphiné mais il est interprété comme sa généralisation à tout le royaume⁴⁵⁴. L'énonciation des vœux perpétuels provoque dès lors l'ouverture de la succession du futur profès au bénéfice de ses héritiers de droit commun. Celui-ci est dépouillé de l'ensemble de ses autres « droits civils ».

La mort civile du religieux se justifie donc d'un point de vue économique, mais également d'un point de vue politique. C'est d'ailleurs cette justification politique qui permet de comprendre l'assimilation qui va être faite entre le statut des profès et celui des condamnés. Comme les condamnés à certaines peines, les religieux doivent être considérés comme morts civilement dans la mesure où leur engagement à n'obéir qu'à la loi de Dieu, leur « contrat vis-à-vis de Dieu »⁴⁵⁵ est perçu comme incompatible avec ce que Richer nomme dans son *Traité de la mort civile* un « contrat vis-à-vis du public » que l'on désignera bientôt comme le « contrat social » : « le premier [contrat] est si exclusif qu'il va jusqu'à une rupture du second, une "abdication" de l' « être civil »⁴⁵⁶. François Saint-Bonnet a relevé qu'il n'est

⁴⁵² MARIA (Ingrid), *Les incapacités de jouissance : étude critique d'une catégorie doctrinale*, Paris, Defrénois-Lextenso, 2010, p. 87-88.

⁴⁵³ RICHER (François), *Traité de la mort civile*, *op. cit.*, p. 677.

⁴⁵⁴ SAINT-BONNET (François), « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa », *op. cit.*

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ « La première est que le vœu de pauvreté, que prononcent les religieux en faisant profession, est un contrat non seulement vis-à-vis du Dieu, mais vis-à-vis du public. Ce contrat contient de leur part une abdication

pas anodin que le texte qui généralise la mort civile aux religieux – l’édit de Chateaubriand – intervienne « en un siècle où le royaume se constitue en véritable communauté politique consciente d’elle-même »⁴⁵⁷, à un moment où « le lien de sujétion direct au monarque tend à subjuguier l’écran féodal et à faire naître, sinon une "nation France" au sens du XIX^e siècle, au moins une communauté de sujets conscients d’appartenir à un groupe singulier »⁴⁵⁸. L’engagement envers Dieu manifeste dès lors la rupture du lien de sujétion au monarque qui sera remplacé par le contrat social. Pour Richer, on ne peut donc être à la fois dans le monde et hors du monde. En le quittant, on renonce à « tous les avantages de la vie civile » et par conséquent, on « *abdique la qualité de citoyen*, et tous les avantages mondains, qui en sont la suite »⁴⁵⁹. Quand bien même la citoyenneté d’Ancien Régime n’emportait aucun droit politique, elle était « signe d’appartenance au groupe des sujets du roi, mais aussi au groupe des sujets de droit, comme tels titulaires de droits civils »⁴⁶⁰.

La Révolution abolira les vœux solennels qui constituaient, selon le mot de Garat, un véritable « suicide civil »⁴⁶¹. On mettra du même coup fin à la mort civile des religieux. S’ils sont rétablis dans leurs droits civils, l’instruction du 12 août 1790 qui précise les conditions de formation des assemblées primaires les écarte cependant du droit de suffrage. C’est seulement en l’an VIII que les religieux cloîtrés sont formellement admis à participer aux assemblées primaires.

Par assimilation entre la rupture du « contrat vis-à-vis du public » résultant ou de l’engagement envers Dieu, ou de la commission d’une infraction pénale, le statut de mort civile du religieux a été appliqué par les criminalistes et la jurisprudence aux condamnés⁴⁶². Très proche de la *capitis deminutio media* de droit romain, cette sanction coutumière est introduite rapidement en droit français, notamment par l’Ordonnance criminelle de 1670. Calquée sur la mort naturelle, la mort civile doit être nécessairement définitive, autrement dit perpétuelle : « la mort civile est une fiction par laquelle on regarde celui qui l’a encourue

solennelle de leur être civil ; et un engagement vis-à-vis du monde, avec qui ils rompent dès lors tout commerce, de renoncer à ses avantages temporels » (RICHER François, *Traité de la mort civile*, *op. cit.*, p. 677).

⁴⁵⁷ SAINT-BONNET (François), « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa », *op. cit.*

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ RICHER (François), *Traité de la mort civile*, *op. cit.*, p. 546 (nous soulignons).

⁴⁶⁰ SAINT-BONNET (François), « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa », *op. cit.*

⁴⁶¹ Cité par ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁶² RENAULT (Marie-Hélène), « Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste citoyen à part entière », *RSC*, n° 2, 1998, p. 265-277.

comme mort naturellement relativement au droit civil [...]. Or c'est une maxime certaine en matière de fiction qu'elle doit totalement imiter la vérité et en prendre tellement les apparences que la fiction disparaisse. C'est pourquoi, comme on ne peut pas être mort naturellement pour un temps, de même, quand on est mort civilement, on l'est pour toujours »⁴⁶³. Aussi n'accompagne-t-elle jamais les condamnations à temps. Elle s'applique aux condamnés à mort par contumace et aux condamnés à perpétuité, à savoir les bannis, les galériens et tous les détenus en maison de force.

Par cette « identité de statut entre le condamné [...] et le profès [qui] éclaire de manière saisissante l'idée d'*extériorité* ou d'*extranéité* par rapport à la communauté politique »⁴⁶⁴, est ainsi mise en évidence ce qui constituera l'une des grandes justifications des peines privatives des droits politique, la rupture du contrat social.

b. L'infamie : l'assimilation du condamné à l'hérétique fondée sur la protection de la Cité contre la contamination

Alors que la mort civile ne concernait que les condamnés perpétuels, l'infamie était la suite nécessaire d'un nombre beaucoup plus important de condamnations. Comme à Rome, l'infamie n'est pas seulement une notion morale ou sociale, mais un statut juridique déterminé. Comme à Rome encore, la doctrine médiévale distingue deux types d'infamie⁴⁶⁵. L'infamie de fait résulte de l'opinion commune tenant telle personne ou telle activité pour infamante. « Quoiqu'il n'y ait aucun jugement qui déclare infâmes ceux qui font quelque action basse et indigne d'un homme d'honneur, ils sont toujours bannis et exclus de la société des gens honnêtes » ; ils sont « comme exclus de la vie civile et politique, qui consiste dans l'intégrité de l'honneur, et de la réputation à laquelle toutes les atteintes sont mortelles ou du moins incurables »⁴⁶⁶. L'infamie de droit résulte quant à elle de la loi romaine ou canonique ou d'une condamnation en justice et emporte des conséquences juridiques précises. Les peines infamantes peuvent être associées à une peine afflictive ou être prononcées à titre principal.

⁴⁶³ RICHER (François), *Traité de la mort civile*, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁶⁴ SAINT-BONNET (François), « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa », *op. cit.* (nous soulignons).

⁴⁶⁵ MERLIN (Philippe-Antoine), V° « Infamie », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 3^{ème} éd. Paris, Garnery, 1827, t. 8, p. 24-26.

⁴⁶⁶ Ferrière, cité par MERLIN, *ibid.*, p. 24.

Dans l'Ancien droit, on distinguait, comme nous l'avons dit dans le chapitre premier, de nombreuses peines simplement infamantes, à « savoir, la mort civile, la condamnation de la mémoire, le blâme, la dégradation de noblesse, l'interdiction perpétuelle ou privation d'office »⁴⁶⁷. Il importe de relever que certaines de ces peines infamantes ne pouvaient s'appliquer qu'à certaines classes de la société : il en va ainsi de la dégradation de la noblesse, des ordres sacrés⁴⁶⁸ et de la dégradation militaire. La dégradation « signifie destitution ignominieuse d'un ordre, d'une qualité ou d'une *dignité* dans le cas d'une condamnation »⁴⁶⁹. Les prêtres, les nobles et les militaires condamnés pénalement doivent, préalablement à l'exécution du jugement, être dépouillés de toute marque extérieure de leur état afin que leur condamnation ne porte pas atteinte à l'ensemble de la classe à laquelle ils appartiennent : « où le vilain perdrait la vie ou membres de son corps, le noble perdrait l'honneur en réponse de cour »⁴⁷⁰. Après avoir été amené de la conciergerie en la grande chambre, toutes les chambres du parlement étant assemblées et les portes ouvertes, et avoir entendu la lecture de son arrêt qui le bannissait à perpétuité, un conseiller au Parlement dégradé publiquement le 15 avril 1693⁴⁷¹ dut par exemple remettre son bonnet, sa robe et autres marques de magistrature aux huissiers. À ces peines s'en ajoutent d'autres qui, sans être exclusivement infamantes, le sont aussi. On citera, par ordre de fréquence, le pilori, la course avec ou sans fustigation, la fustigation simple, le plongeon dans la corbeille, la course sur l'âne, la marque avec la fleur de lys ou la lettre indiquant le crime commis ainsi que la récidive.

On notera que lorsqu'elles sont associées à une peine afflictive, les peines dites infamantes instituent un rituel imposant une flétrissure supplémentaire au corps du condamné avant qu'il ne soit supplicié. Elles symbolisent alors « une forme archaïque de casier

⁴⁶⁷ MUYART DE VOUGLANS (Pierre-François), *Les Loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, Neufchâtel, La Société typographique, 1781, vol. 2, p. 68. Ces peines infamantes de droit peuvent être distinguées des peines infamantes de fait qui « sans flétrir entièrement le condamné ne laissent que de le tenir de manière que l'estime des honnêtes gens s'en trouve notablement diminuée » (admonition, réparation d'honneur, abstention de certains lieux, etc.).

⁴⁶⁸ Pour ce qui est de la dégradation qui emporte privation absolue de dignité ou d'office, on a pensé dès les premiers siècles de l'Église qu'elle était nécessaire avant de livrer un prêtre à l'exécuteur de justice, à cause de l'onction sacrée qu'il avait reçue. On considérait qu'avec la dégradation, l'onction leur était retirée et que l'Église elle-même les rendait au bras séculier pour être traités selon les lois comme le commun des hommes.

⁴⁶⁹ DE FERRIÈRE (Claude Joseph), V° « Dégradation », *Dictionnaire de droit et de pratique : contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique ; avec les juridictions de France*, vol. 1, Toulouse, J. Duplex, 1779, p. 489 (nous soulignons).

⁴⁷⁰ LOYSEL, cité in DE PASTORET (Emmanuel), *Des loix pénales*, Paris, Buisson, 1790, t. 2, p. 62.

⁴⁷¹ V° « Dégradation », *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, dédiée et présentée à monseigneur Hue de Miromesnil, Garde des sceaux de France, t. 1, 1782-1791, p. 555.

judiciaire gravé au fer rouge sur le corps de l'*homo criminalis* »⁴⁷². L'infamie cherche à marquer dans son corps l'exclusion du condamné. La perte du statut de citoyen ne suffit pas, il faut encore que celle-ci soit affichée pour que l'objectif d'exemplification soit pleinement atteint. Généralement, ces sévices étaient appliqués dans des conditions spectaculaires, les principaux objectifs de l'infamie étant d'impressionner la population, de dissuader les criminels potentiels et d'exclure définitivement le condamné du corps social. « Dramatisée par cette infamie signalétique, obligatoire sous peine de fouet, l'identification du réprouvé veut *protéger la cité contre la contamination*. Malade, pécheur ou criminel, l'individu flétri se signale à l'opprobre public : marque corporelle, tonsure, costume de la honte, cavalcade ridicule sur un âne avec un chapeau de paille, écriteau d'infamie mentionnant le délit commis et la peine subie »⁴⁷³. À l'image du démembrement du corps social qui résulte de la dissidence du criminel, son corps fait l'objet d'un démembrement métaphorique ou réel. S'il est condamné à mort, son cadavre peut être profané et son corps enterré dans des conditions contraires à l'honneur. Ce faisant, c'est aussi la famille du condamné qui est déshonorée, les sévices imposés au criminel infâme se voulant une marque perpétuelle sur sa personne⁴⁷⁴.

Quelles sont les conséquences juridiques de l'infamie ? En 1184, dans la décrétale *Ad abolendam*, Lucius III a appliqué le statut d'infamie aux hérétiques et à leurs soutiens et en a rappelé le contenu classique, qui existait déjà à Rome : l'exclusion des « offices publics » (X, V, 7, 9)⁴⁷⁵. Cette définition est reprise et amplifiée en 1199 par Innocent III dans la décrétale *Vergentis* : « que [les hérétiques] ne soient admis ni aux offices publics, ni dans les conseils de la cité ; qu'ils ne puissent être électeurs ; qu'ils ne puissent ni faire un testament, ni bénéficier d'un legs ou d'une succession quelconque. Que personne ne soit tenu de leur répondre en justice sur quelque affaire que ce soit. Si [l'hérétique] est juge, que sa sentence soit nulle et de nul effet ; s'il est avocat, que son intervention ne soit pas admise ; s'il est notaire, que les instruments qu'il a rédigés soient considérés comme nuls » (X, V, 7, 10). Tout cela est résumé à la fin du XIII^e siècle par une « règle » du Sexte : *Infamibus portae non pateant dignitatum*, « les portes des dignités sont fermées aux infâmes » (Sexte, V, de reg. Juris, 87. Nous soulignons). Ces incapacités se retrouvent pour beaucoup en droit laïc. Les infâmes, comme dans l'Antiquité, sont déchus « de ce qui est fondé sur la réputation et

⁴⁷² PORRET (Michel) « Atténuer le mal de l'infamie : le réformisme conservateur de Pierre François Muyart de Vouglans », *Crime, Histoire et Sociétés*, vol. 4, n° 2, 2000, p. 198.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 97 (nous soulignons).

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 111, note 378.

⁴⁷⁵ CARBASSE (Jean-Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 308.

l'honneur », c'est-à-dire d'abord de la capacité à occuper des charges publiques, mais aussi de celle de témoigner en justice. Sachant que le témoignage représente au Moyen-Âge la preuve par excellence, témoigner apparaît comme un honneur auquel ne peuvent prétendre les infâmes de droit pour cause d'indignité. On peut donc dire, en suivant Jean-Marie Carbasse, que « la théorie des témoins reprochables, inventée en matière civile par les juristes du droit savant, est passée dans le droit pénal pour aggraver la répression »⁴⁷⁶.

Le principe de l'infamie du droit canonique, dont il résulte que « les portes des *dignités* sont fermées aux infâmes », met en évidence comme à Rome le lien qui sera exploré dans notre troisième chapitre entre la notion de « dignités » au sens romain de « *dignitas* », c'est-à-dire de charge publique qui confère de l'honneur et implique des obligations, et l'exclusion de la communauté.

B. Les peines de privation des droits civiques dans les codes pénaux modernes

Maintenues dans les codes pénaux de 1791 et de 1810 (1), les peines infamantes perdureront jusqu'à l'adoption du nouveau code pénal en 1992 (2).

1. Les peines sous l'empire des codes pénaux de 1791 et de 1810

Le principe de l'infamie (b) survit à l'abolition de la mort civile en 1854 (a).

a. La mort civile et son abolition

Supprimée des codes pénaux révolutionnaires qui avaient banni du corpus pénal les peines perpétuelles, la mort civile a été réintroduite dans la législation par le code civil de 1804. L'article 23 dispose que « la condamnation à la mort naturelle emportera la mort civile » et l'article 24 le complète en ces termes : « les autres peines afflictives perpétuelles n'emporteront la mort civile, qu'autant que la loi y aura attaché cet effet ». Il appartenait donc à la législation criminelle de donner la solution définitive de la question. Le code pénal de 1810 prévoit à cet égard en son article 18 que « les condamnations aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation emporteront la mort civile ». La mort civile est donc la conséquence de toutes les peines afflictives perpétuelles édictées par le code pénal.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

On a vu dans le chapitre premier que dès 1832, certaines voix se sont élevées à la Chambre pour supprimer cette « peine » et la remplacer, comme en Belgique, par la dégradation civique et l'interdiction légale. Ces propositions ont toutefois été ajournées. En 1850, l'Assemblée législative est de nouveau saisie par le Parlement de la question générale de l'abolition de la mort civile, alors qu'un projet de loi sur la déportation, présenté par le Gouvernement, la soulève d'un point de vue spécial. Seule la proposition spéciale est votée, portant abolition de la mort civile relativement à la déportation. L'application de la peine de la mort civile est par conséquent limitée aux travaux forcés à perpétuité et à la peine de mort. En mai 1854, l'Empereur décrète l'exécution des travaux forcés dans les colonies et prononce la suppression des bagnes. Cette innovation exigeait que l'on s'interrogeât sur le bien-fondé de la mort civile comme effet des condamnations.

Pour ses partisans, la mort civile, corollaire des plus grands châtiments réservés aux crimes majeurs, s'adapte parfaitement à l'idée de séparation matérielle et définitive du condamné de la société. L'Exposé des motifs de la loi de 1854 demande à cet égard : « n'est-il pas juste en effet de dépouiller de tous les droits qui dérivent de la vie commune et civile celui qui, par l'énormité de son attentat, a rompu tous ses liens avec la société ? »⁴⁷⁶. Les critiques sont cependant nombreuses. On reproche tout d'abord à la mort civile son origine douteuse, reposant sur un legs du droit romain. Relativement à son apparente vertu d'intimidation, on doute d'autre part de son efficacité dissuasive sur des hommes qui ne sont point effrayés par une hypothétique condamnation à mort, aux travaux forcés à perpétuité ou à la détention perpétuelle. De surcroît, n'étant pas une peine principale mais une peine accessoire attachée de plein droit aux peines susmentionnées, aucun acte d'exécution matérielle n'est nécessaire pour son application. Aussi reste-t-elle inconnue du grand public et est-elle, ce faisant, peu intimidante. On s'insurge par ailleurs contre l'immoralité de cette sanction qui contrevient au principe de personnalité des peines en ce qu'elle frappe indistinctement non seulement le condamné mais aussi l'ensemble des membres de sa famille : son mariage est en effet dissout, les enfants conçus pendant celui-ci deviennent illégitimes, etc. Pour finir, la mort civile a des conséquences irréparables pour le contumax déclaré innocent. La mort civile est abolie par la loi du 31 mai 1854. À la même époque, la

⁴⁷⁶ ROUHER, « Exposé des motifs », in DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, op. cit., t. 54, p. 285.

doctrine s'élève également contre le second type de peines qui limitent depuis l'Antiquité la jouissance des droits politiques, à savoir les peines infamantes.

b. La survie de l'infamie : la peine de la dégradation civique

Chose de prime abord suprenante pour des révolutionnaires reniant largement les principes fondateurs de l'Ancien droit incompatibles avec la nouvelle raison juridique exposée, pour le droit criminel, par la théorie de Beccaria, les peines « infamantes de droit » ou les « peines simplement infamantes » sont maintenues dans le code pénal de 1791. Bien qu'il fût un réformateur, on notera que Beccaria lui-même, dans son célèbre ouvrage *Des délits et des peines* publié en 1764, n'a pas condamné le principe de l'infamie, ce « signe de la réprobation publique qui prive le coupable de la considération générale, de la confiance de sa patrie et de cette sorte de fraternité qui lie les membres de la société »⁴⁷⁷. Celui-ci relève cependant que les peines infamantes sont utiles si elles sont utilisées avec parcimonie : « [les] peines infamantes ne doivent pas être trop fréquentes, parce que, si l'on recourt trop souvent au pouvoir de l'opinion, on affaiblit ce pouvoir ; elles ne doivent pas, d'autre part, frapper trop de gens à la fois, parce que l'infamie d'un grand nombre d'hommes se réduit à ne plus être l'infamie de personne »⁴⁷⁸. Enfin, punir par des châtiments infamants des actions qui ne seraient pas réputées infâmes, ce serait diminuer dans celles qui le sont le sentiment qu'elles doivent faire naître : « si l'on déclare infâmes des actions indifférentes en elles-mêmes, on atténue l'infamie de celles qui le sont réellement »⁴⁷⁹. Aussi l'infamie imposée par la loi doit-elle concorder avec celle « qui résulte de la nature des choses, avec la morale universelle, ou du moins avec la morale dépendant des systèmes particuliers qui régissent l'opinion publique de telle ou telle nation »⁴⁸⁰.

Répondant à la préconisation de Beccaria, les révolutionnaires n'ont conservé qu'une seule peine infamante : la dégradation civique. Michel Lepelletier de Saint-Fargeau, dans le projet de code pénal, propose « d'adopter le principe, mais de multiplier moins des formules qui, en la divisant affaiblissent cette salutaire et terrible pensée »⁴⁸¹. Si les révolutionnaires

⁴⁷⁷ BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, trad. M. Chevallier, préface R. Badinter, Flammarion, Paris, 1991, p. 114.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 115.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ LE PELLETIER DE SAINT-FARDEAU (Michel), *Rapport sur le projet du Code pénal*, *op. cit.*

semblent de prime abord s'inscrire dans la continuité de l'Ancien régime en conservant le principe de l'infamie, ils s'en éloignent donc par le nombre de peines retenues, par la suppression de l'inscription de l'infamie dans le corps du condamné torturé et par le fait que la peine qu'ils lui empruntent est celle de la « dégradation ». Or, nous l'avons vu, celle-ci ne s'appliquait qu'aux ordres élevés, à savoir à la noblesse, au clergé et aux militaires. En introduisant dans le code pénal de 1791 la dégradation civique avec son cérémonial, les juristes de la Constituante rendent visible la *dignitas* du citoyen révolutionnaire ainsi que les obligations dont cette qualité est porteuse⁴⁸².

Illustrant la thèse de James Whitman⁴⁸³ d'un « nivellement par le haut » des peines en Europe⁴⁸⁴, les révolutionnaires ont démocratisé l'honneur, valeur aristocratique par excellence de l'Ancien Régime. Ils ont fait en sorte que les peines réservées autrefois à la noblesse sous la forme de la dégradation de noblesse soient applicables à tout un chacun. Contrairement à la thèse de J. Whitman toutefois pour lequel la dégradation⁴⁸⁵, en tant que peine « humiliante » (« *shaming penalties* »), constitue l'archétype des peines qui égalisent *par le bas*, l'élévation au rang des aristocrates en France s'est faite à la faveur d'une peine infamante de dégradation. Ainsi que nous l'avons précisé cependant dans le chapitre premier, le sens que les révolutionnaires ont attaché à cette peine – qui est temporaire et vise à rendre le citoyen meilleur – diffère de la signification que prendra cette même sanction ultérieurement. À partir de la réforme pénale de 1832, la dégradation civique, qui sera une peine perpétuelle s'attachant automatiquement à toutes les condamnations criminelles, ressemblera davantage aux peines qui rabaissent les citoyens décrites par James Whitman. Pour l'auteur, la privation automatique des droits politiques à vie constitue la représentation emblématique de ce type de sanctions. Whitman indique à cet égard qu'aujourd'hui encore, aux États-Unis, « même après leur sortie de prison, les délinquants américains subissent une *dégradation de statut*. Des aspects de la *mort civile*, effectivement abolie en France et en Allemagne, s'appliquent toujours à des délinquants américains, qui perdent définitivement leurs droits politiques dans

⁴⁸² SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁸³ WHITMAN (James Q.), *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide in America and Europe*, Princeton University Press, 2003. Du même auteur, v. également « Comment expliquer la peine aux États-Unis ? », *Archives de Politique Criminelle*, n° 27, 2005/1, p. 225-233.

⁴⁸⁴ Par différence, l'égalisation s'est faite par le bas aux États-Unis, ce qui y explique, pour l'auteur, la plus grande sévérité des peines.

⁴⁸⁵ Pour l'auteur, « ni la problématique de la violence, ni la problématique de la discipline, ne suffisent pour expliquer la dynamique de la peine moderne. La *problématique de la dégradation* est elle aussi d'une importance fondamentale » (nous soulignons) : WHITMAN (James Q.), « Comment expliquer la peine aux États-Unis ? », *op. cit.*, p. 229.

certaines États fédéraux »⁴⁸⁶. Par différence, la dégradation civique envisagée par les révolutionnaires révèle que l'honneur (d'être citoyen) est une qualité désormais reconnue au sujet de plein droit. Le citoyen accède au rang d'une sorte de noblesse qui lui est conférée par ses nouveaux droits qu'il percevra comme attachée à sa personnalité et à son honneur.

La distinction entre peines afflictives et infamantes et peines simplement infamantes est reprise dans le code pénal de 1810⁴⁸⁷ qui en conserve deux – la dégradation civique et le bannissement – et maintenue à l'occasion de sa grande réforme en 1832. En la supprimant, on craignait de procéder à une révision trop profonde du code. Cette distinction n'est pas cependant exempte de critiques. Les procès-verbaux de la discussion relative aux peines infamantes dans le code pénal de 1810 révèlent d'ailleurs qu'elles ont failli disparaître. La distinction a été maintenue sur l'observation de M. Merlin que la Constitution n'attachait qu'aux seules peines infamantes la privation des droits politiques. D'aucuns, à l'instar de M. Decazes, à la Chambre des pairs, se sont interrogés de nouveau en 1832 sur « cette grave question de savoir si le Code a sagement fait d'établir la distinction des peines infamantes et des peines correctionnelles ; si c'est une sage disposition du législateur, que celle qui outrage les individus qu'elle frappe, qui les déclare infâmes alors que l'infamie n'est pas toujours attachée par l'opinion au crime dont ils se sont rendus coupables »⁴⁸⁸.

De fait, la doctrine juridique, de Ortolan à Pellegrino Rossi en passant par Garraud, est allée dans le sens de l'opinion de Decazes. On considère en premier lieu que la distinction est illusoire, toutes les peines ayant un caractère à la fois afflictif et infamant. Les caractères « afflictif » et « infamant » dérivent en effet des fonctions que les peines sont supposées remplir. Le caractère afflictif découle du but de rétribution, la peine doit être pénible, être une souffrance ou une privation pour le condamné. Le caractère infamant provient de ce que la peine doit désigner le condamné à la réprobation publique. De ce point de vue, réserver le qualificatif « afflictif » ou « infamant » à certaines peines, ainsi que le faisait l'ancien code pénal, est difficilement compréhensible. Au-delà du caractère illusoire d'une distinction, c'est

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 228 (nous soulignons).

⁴⁸⁷ Le Code pénal de 1810 a repris cette division fondamentale des infractions et son article 1^{er}, avant la réforme du début des années 1990, indiquait toujours à son troisième alinéa que « l'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime ». L'article 6 du même code précisait que « Les peines en matière criminelle sont afflictives et infamantes, ou seulement infamantes ». L'article 7 énumérait les quatre catégories de peines afflictives et infamantes : « 1° La réclusion criminelle à perpétuité ; 2° La détention criminelle à perpétuité ; 3° La réclusion criminelle à temps ; 4° La détention criminelle à temps ». L'article 8, enfin, prévoyait deux peines « seulement » infamantes : « 1° Le bannissement ; 2° La dégradation civique ».

⁴⁸⁸ *Moniteur* du 18 mars 1832, p. 777.

le principe même de l'infamie qui est critiqué. Pour Ortolan, « la réputation bonne ou mauvaise, n'est que l'œuvre de l'opinion ; or l'opinion est un fait qui échappe au pouvoir du législateur et du juge »⁴⁸⁹. Rossi rappelle dans le même sens dans son *Traité de droit pénal*⁴⁹⁰ que la conscience publique, c'est-à-dire l'opinion, comprend et juge l'immoralité des actions, apprécie mieux que la justice pénale leur valeur relative, les nuances qui doivent leur faire encourir l'éloge ou le blâme. De deux choses l'une : ou l'opinion publique, flexible à l'impulsion de la loi, déclarera avec elle infâme l'auteur de ces actes : ici, le législateur fait une chose immorale et dangereuse. Il aggrave la mesure du blâme qui est due aux actes qu'il signale, trouble les notions vraies et instinctives de la conscience publique par suite de l'influence politique qu'il exerce ; ou, comme souvent, et surtout en matière politique, le peuple entourera de son respect celui que le juge note d'infamie et le récompensera par des applaudissements. Le législateur fait un acte inutile, dès que l'opinion ne confirme pas ses décrets.

Pour la doctrine mentionnée, les peines infamantes ont par ailleurs le défaut de faire dépendre l'infamie de la forme du jugement, de l'application de la pénalité, c'est-à-dire du fait extérieur de la peine, et non de l'action elle-même, autrement dit du fait intrinsèque du crime. Or, « c'est le crime qui fait la honte ; ce n'est pas l'échafaud »⁴⁹¹. Enfin, pour ces auteurs, les peines infamantes ne renferment pas les principales propriétés que les peines doivent en général posséder pour atteindre leur but. Elles placent en effet un obstacle à peu près invincible à la réforme du condamné : la peine infamante, perpétuelle de sa nature, brise violemment tous les liens qui unissaient le condamné à la société, elle le sépare de cette société par une barrière insurmontable. Pour Bentham comme pour Rossi ou Garraud, « l'infamie, quand elle est portée à un haut degré, loin de servir la correction de l'individu, le force, pour ainsi dire, à persévérer dans la carrière du crime. C'est un effet presque naturel de la manière dont il est envisagé par la société. Sa réputation est perdue ; il ne trouve plus de confiance ni de bienveillance ; il n'a rien à espérer des hommes, et, par conséquent, rien à en craindre : son état ne saurait empirer. S'il ne peut subsister que de son travail, et que la défiance et le mépris général lui ôtent cette ressource, il n'en a pas d'autre que de se faire

⁴⁸⁹ ORTOLAN (Joseph-Louis-Elzéar), *Éléments de droit pénal*, t. 2, *op. cit.*, p. 201.

⁴⁹⁰ ROSSI (Pellegrino), *Œuvres complètes. Traité de droit pénal*, t. 2, 3^{ème} éd., Librairie de Guillaumin et Cie, 1863, p. 323-333 [désormais *Traité de droit pénal*].

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 322.

mendiant ou voleur »⁴⁹². C'est ce qu'avait déjà reproché en 1780, dans son *Mémoire sur les peines infamantes*, le très conservateur Muyart de Vouglans⁴⁹³.

2. La peine de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille dans le code pénal de 1992

Le nouveau code pénal, issu de la loi du 22 juillet 1992, modifié par la loi du 19 juillet 1993, et qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, a supprimé la peine de la dégradation civique. Cette suppression repose sur deux fondements, à savoir l'abolition de la catégorie plus générale des peines infamantes et le principe d'individualisation de la peine (b). Ces deux fondements s'expliquent eux-mêmes à la lumière de la philosophie qui anime le nouveau code pénal. Cette philosophie traduit un renversement de la hiérarchie des valeurs dans la société : c'est désormais l'homme, l'individu qui est au centre du code pénal que Badinter a lui-même qualifié de « code des droits de l'homme » (a).

a. Le renversement de la hiérarchie des valeurs protégées : un « code des droits de l'homme »

Dans l'exposé des motifs du projet de nouveau code pénal, Badinter – qui était alors à la fois le Président de la Commission de réforme du nouveau Code et Garde des Sceaux –, a insisté lourdement sur le caractère humaniste qui animait la réforme. Contrairement aux codes de 1791 et 1810 qui plaçaient en premier la protection de la chose publique, le nouveau code devait inscrire au centre du dispositif l'homme : « le nouveau code pénal doit prendre pour fin première la défense de la personne humaine et tendre à assurer son plein épanouissement en la protégeant contre toutes les atteintes, qu'elles visent sa vie, son corps, ses libertés, sa sûreté, sa dignité, son environnement. Pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau code pénal doit être un *code humaniste*, un *code inspiré par les Droits de l'Homme* »⁴⁹⁴. L'ordre de classement qui mettait au premier plan dans les codes pénaux révolutionnaires et dans le code pénal de 1810 la défense des institutions et des fonctionnements démocratiques correspondait

⁴⁹² BENTHAM (Jérémie), *Théorie des peines et des récompenses*, Londres, B. Dulau, 1811, t. 1, p. 105.

⁴⁹³ MUYART DE VOUGLANS (Pierre François), « Mémoire sur les peines infamantes », in PORRET (Michel), « Atténuer le mal de l'infamie : le réformisme conservateur de Pierre François Muyart de Vouglans », *op. cit.*, p. 105-117.

⁴⁹⁴ « Exposé des motifs » du projet de loi n° 300 portant réforme du Code pénal, Sénat, 20 févr. 1986, p. 15 (nous soulignons).

à la philosophie politique de la Révolution qui considérait que la liberté de chacun repose sur la sûreté de tous, objectif qui exige une société politique forte. « La reconnaissance de nouveaux droits aux citoyens s'accompagnait de l'énoncé d'une série de devoirs, en particulier vis-à-vis de l'instance de tutelle garante de la nouvelle citoyenneté »⁴⁹⁵. C'est à ce titre que l'État, ses institutions et ses agents en tant que principaux responsables du bien commun devaient bénéficier d'une protection prioritaire.

Alors que les « crimes et délits contre la chose publique » occupaient donc la première place dans ces codes, les « crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique » se trouvent relégués dans le nouveau code pénal après les « crimes et délits contre les personnes » et les « crimes et délits contre les biens ». La protection des droits de l'individu, de son intégrité physique et psychique et de ses biens est prioritaire, et ce sont les transgressions relatives aux rapports privés qui sont privilégiées (Livres II et III). Le secteur politique, les atteintes aux institutions publiques et à leur fonctionnement démocratique sont reléguées au deuxième plan (Livre IV). Ainsi que l'indique Geneviève Giudicelli-Delage, « dans l'ordre des préoccupations réformatrices et législatives, la chose publique n'a été envisagée que bien après les personnes et les biens »⁴⁹⁶. Le nouveau code est surtout inspiré par les droits de l'homme »⁴⁹⁷. Et de préciser, « des droits de l'homme, il propose une vision individualiste »⁴⁹⁸. Que l'*humanisme* du nouveau code soit un *individualisme*, c'est ce qu'a bien relevé également Pierre Lascoumes qui affirme que « la définition de l'ordre public ne repose plus sur une conception collective du bien commun, elle a été recentrée sur des valeurs individualistes, la personne et la propriété privée. L'homme est ici devenu la mesure égoïste de valeurs sociales plus civiles que politiques »⁴⁹⁹ : le nouveau code pénal est devenu « un code de la personne »⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ LASCOURMES (Pierre), DEPAIGNE (Anne), « Catégoriser l'ordre public : la réforme du code pénal français de 1992 », *Genèses*, n° 27, 1997, p. 16.

⁴⁹⁶ Les trois premiers livres furent déposés sur le bureau du Sénat en février 1986, le livre IV ne fut déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale qu'en juin 1991. Ce qui a fait dire à J. Toubon que ce projet de loi, dont l'élaboration a été précipitée, était de qualité médiocre comparé aux trois premiers livres, *Doc. Ass. nat.* 2244, p. 34.

⁴⁹⁷ GIUDICELLI-DELAGE (Geneviève), « Les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique dans le nouveau code pénal », *RSC*, 1993, p. 493.

⁴⁹⁸ *Ibid.* (nous soulignons).

⁴⁹⁹ LASCOURMES (Pierre), « L'ordre public partiel du nouveau code pénal », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 18, 4^{ème} trimestre, 1994, p. 103.

⁵⁰⁰ LASCOURMES (Pierre), DEPAIGNE (Anne), « Catégoriser l'ordre public : la réforme du code pénal français de 1992 », *op. cit.*, p. 23.

b. Sa traduction juridique

Cette nouvelle philosophie s'est traduite juridiquement par la suppression des peines infamantes (i) et par la consécration du principe d'individualisation des peines qui place l'individu au cœur du prononcé de la sanction (ii).

i. La suppression des peines infamantes : l'humanisme au cœur de la peine

Le législateur a considéré que l'idée de « peines infamantes » était tombée en désuétude. Outre l'expression en elle-même, il a estimé que ces peines étaient incompatibles avec l'esprit du nouveau code pénal. C'est ce qu'a souligné le commissaire du gouvernement Laurent Vallée en 2003 dans ses conclusions⁵⁰¹ sur l'affaire *Sarrat* qui conforte l'adieu que le code pénal en 1994 avait adressé aux peines infamantes⁵⁰². En l'espèce, M. S., qui percevait une pension depuis 1983, avait été condamné en 1998 par une Cour d'assises à une peine de quinze années de réclusion criminelle. Constatant l'existence de cette peine, le service des pensions avait suspendu cette dernière sur le fondement de l'article L. 58 du code des pensions civiles et militaires de retraite. Aux termes de cet article, « le droit à l'obtention ou à la jouissance de la pension et de la rente viagère d'invalidité est suspendu : [...] par la condamnation à une peine afflictive ou *infamante* pendant la durée de la peine ». M. S. avait demandé au tribunal administratif l'annulation de cette décision au motif que l'expression « peines afflictives et infamantes » utilisée par le code des pensions était une référence directe aux dispositions de l'ancien code pénal qui avaient été supprimées dans le nouveau code. La question de droit était dès lors la suivante : fallait-il maintenir la pension en considérant que l'article L. 58 n'avait plus de contenu puisqu'il faisait usage d'une notion disparue ou fallait-il appliquer ce texte en estimant que l'ancienne appellation se superpose à l'ensemble des peines criminelles du code pénal actuel ? En d'autres termes, y avait-il lieu pour le juge

⁵⁰¹ VALLEE (Laurent), « La suspension des arrérages d'une rente en cas de peine afflictive et infamante : une peine accessoire disparue », concl. sous CE, Ass. (avis), 2 avril 2003, *Sarrat*, *RFDA*, 2003, p. 803.

⁵⁰² Sur cet arrêt, v. COVRAT (Pierre), « Les catégories des peines afflictives ou infamantes et des peines accessoires au regard du Conseil d'État », *RSC*, 2004, p. 153 ; PRADEL (Jean), « La suspension des arrérages d'une rente en cas de peine afflictive et infamante : une peine accessoire disparue », *AJDA*, 2003, p. 811 ; DONNAT (Francis), « Le nouveau code pénal et la suspension du droit à pension », *AJDA*, 2003, p. 932 ; GUILLAUMONT (Olivier), « Que reste-t-il de l'article L. 58 du code des pensions civiles et militaires de retraite ? », *Actualité Juridique Fonctions publiques*, 2003, p. 21 ; ROBERT (Jacques-Henri), « Pas de double peine pour les criminels pensionnés », *Dr. pén.*, n° 6, Juin 2003, comm. 77.

administratif de constater une abrogation implicite de ces dispositions législatives ou bien devait-il, par un effort d'interprétation, leur donner encore une portée ?

Le commissaire du gouvernement Laurent Vallée⁵⁰³ a convaincu l'Assemblée du contentieux que les dispositions faisant référence aux peines afflictives et infamantes ne pouvaient être conciliées avec l'esprit du nouveau code pénal. Laurent Vallée rappelle que la distinction entre peines afflictives et peines infamantes est illusoire – le caractère afflictif et le caractère infamant renvoyant aux fonctions de toute peine ; il fait également état des critiques dont ont été l'objet les peines infamantes depuis le XIX^e siècle. Il ajoute que dans le code antérieur, on avait commencé déjà à abolir le principe de l'infamie. La disparition des peines infamantes représente de ce point de vue l'achèvement du long processus entamé au XIX^e siècle avec la loi du 28 avril 1832 qui a supprimé le carcan, mais également la marque et l'amputation du poing droit. Cette suppression avait également été prévue par les deux projets de nouveaux codes élaborés sous la III^e République. Dès 1887, une commission composée d'éminents jurisconsultes chargés par le Gouvernement d'élaborer un projet de réforme supprimait, dans le Rapport Bomboy (1887-1894), « l'antique distinction » des peines en peines afflictives et peines infamantes⁵⁰⁴. Le projet de Code « Matter » (1930-1934), du nom du président de la Commission chargée par un décret en date du 23 novembre 1930 de préparer la révision de la législation pénale, préconisait également cette suppression⁵⁰⁵.

Au-delà de tous ces arguments, c'est la philosophie du nouveau code qui a convaincu le commissaire du gouvernement qu'en supprimant ce type de peines, le législateur n'avait pas procédé à un simple « rajeunissement du lexique pénal »⁵⁰⁶. La volonté de ce dernier était bien de modifier la nature des peines criminelles « en les dépouillant de leur caractère inhumain ou cruel »⁵⁰⁷. L'humanisme du nouveau code devait également s'appliquer aux peines. L'abandon de la catégorie des peines infamantes « traduit et accompagne une modification plus profonde de la nature de la peine criminelle. *Le condamné à une peine criminelle mérite l'enfermement mais non plus le déshonneur systématique d'une diminution*

⁵⁰³ VALLEE (Laurent), *concl. cit.*

⁵⁰⁴ Sur ce rapport, v. CHAMPCOMMUNAL (Joseph), *Examen critique et comparé du projet de réforme du code pénal français (partie générale)*, Paris, A. Rousseau, 1896, spéc. p. 17-19.

⁵⁰⁵ Commission de Révision de la Législation Pénale, *Projet de Code pénal*, Melun, Imprimerie administrative, 1934.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*

juridique ou d'une éviction civique»⁵⁰⁸. Aussi n'appartenait-il pas à la juridiction administrative dans l'espèce donnée de procéder maintenant à un «*raccommodage*» ou à un «*rapiéçage*» du code des pensions, pas plus qu'à un «*raccrochage*» aux peines criminelles. Le Conseil d'État a confirmé son avis le 4 juillet 2003 dans une affaire autrement sensible, celle d'un ancien haut fonctionnaire condamné à dix ans de réclusion criminelle pour complicité de crime contre l'humanité, Maurice Papon⁵⁰⁹.

La disparition de la dégradation civique résulte donc de la suppression de la catégorie générale des peines infamantes. Elle s'explique également par l'inscription dans le nouveau code pénal du principe de l'individualisation de la peine.

ii. L'individualisation de la peine : l'individualisme au cœur de la peine

L'un des grands objets de la réforme du code pénal a consisté à mettre un terme aux peines accessoires (c'est-à-dire automatiques), parmi lesquelles tout particulièrement les peines privatives des droits civiques. M. Marchand, le rapporteur de la Commission des lois, indique en ce sens que «*l'idée centrale du projet de loi [...] est de n'appliquer que les peines effectivement prononcées par la juridiction, ce qui conduit à la suppression des peines accessoires, c'est-à-dire de celles qui résultent automatiquement de la condamnation, mais sans que le juge ait à les prononcer*»⁵¹⁰. Par la suppression de ces peines automatiques, il s'agissait de mettre un terme à un système «*occulte*» et «*aveugle*» : occulte en ce que l'existence de ces peines accessoires, souvent qualifiées de «*clandestines*», était le plus souvent ignorée du condamné voire du juge lui-même⁵¹¹. «*Aveugles*» dans la mesure où elles s'appliquaient sans considération de la situation personnelle du condamné. Or, s'il est

⁵⁰⁸ VALLÉE (Laurent), *concl. cit.* (nous soulignons).

⁵⁰⁹ CE, Ass., 4 juill. 2003, *M. Papon*, n° 244349, *Lebon*, p. 307. V. les conclusions de VALLÉE (Laurent), «*Le régime des pensions des anciens parlementaires échappe au contrôle de la juridiction administrative*», *concl. sous CE, Ass., 4 juill. 2003, Papon, RFDA*, 2003, p. 917. Sur l'arrêt, v. également ROBERT (Jacques-Henri), «*Les crimes contre l'humanité ne sont plus infâmes*», *Dr. pén.*, 2003, n° 9, comm. 102. Dans cet arrêt du 4 juill. 2003, le Conseil d'État, statuant au contentieux, confirme l'avis rendu dans l'affaire *Sarrat* en employant des termes quasiment identiques. L'article 65 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 (*JORF* du 22 août 2003) entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004 a abrogé l'art. L. 58 du code des pensions civiles et militaires de retraite.

⁵¹⁰ Ass. Nat., Rapport n° 896 déposé le 2 oct. 1989 par Philippe Marchand, p. 28.

⁵¹¹ DESPORTES (Frédéric), LE GÜNEHEC (Francis), *Droit pénal général*, Economica, 2009, n° 942 s.

un principe qui a sous-tendu la rédaction du nouveau code pénal, c'est bien celui de l'individualisation de la peine⁵¹².

« L'individualisation de la peine », expression consacrée par R. Saleilles⁵¹³ pour désigner l'adaptation à chaque délinquant de la sanction, est incontestablement devenue un principe « cardinal » de notre système pénal qui a rompu en ce sens avec le droit pénal classique utilitariste issu de la Révolution qui était soucieux de protéger les individus contre l'arbitraire pratiqué par le juge dans l'Ancien Droit. S'appuyant strictement sur le principe de la légalité des délits et des peines et sur celui de l'égalité de tous les citoyens devant la loi, le législateur révolutionnaire n'avait prévu que des peines fixes sans que le magistrat ait le moindre pouvoir de mesure. L'École classique utilitariste, incarnée par Beccaria, a connu une première inflexion légère avec Bentham. Pour ce dernier en effet, « l'égalité nominale n'est pas toujours favorable à l'utilité et la justice commande une certaine individualisation de la peine », une certaine individualisation légale (par le jeu des circonstances aggravantes et atténuantes) et judiciaire. L'École néo-classique qui, à partir des années 1830, s'est substituée à l'École classique, considère également que les impératifs d'utilité et de justice constituent les limites du droit de punir. Pour Pellegrino Rossi, chef de file de la nouvelle École, l'impératif d'utilité ne se résume pas cependant à l'intimidation collective et individuelle : l'utilité doit conduire, par une peine bien choisie, à l'amendement, nouvelle fonction assignée à la peine. L'impératif de justice exigeait par ailleurs que l'on tînt compte du degré de responsabilité morale du délinquant. L'idée selon laquelle l'autonomie de la volonté est la même pour tous relève pour l'École classique de la fiction : le degré de responsabilité de chacun est nécessairement personnel.

Cette thèse de l'existence d'une responsabilité morale de l'homme a toutefois été battue en brèche à la fin du XIX^e siècle par l'École positiviste italienne dont l'influence a été notable en France : pour Garofalo, Ferri ou Lombroso, marqués par le déterminisme, le crime n'est que le résultat de causes diverses, endogènes et exogènes. L'expiation, qui présuppose que l'homme, responsable moralement, puisse être considéré comme fautif, constitue donc un

⁵¹² SYR (Jean-Hervé), « Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale », *RSC*, 1994, p. 217. Sur le principe d'individualisation de la peine, v. également ROY (Alexandre), *Étude du principe d'individualisation en matière pénale*, th. dactyl., Université Lyon 3, 2016.

⁵¹³ SALEILLES (Raymond), *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, Alcan, 1898. V. également OTTENHOF (Reynald) (dir.), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, rééd. de la 3^{ème} éd. de l'ouvrage de R. Saleilles, suivie de : *L'individualisation de la peine : cent ans après Saleilles*, éd. Éres, 2001.

objectif illusoire de la sanction qui a pour but essentiel de défendre la société. La sanction, qui est moins conçue comme une peine que comme une mesure de sûreté, doit dès lors être fonction non tant de l'acte délictueux que de la témibilité et de la dangerosité du délinquant.

Saleilles va proposer une synthèse du droit pénal classique et du positivisme en fondant l'individualisation sur la personnalité du délinquant. Ses idées vont trouver leur expression la plus élaborée dans le courant doctrinal de la Défense sociale nouvelle. Ce courant est né en réaction, d'une part, aux violations des droits les plus fondamentaux lors de la Seconde guerre mondiale et, d'autre part, aux doctrines préexistantes dépassées. Contrairement à la Défense sociale centrée sur la protection absolue et vigoureuse de la société contre les crimes par la possible neutralisation du délinquant, la Défense sociale nouvelle telle que théorisée par Marc Ancel⁵¹⁴ tente de concilier la défense de la société et la réintégration du délinquant. Au-delà de la pure répression, la préoccupation première doit être la resocialisation, ce qui implique une organisation nouvelle et rationnelle de la réaction de la société face au phénomène criminel. À cet effet, l'individualisation de la peine, cœur du système, doit être repensée : on doit considérer les peines dans leur réalité effective et leur impact humain, en privilégiant autrement dit une approche à la fois humaniste et pragmatique.

Le nouveau code pénal, que Robert Badinter a voulu imprégner de cet humanisme, a consacré en 1992 le principe d'individualisation⁵¹⁵ en inscrivant tout d'abord dans l'article 132-17 du nouveau code pénal qu' « aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée ». La traduction première du principe d'individualisation n'est autre que celle de l'interdiction des peines accessoires. Symétriquement, l'article 131-10 du nouveau code pénal dispose que le juge peut assortir la condamnation principale de diverses peines complémentaires, qui doivent être prévues au cas par cas par le code pour chaque crime ou délit, voire pour certaines contraventions et doivent être prononcées par le juge. Parmi ces peines complémentaires figure la perte des droits civiques, civils et de famille,

⁵¹⁴ ANCEL (Marc), *La Défense sociale nouvelle*, Paris, Éd. Cujas, 1954. Sur l'influence jouée par le mouvement de la Défense sociale nouvelle dans le nouveau code pénal, v. LAZERGES (Christine), « La défense sociale nouvelle a 50 ans. L'actualité de la pensée de Marc Ancel », *RSC*, 2005, p. 165.

⁵¹⁵ On ne peut affirmer que le principe était inconnu du code pénal de 1810. Le système des peines variables entre des limites fixes du code de 1810, complété par la généralisation des circonstances atténuantes en 1832, permettait au juge de mieux adapter la peine au délinquant quant à la durée de la privation de liberté qu'il prononçait. Toutefois, l'individualisation judiciaire résultant du code pénal portait essentiellement sur les modalités de la peine. Il a fallu attendre la période la plus récente et notamment le code pénal de 1992 pour voir apparaître un certain développement de l'individualisation au niveau du type et non plus seulement des modalités de la peine.

prévue par l'article 131-26. La suppression de la dégradation civique s'inscrit donc dans la disparition dans le code pénal de la catégorie plus générale des peines accessoires. La dégradation civique était contraire au principe d'individualisation de la peine de deux points de vue. En premier lieu, elle était automatique, s'appliquant sans que le juge ait à la prononcer. En second lieu, elle constituait un bloc indivisible de déchéances, le juge ne pouvant pas choisir de ne prononcer que la perte du droit de vote par exemple.

Il est à noter que si le principe d'individualisation était clair, sa mise en œuvre dans le code pénal a suscité un certain nombre de difficultés dont témoignent les débats opposant l'Assemblée et le Sénat sur le sujet. L'Assemblée nationale voulait supprimer toutes les interdictions et déchéances accessoires considérées par elle comme des peines. Pour le Sénat, cette volonté de transformer toutes les peines accessoires en peines complémentaires se heurtait à une impossibilité pratique : au stade actuel, on ne pouvait recenser toutes les incapacités figurant dans des textes très divers à l'extérieur du code pénal et dont il existait, selon la Chancellerie, plus de six cents. Les interdictions, incapacités et déchéances qui sont prévues par des textes particuliers, concernant notamment les conditions d'accès à telle ou telle profession, sont si nombreuses qu'il était impossible d'en faire une liste exhaustive⁵¹⁶. Par ailleurs, il n'était peut-être pas opportun selon le Sénat de supprimer toutes les sanctions accessoires : on considère en effet qu'un certain nombre d'interdictions – à caractère professionnel en particulier – peuvent être utiles à la protection du public et à la moralité des professions qu'elle préserve en écartant des personnes indésirables. En fait et en droit, quand ces mesures sont arrêtées dans la réglementation de chaque profession, elles « apparaissent beaucoup plus comme des mesures de police professionnelle, des mesures d'épuration professionnelle que comme des mesures de droit pénal assimilables à une peine »⁵¹⁷. La Commission du Sénat n'admettait pas de confondre ces mesures, qui sont le plus souvent des mesures de police professionnelle, avec des peines. Déclarer que ces « mesures s[eront] pénalisées et que les tribunaux répressifs exerce[ront] une sorte de monopole dans la détermination de la police professionnelle »⁵¹⁸, c'était aller trop loin. Cela revenait à « conférer tout simplement une sorte de toute puissance au droit pénal en pénalisant ces mesures »⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Sénat, Déb. Parl., séance du 11 avril 1990, *JORF*, 12 avril 1990, p. 234.

⁵¹⁷ Sénat, Déb. Parl., séance du 10 avril 1990, *JORF*, 11 avril 1990, p. 169.

⁵¹⁸ Sénat, Déb. Parl., séance du 11 avril 1990, *cit.*, p. 236.

⁵¹⁹ Sénat, Déb. Parl., séance du 10 avril 1990, *cit.*, p. 169.

Finalement, c'est la prudence du Sénat qui a prévalu en Commission mixte paritaire. Le code pénal comporte donc à l'article 132-21 un second alinéa qui prévoit que « toute personne frappée d'une interdiction, déchéance ou incapacité quelconque qui résulte de plein droit, en application de dispositions particulières, d'une condamnation pénale, peut par le jugement de condamnation ou par jugement ultérieur, être relevée en tout ou partie, y compris en ce qui concerne la durée, de cette interdiction, déchéance ou incapacité ». Par cet article, le législateur ne supprime pas toutes les peines accessoires. Il prévoit leur relèvement. En contrepartie de cet abandon, il a été décidé par les deux Assemblées que le principe selon lequel il ne devait exister aucune peine qui ne soit prononcée par le juge s'appliquerait *de façon absolue* à la privation des droits civiques, civils et de famille. Le compte-rendu de la réunion interministérielle présidée par M. Joinet au Secrétariat Général du Gouvernement tenue le 2 octobre 1989 fait état des réserves de certains Ministères quant à la suppression de l'automatisme des incapacités électorales attachées par les articles L. 5 à L. 8 à des condamnations pénales dans le code électoral⁵²⁰. Dans le compte-rendu de la réunion du 25 janvier 1990 sur les peines accessoires, la Direction des Libertés Publiques et des Affaires Juridiques en particulier s'est interrogée sur l'opportunité de faire une exception à la prohibition des peines automatiques pour les dispositions des articles L. 5 et L. 6 c. élect. : pour elle, « les juges répressifs n'ont pas vocation à décider, en opportunité, s'il convient d'interdire ou non le droit de vote à tel délinquant, hormis le cas exceptionnel où l'article 42 du Code pénal est applicable, sauf à risquer une rupture de l'égalité entre les citoyens »⁵²¹. Pour le Représentant du Cabinet et la direction des Affaires criminelles et des grâces, il n'était au contraire pas opportun de faire exception au principe de suppression des peines accessoires, notamment en ce qui concerne l'incapacité électorale : en effet, « rien ne fonde le lien automatique actuellement fait entre l'existence d'une condamnation et le droit de vote »⁵²² : « au plan des principes généraux, il a été noté que continuer à lier telle condamnation et le droit de vote n'était guère fondé »⁵²³.

Que l'interdiction des peines accessoires s'applique de façon absolue aux sanctions privatives des droits politiques, qu'elles résultent du code pénal ou du code électoral, c'est

⁵²⁰ Compte-rendu de la réunion interministérielle (présidée par M. Joinet) au Secrétariat Général du Gouvernement tenue le 2 octobre 1989 et ayant pour objet l'examen de certains amendements de la Commission des lois de l'Assemblée nationale (Archives nationales).

⁵²¹ Compte-rendu de la réunion du 25 janv. 1990 sur les peines accessoires (5 mars 1990), Réunion présidée par M. Feuillard, directeur adjoint du Cabinet du Garde des Sceaux (Archives nationales).

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.*

donc ce qu'a retenu la Commission mixte paritaire. M. Sapin note ainsi, au nom de ladite Commission : « la Commission a décidé de maintenir le principe selon lequel des condamnations pénales entraînent de plein droit certaines interdictions, déchéances ou incapacités, notamment à caractère professionnel. Elle a souhaité, en revanche, que les interdictions de droits civiques, civils et de famille soient expressément prononcées par le juge pour recevoir application »⁵²⁴. Cette volonté très claire a trouvé sa traduction dans le premier alinéa de l'article 132-21 du nouveau code pénal selon lequel : « l'interdiction de tout ou partie des droits civiques, civils et de famille mentionnés à l'article 131-26 ne peut, *nonobstant toute disposition contraire*, résulter de plein droit d'une condamnation pénale ».

L'interdiction des droits civiques, civils et de famille (art. 131-26 c. pénal) qui a remplacé la dégradation civique est désormais une peine aussi bien correctionnelle que criminelle. Contrairement à la dégradation civique, elle est temporaire : elle ne peut excéder cinq ans en cas de délit et dix ans en cas de crime. Elle est enfin divisible. Afin de tirer toutes les conséquences de cette volonté, le Parlement a, par la loi d'adoption du nouveau code pénal, modifié les articles L. 5 à L. 8 du code électoral. Aux lieu et place des très nombreuses condamnations pénales qui entraînaient automatiquement, à titre de peines accessoires, la radiation des listes électorales, le nouvel article L. 5 n'a maintenu que l'interdiction d'inscrire sur les listes électorales « les majeurs sous tutelle ».

Au terme de ce chapitre, il semble donc de prime abord qu'on ne puisse plus dire que les condamnés sont déchus comme par le passé de leur statut de citoyen, ce qui les rendait assimilables aux étrangers. Tout au plus sont-ils privés de la jouissance de certains droits civiques ou politiques de façon individualisée et pour une durée temporaire. Cette conclusion est cependant à nuancer. Les données statistiques issues de l'exploitation du casier judiciaire

⁵²⁴ Ass. Nat., Rapport n° 1945 déposé le 2 avril 1991 par Michel Sapin, p. 4. Le principe est réétabli dans les travaux préparatoires de la loi du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal. M. Vidalies, rapporteur à l'Assemblée nationale, indique ainsi : « lors de l'examen du livre premier du nouveau code pénal, le principe de la suppression des peines accessoires a été arrêté [...]. Cependant, pressentant les difficultés de mise en oeuvre pratique de ce principe, compte tenu du nombre très élevé de peines concernées, le législateur a établi une distinction entre elles : l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, pour être applicable, doit être expressément prononcée par le juge au moment de la condamnation ; en revanche, toutes les autres interdictions, déchéances et incapacités - principalement les interdictions d'exercice de certaines activités professionnelles - qu'il est matériellement impossible de recenser pour permettre au juge de les prononcer, resteront attachées de plein droit à la condamnation » (Ass. Nat., Rapport n° 2789 déposé le 11 juin 1992 par M. Vidalies, p. 236).

fournies par la Sous-direction de la Statistique et des Études du Ministère de la Justice⁵²⁵ révèlent en effet que les juges n'individualisent que rarement – et de moins en moins – la peine prononcée.

Les déchéances prononcées par le juge sur le fondement de l'article 131-26 du code pénal.

	1995	2000	2005	2010	2013
Privation de tous les droits civiques, civils et de famille	41%	70%	87%	90%	90%
Privation des droits civiques	1,4%	0,7%	4%	1,4%	0,9%
Privation du droit de vote (Art.131-26, 1°)	7,4%	0,3%	0,3%	0,7%	0,3%
Privation du droit d'éligibilité (Art.131-26, 2°)	10,8%	0,9%	1,6%	0,8%	2,7%
Privation du droit de vote et d'éligibilité (Art.131-26, 1°ET 2°CP)	0%	13,4%	4,3%	4,5%	3,6%
Privation du droit d'être appelé aux fonctions de juré	0%	0%	0%	0%	0%
Autre*	39,4%	14,7%	2,8%	2,6%	2,5%

* Inclut:

- la privation du droit d'être expert devant une juridiction (Art.131-26, 3°);
- la privation du droit d'être témoin en justice, sauf pour simple déclaration (Art.131-26, 4°);
- la privation du droit d'exercer une fonction juridictionnelle (Art.131-26, 3°);
- la privation du droit de représenter ou d'assister une partie devant la justice (Art.131-26, 3°).

Si, en 1995, ils ne prononçaient la déchéance de *tous* les droits civiques, civils et de famille énumérés par l'article 131-26 c. pénal que dans 41% des cas dans lesquels ils faisaient application dudit article, ce chiffre s'élève à 70% en 2000 et à 90% en 2010 et 2013. En d'autres termes, en 2010 et en 2013, les juges n'ont fait usage de leur pouvoir d'individualisation que dans 10% des cas où ils ont appliqué cette sanction. Ils ont par exemple limité la peine en 2010 et en 2013 à la seule privation des droits de vote et d'éligibilité dans respectivement 4,5% et 3,6% des cas. Sachant que la privation du droit de vote entraîne *ipso facto* l'incapacité d'exercer une fonction publique (sur le fondement du dernier alinéa de l'art. 131-26 c. pén.⁵²⁶ et de l'art. 5-3° de la loi du 13 juillet 1983 sur le statut des fonctionnaires⁵²⁷) et l'interdiction d'être juré (sur le fondement de l'art. 255 c. proc. pén.⁵²⁸), l'individualisation semble de toute façon peu ou prou illusoire : même s'il restreint la

⁵²⁵ Ces données sont issues d'une étude que la Sous-direction a réalisée spécifiquement pour nous. Aussi ne sont-elles pas publiques.

⁵²⁶ L'art. 131-26 c. pén., dernier al. dispose que « l'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcées en application du présent article *emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique* ».

⁵²⁷ L'art. 5-3° de la loi du 13 juill. 1983 dispose que « nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire [...] : 2° *s'il ne jouit de ses droits civiques.* »

⁵²⁸ L'art. 255 du Code de procédure pénale dispose que « peuvent seuls remplir les fonctions de juré, les citoyens de l'un ou de l'autre sexe, âgés de plus de vingt-trois ans, sachant lire et écrire en français, *jouissant des droits politiques*, civils et de famille, et ne se trouvant dans aucun cas d'incapacité ou d'incompatibilité énumérés par les deux articles suivants ».

peine au droit de vote et à l'éligibilité, c'est de fait l'ensemble de ses droits civiques et politiques que perd le condamné. Il est vrai toutefois que la perte des droits civiques et politiques n'est plus automatique. De fait, elle est devenue une peine très rarement prononcée. Le nombre de personnes déchues de leurs droits civiques à la suite d'une condamnation pénale est passé en France de 40 600 en 1988, à 8 634 en 1998, à 1 317 en 2008 pour finir à 248 en 2017.

Comme on le verra dans le dernier chapitre, cette baisse drastique s'explique autant par l'*individualisation* de la peine que par la *subjectivisation* des droits politiques, deux phénomènes plaçant au cœur du droit le *sujet individuel* et qui sont allés de pair. Jean-Marie Denquin lie d'ailleurs l'individualisation de la peine dans le nouveau code pénal à la subjectivisation des droits des citoyens. Ce dernier écrit ainsi que « l'ensemble de ces dispositions [du nouveau code pénal], des plus générales (suppression de l'automatisme et de la privation des droits sans limitation de durée) aux plus particulières (le souci explicite de préserver les droits des personnes détenues), manifeste à l'évidence une profonde modification dans l'approche de ces problèmes. On peut certes évoquer à ce sujet (pour le déplorer ou s'en louer) la tendance générale de la société à réduire la rigueur de l'arsenal répressif. Mais il semble qu'ici joue également un facteur plus spécifique. On tend à tirer les conséquences concrètes de l'idée selon laquelle *le droit de vote est un droit subjectif, inhérent à la personne* et dont elle ne saurait être privée que pour des raisons graves, explicitement constatées et pour une durée limitée »⁵²⁹. Selon cette lecture, c'est parce qu'il aurait considéré que les droits civiques sont des droits subjectifs que le législateur aurait décidé d'appliquer *sans exception* le principe d'individualisation aux sanctions privatives des droits civiques – là où, par différence, il a laissé subsister des peines accessoires dans d'autres domaines, notamment professionnel⁵³⁰.

Il ressort de cette lecture par laquelle on anticipe sur le chapitre 6 que la diminution du nombre de dispositions privant le condamné de ses droits politiques – autrement dit,

⁵²⁹ DENQUIN (Jean-Marie), *Les droits politiques - Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1996, § 200 (nous soulignons).

⁵³⁰ Cette lecture est confirmée par le rapport déposé par M. Philippe Marchand lors des travaux préparatoires. On peut y lire que « le droit de vote est un des *droits fondamentaux* des citoyens, et son interdiction est d'ailleurs prévue à titre de peine complémentaire pour des crimes et des délits. Dans la logique même du projet de réforme du Code pénal, il doit appartenir au seul juge de déterminer si, compte tenu de la gravité et des circonstances de l'infraction ainsi que de la personnalité du délinquant, la privation des droits civiques doit être ordonnée »⁵³⁰ (Ass. Nat., Rapport n° 896 de M. Philippe Marchand, déposé le 2 oct. 1989).

l'élargissement du suffrage à un certain nombre d'entre eux – s'inscrit en partie, comme pour les anciens exclus (femmes, déshérités, indigènes, incapables), dans une histoire du sujet individuel, de l'individualisme. Nous rejoignons ainsi les conclusions de Pierre Rosanvallon selon lequel l'*universalisation* a procédé de la réalisation d'une *société d'individus*.



Conclusion de la première partie

Nous avons cherché à démontrer, dans cette première partie, que les frontières entre un « intérieur » et un « extérieur » inhérentes à la citoyenneté conçue comme *statut d'appartenance* n'étaient pas seulement tracées par le droit de la nationalité. L'étude du droit révolutionnaire a révélé en premier lieu qu'avant les Constitutions, qui réglaient le *mode d'exercice* de la citoyenneté, c'est la loi pénale qui en déterminait l'*accès*. Cette étude de la décennie révolutionnaire a mis en évidence en second lieu qu'à la différence de la nationalité, qui n'a pas de tout temps constitué une condition de la citoyenneté, la dignité l'a toujours été. La question du citoyen indigne, et plus précisément le statut de l'individu dégradé de sa qualité de citoyen français a d'ailleurs mis en évidence la nécessité d'introduire un concept de nationalité distinct de la notion de citoyenneté. À l'exclusion radicale des étrangers du corps politique à partir de la Constitution de 1795 répondra celle des condamnés qui, sous l'empire du code pénal de 1810 réformé en 1832, ne sont plus seulement rétrogradés dans l'échelle de la citoyenneté mais relégués à proprement parler hors des frontières de la communauté des citoyens. En vertu du code pénal, tous les criminels sans exception sont, quelle que soit la nature du crime commis, condamnés à la peine accessoire de la dégradation civique pour une durée indéterminée. Si la réhabilitation existe, elle est difficile à obtenir. Les amnisties par ailleurs sont rares. Aussi peut-on parler d'une véritable « mort civique » des criminels. En sus de ces derniers, de très nombreux citoyens condamnés à une peine correctionnelle sont à partir de la loi électorale de 1849 déchus de plein droit de leurs droits électoraux. Pour certains, c'est une véritable dégradation civique qui frappe désormais non seulement les auteurs de crimes, mais aussi de délits. Par ces sanctions pénales et électorales qui représentent des incapacités de jouissance, les condamnés perdent leur *statut* de citoyen. Du point de vue politique, ils peuvent donc être assimilés aux étrangers, ce que traduit la métaphore du criminel comme étranger qui vient compliquer l'opposition entre le citoyen et le non-national qui structure le droit public français. Le droit pénal contribue à la détermination des titulaires de la citoyenneté par les valeurs que les citoyens doivent respecter.

Cette exclusion du criminel ne date pas de la Révolution. Elle est ancrée dans l'histoire depuis l'Antiquité. On considère qu'elle permet aux citoyens de se penser comme *communauté*. Dans la Rome républicaine, les spectacles du déshonneur créaient du consensus en réaffirmant périodiquement les normes et les valeurs de la communauté. Les peines

infamantes privant le condamné de ses droits politiques « renforçaient la cohésion [de la communauté] en stigmatisant ceux dont la conduite était contraire aux attentes liées à leur rang. La cité romaine *se construisait* et *se perpétuait* en rejetant ceux qui, en bafouant ses règles, la menaçaient de l'intérieur »⁵³¹. Le droit pénal ne se limite pas à protéger la communauté. Il participe à sa construction et à sa perpétuation.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, cet état des choses a changé. Les condamnés ne perdent plus leur statut de citoyen mais sont privés tout au plus de leurs droits civiques et politiques pour une durée limitée. Il n'en demeure pas moins que ces derniers, devant lesquels s'est arrêté le processus continu d'universalisation du suffrage, constituent aujourd'hui les derniers exclus à l'intérieur de la nation. C'est que leur exclusion repose sur un critère distinct de celui qui a présidé à la destinée des femmes, des domestiques, des plus pauvres et des incapables. Jusqu'en 1994 du moins, leur exclusion ne s'est pas fondée sur une conception du citoyen pensé comme individu autonome doué d'une volonté libre mais sur une exigence de dignité accolée à la citoyenneté.

Avec l'octroi du droit de vote aux « incapables » en 2019, qui charrie ainsi que nous l'avons vu une nouvelle conception du sujet, on peut affirmer que l'histoire *anthropologique* du suffrage universel est terminée. Tel n'est pas le cas de son histoire *sociale* dans laquelle on inclut les condamnés⁵³² : à la différence des mineurs, dont l'exclusion relève de la nature et semble indépassable, celle des seconds est sociale. On ajoutera que quand bien même il a historiquement toujours existé ; quand bien même il a participé à la constitution et au maintien de la communauté, l'ostracisme des criminels ne paraît pas, contrairement à la question des étrangers, constituer une détermination *nécessaire* de la citoyenneté. En témoigne le fait que la privation des droits civiques et politiques des auteurs d'infraction n'existe pas dans la législation d'un certain nombre de pays. Aussi importe-t-il de la justifier. En quoi le criminel est-il indigne d'être citoyen ? Quels sont les fondements de cette indignité ? Que nous révèlent ces fondements quant à la notion de citoyenneté ? C'est l'objet du chapitre suivant.

⁵³¹ BUR (Clément), *La citoyenneté dégradée*, « Position de thèse », *cit.* (nous soulignons).

⁵³² Par différence, Pierre Rosanvallon inscrit les condamnés dans l'histoire anthropologique du suffrage.

PARTIE II.

LA NATURE DE LA CITOYENNETÉ : LA SUBSTANCE DU CORPS POLITIQUE DESSINÉ PAR LA LOI PÉNALE

S'inscrivant dans la continuité de la thèse de Dieter Gösewinkel ou de Catherine Colliot-Thélène énoncée dans l'introduction, Pierre Rosanvallon affirme dans *Le Sacre du citoyen* qu'« il n'y a pas de citoyen représentable [...] si l'étranger n'est pas désigné et circonscrit avec précision. L'ouverture du procès d'égalisation se double de la stricte fermeture du critère d'appartenance »⁵³³. Que la citoyenneté constitue un concept de clôture, ce qui justifie qu'on l'aborde à partir de l'exclusion qu'elle implique, c'est ce que nous avons démontré dans la première partie à partir de la figure du criminel assimilé à l'étranger. Pierre Rosanvallon ajoute cependant : « l'histoire proprement juridique de la notion de nationalité est assez décevante. Dès lors qu'a bien été marquée la distinction entre un concept moderne de nationalité – qui définit un type de lien politique entre un individu et un État – et une vision ancienne de la nationalité comme rapport d'allégeance personnel, rien d'obscur n'est à comprendre. Les critères du sol et du sang se combinent pour définir les critères de naturalisation [...]. L'histoire de la législation dans ce domaine n'apporte pas grand-chose à la *compréhension profonde de l'idée de citoyenneté* [...]. Tout est clair juridiquement et philosophiquement : les Français votent, et pas les étrangers, la distinction des uns et des autres s'opérant selon des critères évidents et incontestables – le dedans et le dehors de la cité sont nettement séparés »⁵³⁴. Sans souscrire nécessairement à cette remarque datée (1992) dont le bien-fondé est d'ailleurs indifférent pour notre objet, nous entendons démontrer dans cette seconde partie que l'histoire et la théorie du droit pénal nous éclairent sur « la compréhension profonde » de la notion de citoyenneté.

L'étude des justifications de la sanction de la privation des droits politiques (chapitre 3) et des valeurs qu'elle protège (chapitre 4) permet d'exhumer la « substance » de la citoyenneté. Elle révèle 1) que la citoyenneté peut être pensée comme une fonction publique qui implique le respect de devoirs spécifiques et 2) qu'elle repose sur une conception morale du contrat social.

⁵³³ ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, op. cit., p. 422-424.

⁵³⁴ *Ibid.* (nous soulignons).

CHAPITRE 3. LES JUSTIFICATIONS DE LA DÉCHÉANCE DES DROITS POLITIQUES

Pour justifier les législations qui, dans leur pays, privent les condamnés de leurs droits politiques, les gouvernements avancent des arguments de plusieurs ordres. Certains sont pratiques et liés à un contexte particulier. Ainsi par exemple des motifs mis en évidence par le ministre des Affaires intérieures d’Afrique du Sud qui a soutenu devant la Cour constitutionnelle⁵³⁵ que l’organisation du vote des détenus était une mesure coûteuse et délicate à mettre en œuvre d’un point de vue logistique (nécessité de mettre en place des urnes mobiles). Le gouvernement a avancé, d’autre part, qu’elle conduisait à élaborer des dispositifs spécifiques pour les prisonniers alors que les « bons citoyens », ne pouvant pas voter pour d’autres raisons, ne disposaient pas de ce type de facilités ; enfin, le Gouvernement a ajouté ne pas vouloir donner l’impression d’être plus laxiste face à la criminalité dans un pays où le taux de criminalité est très élevé. Parfois pratiques, donc, ou liés à un contexte spécifique, les arguments sont toutefois le plus souvent théoriques. Il est selon nous possible de subsumer les différentes justifications théoriques données aux peines privatives des droits civiques sous deux catégories : la première est relative à la *citoyenneté*, la seconde à la *pénalité*.

Concernant l’approche pénaliste, il ressort de l’analyse de la jurisprudence ou des débats parlementaires que l’on peut appliquer à la déchéance des droits politiques les justifications rétributivistes et utilitaristes traditionnellement assignées à la peine⁵³⁶. Selon la justification rétributiviste, ceux qui ont commis un crime doivent être punis parce qu’ils le méritent. Cette raison est à la fois nécessaire et suffisante pour justifier leur châtime. L’idée de rétribution – par le passé nommé « expiation » – correspond à une certaine conception de la justice qui veut que l’on prenne en considération le mal inhérent à l’infraction commise et qu’on lui fasse correspondre un mal équivalent (la peine), de la même façon que le bien inhérent à une action appelle un bien correspondant (la récompense). On peut en ce sens considérer que celui qui a attenté à la chose publique ne mérite plus d’être citoyen.

⁵³⁵ *Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders (NICRO) and others*, CCT 03/04 2005 (3) SA 280.

⁵³⁶ Sur le sujet, on se rapportera à VAN DE KERCHOVE (Michel), « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2005/7, n° 127, p. 22-31, à GUILLARME (Bertrand), *Penser la peine*, PUF, 2003 et à GARAPON (Antoine), GROS (Frédéric), PECH (Thierry), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Éditions Odile Jacob, 2001.

Dans une perspective conséquentialiste, la justification de la peine n'est pas tournée vers le passé mais vers ses conséquences. Ces théories ont été élaborées dans le sillage de l'utilitarisme classique, et de la vision très sophistiquée qu'en donne Jeremy Bentham. La théorie pénale de Bentham, comme le reste de sa théorie morale et politique, repose sur le principe de maximisation de l'utilité. Selon celui-ci, la peine est justifiée lorsque les bénéfices qu'elle amène outrepassent la souffrance de celui qui la subit. D'aucuns justifient la privation des droits politiques par cette approche conséquentialiste. S'exprimant sur cette peine à l'occasion des débats ayant précédé l'adoption du code pénal de 1810, Dhaubersart par exemple souligne devant le corps législatif que « si l'offense n'a pas été assez grande pour l'en priver [de ses fonctions de citoyen] sans retour, il faut du moins un intervalle entre le délit et l'entier oubli que la société en pourra faire ; il faut un temps d'épreuve qui servira de garantie *pour l'avenir* : espérons aussi, messieurs, que ce sera *un frein* nouveau pour l'homme sur qui l'honneur n'aura pas encore perdu ses droits »⁵³⁷. La privation des droits civiques, justifiée par ses conséquences (« pour l'avenir »), aurait ici une fonction de prévention spéciale et générale. Elle tendrait autrement dit à être dissuasive pour le délinquant comme pour la société. Outre la dissuasion, il est coutume de considérer que la peine a pour autre effet d'éloigner de la société un individu considéré comme potentiellement dangereux. Dans son rapport, Dhaubersart de nouveau justifie que l'on prive de ses droits politiques celui qui vient de porter atteinte aux principes et vertu « sans lesquels l'exercice en devient dangereux ». La déchéance serait légitimée par le danger que représenterait l'exercice des droits politiques par celui qui a démontré manquer de la vertu nécessaire à cet exercice. La peine a ici une fonction de neutralisation. Dans une perspective conséquentialiste encore, la peine peut enfin viser à l'amendement et à la resocialisation. On a vu dans le chapitre 1 que pour les révolutionnaires, la peine de la dégradation civique telle que conçue dans le code pénal de 1791 avait précisément pour objet de rendre le citoyen « meilleur ».

Ces différentes justifications pénalistes de la privation des droits civiques ont pour point commun de considérer dans l'auteur de l'infraction *le simple délinquant*, non *le citoyen* qui aurait par exemple méconnu ses devoirs ou rompu le contrat social. Dans la mesure où l'objet de notre recherche consiste à étudier l'apport de la privation des droits civiques à une théorie non pas de la peine mais de la citoyenneté, nous ne développerons pas davantage ce premier

⁵³⁷ « Rapport fait au corps législatif par M. Dhaubersart, président de la commission de législation, sur la loi qui comprend le livre premier du Code des délits et des peines », *Code pénal*, Tome second contenant les motifs et les rapports, Paris, Chez Firmin Didot, Imprimeur, 1810, p. 30 (nous soulignons).

type de justifications. Nous concentrerons notre propos sur les raisons qui font de l'auteur de certaines infractions un « mauvais citoyen », un citoyen indigne, en cherchant à mettre en lumière les conceptions de la citoyenneté qu'elles véhiculent.

À titre liminaire, deux remarques s'imposent. Il convient tout d'abord de préciser que cette recherche ne se fondera que très secondairement sur la jurisprudence. En raison de l'inexistence d'un principe obligeant les juges à motiver le choix de la peine prononcée jusqu'en 2017, il eût été délicat de chercher dans les arrêts de supposées justifications. Jusqu'à récemment, la détermination de la peine relevait d'une faculté dont les juges ne devaient aucun compte, de sorte qu'ils n'étaient pas tenus de justifier la sanction prononcée⁵³⁸. Les choses ont commencé à évoluer en 2005, avec la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe d'individualisation découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789⁵³⁹ ; elles se sont poursuivies avec l'entrée en vigueur de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014. Depuis cette loi, l'article 132-1 du code pénal dispose expressément, en son alinéa 2, que « toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée » ; dans son alinéa 3, il précise que, « dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités de la peine énoncées à l'article 130-1 ». Dans ses dispositions suivantes, le code pénal ne prévoit cependant une obligation de motivation spéciale que pour les peines d'emprisonnement ferme⁵⁴⁰. La Cour de cassation estimait donc que seul l'emprisonnement sans sursis devait être motivé spécialement.

Par trois arrêts du 1^{er} février 2017⁵⁴¹, celle-ci a renversé sa jurisprudence, imposant une motivation des peines correctionnelles, tant principales que complémentaires. Sont incluses les peines privatives des droits civiques qui constituent précisément l'objet de l'un de ces trois

⁵³⁸ V. LETOUZEY (Élise) (dir.), *La motivation de la peine*, CEPRISCA, 2019.

⁵³⁹ À ce titre, une peine ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce.

⁵⁴⁰ L'art. 132-19 c. pén. dispose que « lorsque le tribunal correctionnel prononce une peine d'emprisonnement sans sursis et ne faisant pas l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux [...] sous-sections 1 et 2, il doit spécialement motiver sa décision au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale ».

⁵⁴¹ Cass., crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-83984, ECLI:FR:CCASS:2017:CR00105 ; n° 15-85199, ECLI:FR:CCASS:2017:CR00102 ; n° 15-84511, ECLI:FR:CCASS:2017:CR00104. Sur ces arrêts, v. MIHMAN (Alexis), MAES (Aline), « La motivation des peines (en matière correctionnelle) », *Gaz. Pal.*, n° 13, p. 17.

arrêts⁵⁴² : en l'espèce, le requérant soutenait que la peine complémentaire de privation d'éligibilité pour une durée d'un an qui lui avait été appliquée n'avait pas été motivée par les juges du fond. Ce dernier était accusé d'avoir, en tant que maire, tenu des propos diffamatoires à l'égard des Roms. Celui-ci arguait que « sanctionner les propos d'un élu par une peine d'inéligibilité susceptible d'avoir un effet dissuasif sur tous les débats d'idées concernant des sujets de société p[ouvait] restreindre de manière importante le libre débat sur des questions d'intérêt général sans lequel il n'est pas de société démocratique ; qu'en s'abstenant de toute motivation à cet égard, la Cour d'appel n'a[vait] pas justifié le prononcé d'une telle peine ». L'arrêt retient que « les faits ont été commis par un homme politique, maire de la commune de Roquebrune-sur-Argens depuis treize ans, dont la mission est avant tout d'assurer la sécurité de l'ensemble des personnes sur sa commune ». Les juges en concluent que « compte tenu de la personnalité du prévenu et de la gravité des faits qui lui sont reprochés », une peine complémentaire d'inéligibilité pour une durée d'un an devait lui est infligée. À la suite de ces arrêts puis de la décision du Conseil constitutionnel en date du 2 mars 2018⁵⁴³ qui élargit l'obligation générale de motivation aux peines criminelles, le législateur a consacré dans la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 une obligation générale de motivation des peines. Au vu du caractère particulièrement récent de celle-ci, notre étude des justifications ne reposera cependant que marginalement sur la jurisprudence. Elle sera conduite essentiellement à partir de l'analyse de textes de lois, d'ordonnances, de débats parlementaires, de rapports, etc.

La seconde précision annoncée concerne la portée dans le temps des justifications traditionnelles des peines privatives des droits civiques que l'on s'apprête à décrire. Nous avons fait état dans le chapitre précédent de la rupture que l'entrée en vigueur du nouveau code pénal a représenté au regard de la continuité historique qui caractérise la matière depuis l'Antiquité. Parallèlement à un renversement de la hiérarchie des valeurs plaçant l'individu au cœur du dispositif, le nouveau code a mis fin au principe de l'infamie et, ce faisant, à l'honneur qui était associé depuis la Rome républicaine à la citoyenneté. Cette rupture, qui est porteuse d'une nouvelle conception de la citoyenneté, met à mal les justifications classiques

⁵⁴² Cass., crim., 1^{er} févr. 2017, n°15-84511, *cit.*

⁵⁴³ Cons. const., déc. n° 2017-694 QPC, 2 mars 2018, *M. Ousmane K. et autres*, ECLI:FR:CC:2018:2017.694.QPC, cons. 8. V. DADOUN (Armand), « L'obligation constitutionnelle de motivation des peines », *RSC*, 2018/4, n° 4, p. 805-827 ; MALHIÈRE (Fanny), « Motivation de la peine : chronique d'une reconnaissance parachevée », *Gaz. Pal.*, 3 juill. 2018, n° 24, p. 31. AIRIAU (Marine), « Motivation de la peine criminelle, en avant toute ! », *Gaz. Pal.*, 10 avril 2018, n° 14, p. 18.

de la déchéance des droits de citoyen observables jusque-là. Dans la mesure où cette rupture et la remise en cause partielle des justifications traditionnelles qu'elle entraîne résulte de l'évolution de la nature et du régime des droits politiques sous l'influence du droit des droits de l'homme, nous avons fait le choix de ne pas l'exposer ici mais dans la troisième partie de la thèse consacrée au contenu matériel de la citoyenneté. Il faut donc avoir à l'esprit, à la lecture de ce chapitre, que les deux principales justifications que nous nous proposons de reconstruire ne s'appliquent pas de manière égale à la période ultérieure à 1992. On ne peut considérer pour autant qu'elles n'appartiennent qu'au passé. Ainsi que nous l'avons annoncé dans l'introduction, plus qu'à une substitution d'un modèle de la citoyenneté à un autre, on a affaire à une tension au sein du régime actuel de la citoyenneté entre deux modèles.

Le premier modèle, qui fait l'objet de ce chapitre, est celui de la citoyenneté pensée comme *dignitas*, au sens romain du terme. En se fondant sur le droit positif, il apparaît que la citoyenneté peut être représentée comme une fonction (publique) qui, en contrepartie de l'honneur qu'elle confère, est le fondement d'obligations et est passible de sanctions. Selon ce modèle, la privation des droits politiques se justifie par le manquement aux obligations inhérentes à la fonction de citoyen (section 1). Cette analyse de la citoyenneté comme *dignitas* révèle que le premier devoir du citoyen est l'obéissance à la loi. C'est sur cette obéissance à la loi que se fonde également la seconde raison pour laquelle l'infraacteur serait un mauvais citoyen. Celui-ci serait indigne de la citoyenneté en tant qu'il a rompu le contrat social : par son infraction, le délinquant se serait lui-même placé en dehors du pacte. La privation des droits politiques ne ferait que prendre acte de cette « auto-exclusion ». La citoyenneté, dans cette perspective, est arrimée à une certaine conception du contrat social, conception que le chapitre 4 fera apparaître comme morale (2).

Section 1 – La violation des devoirs du citoyen : la citoyenneté comme « dignitas »

Accoler le modèle de la *dignitas* qui caractérisait le citoyen romain (§1) à la citoyenneté moderne (§2) peut de prime abord paraître contre-intuitif : la *dignitas* implique en effet l'idée de *rang* là où la citoyenneté moderne est sous-tendue par le principe d'*égalité*. Nous entendons démontrer qu'en dépit de la démocratisation issue de la Révolution et de l'universalisation du suffrage masculin, il a subsisté au sein de la nation une hiérarchie non plus *sociale*, entre classes, mais *morale*, entre deux « groupes de statut » au sens wébérien du

terme, c'est-à-dire entre deux « ordres » jouissant d'un honneur social différencié : les citoyens dignes d'un côté et les indignes de l'autre.

§1. Le modèle de la *dignitas*

La dignité est une caractéristique attachée à un rang ou à une fonction officielle honorifique (A). Elle est directement porteuse d'obligations particulières liées à ce que le dignitaire en question représente (B).

A. Un statut honorifique attaché à un rang ou à une fonction officielle

Elle « renvoie à un statut et charrie avec elle divers mécanismes de protection de ce dernier [dont la déchéance]. La *dignitas* du Roi, mais aussi celle des clercs ou des personnes investies de diverses fonctions sociales [...] constituent autant de manifestations de cette dignité première, [...] qui indique un rang »⁵⁴⁴ et fait jouir son titulaire de considération, d'estime. Fondée sur le principe hiérarchique et combinée avec « le fait de mériter », la *dignitas* possède une dimension institutionnelle, elle renvoie soit à la qualité d'une institution par rapport à d'autres, soit à la place d'une fonction ou d'un statut au sein d'une institution. Ce concept, en tant qu'il renvoie à la dignité liée à l'honneur dû à certaines personnes en raison de leur rang et/ou de leur fonction, a donc une signification statutaire : telle fonction (politique, religieuse, judiciaire) ou tel rang (social) correspondait aux statuts protégés par la *dignitas*. La *dignitas* est une charge, une fonction ou un titre qui donne à quelqu'un un rang éminent. À Rome, le mot était surtout utilisé à propos des degrés successifs du *cursus honorum*, la carrière des honneurs. On évoquait ainsi la *dignitas* de préteur, de consul, de censeur. Le terme s'appliquait aussi à des charges religieuses : *dignitas* de pontife, de flamme, etc. Ainsi que nous l'avons vu dans le chapitre précédent, le concept était également employé pour désigner la dignité du citoyen romain.

Les modèles athénien, romain ou du Moyen-Âge ont ce point commun que la citoyenneté pensée comme statut n'était accordée qu'à une communauté restreinte de la population et était donc un élément de distinction sociale, de rang. Porteur de distinction sociale, ce statut était honorifique : à Athènes, la citoyenneté était littéralement, étymologiquement liée à la

⁵⁴⁴ HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie) et ROMAN (Diane), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2013, p. 95.

possession de l'honneur, ou *timê*. L'honneur était « un concept utilisé pour désigner un statut politique ou juridique attribué aux différentes classes de la cité telles que les esclaves, les métèques et les citoyens. Avoir des droits politiques, c'était être des *épitimos* ; n'en avoir aucun – ou en être privé –, c'était être des *atimos*. Tenir office, c'était être *entimos*. Démosthène appelait citoyens la classe (*taxis*) qui jouissait du degré d'honneur (*timê*) le plus élevé, de sorte que nous pouvons dire que la *timê* était réservée aux citoyens masculins ; la *demi-timê* était pour les citoyennes ; certains éléments de la *timê* étaient reconnus aux métèques ; alors que presque aucune n'était disponible pour les esclaves. Tous les citoyens étaient égaux devant la loi et avaient donc le même niveau d'honneur dans ce sens »⁵⁴⁵. Comme l'indique pour le monde antique plus généralement D. Heater dans *What is Citizenship*, « pendant longtemps, dans le monde classique, la citoyenneté était un statut à convoiter, un privilège à priser, donc la possession d'une élite digne [...]. Si l'honneur [de citoyenneté] était dilué, il n'avait aucun sens. Pour ceux qui l'ont mérité, sa dilution était une insulte »⁵⁴⁶.

Il convient de préciser que la *dignitas* est celle de la fonction, non pas de la personne qui incarne cette fonction. Le titulaire de la dignité apparaît non pas comme le propriétaire mais comme un simple dépositaire temporaire de la dignité qui lui est dévolue. C'est ce que révèlent de nombreux aspects techniques de la notion de dignité comme concept juridique. Kantorowicz⁵⁴⁷ établit par exemple clairement que tous les honneurs, toutes les obligations de respect qui découlent de la notion de dignité royale n'étaient dues qu'au roi (*corpus politicum*) et ne devaient pas être versées au roi (*corpus naturale*). C'est pourquoi les juristes médiévaux s'interrogeaient couramment sur la question de savoir si des actes juridiques (contrats, délégations, etc.) avaient été signés par le roi-personne ou le roi-dignité (*facta personae* ou *facta dignitatis*). Les cérémonies funéraires royales avaient elles aussi clairement établi cette dualité, car le roi de chair et de sang ne méritait aucune grandeur particulière. En fait, des rites séparés pouvaient être organisés pour l'enterrement de chacune des deux dimensions de la royauté : un rituel de l'Église, observé par le clergé pour la misère de l'homme nu dans son cercueil et un autre rituel de l'État, célébrant par l'effigie la dignité immortelle et royale exposée dans le cercueil. Tous ces éléments reflètent la forte dualité que

⁵⁴⁵ ALLEN (Danielle), *The Word of Prometheus: the politics of punishing in democratic Athens*, Princeton University Press, 2000, p. 60.

⁵⁴⁶ HEATER (Derek), *What is Citizenship ?*, Cambridge, Polity Press, 1999, p. 85.

⁵⁴⁷ KANTOROWICZ (Ernst), *Les Deux Corps du Roi - Essai sur la théologie politique Au Moyen-Âge*, trad. J.-Ph. et N. Genet, Gallimard, 1989.

le concept de dignité implique dans les constructions juridiques et politiques médiévales ; par coïncidence, il s'agit de la personne physique, mais fonctionnellement, il est surtout attaché à un office.

B. Un statut porteur d'obligations et passible de sanction

La *dignitas*, qui est donc celle de la fonction, implique pour l'individu qui en est titulaire des obligations envers le statut en lui au titre duquel il est digne. Celui qui ne se soumet pas à ces obligations (y compris le dépositaire) encourt une sanction. Dans l'Ancien droit, les titulaires de dignités encouraient la forfaiture, qui signifie mettre hors de soi, et qui est la privation de l'office, ordonnée par sentence du juge, pour quelque faute de l'Officier. Il y avait deux sortes de privation de l'Office : l'une expresse, quand par la sentence, l'Officier était nommément privé de son Office ; l'autre tacite, qui était la conséquence d'une peine infamante contenue dans la sentence : « car l'Office étant défini Dignité et titre d'honneur, ne peut demeurer à ceux qui n'ont plus l'honneur : Loyseau appelle l'honneur, ce que [les] lois notamment *integram famam*, et en un mot *existimationem* »⁵⁴⁸. La citoyenneté antique, en tant que dignité, était elle aussi susceptible d'être retirée en manière de sanction en cas de comportement jugé indigne d'elle. Savigny, dans son étude des effets juridiques de l'infamie, souligne que l'infamie consistait dans la perte de tous les droits politiques du citoyen romain, et en premier lieu dans la perte des « *honores* ». « Ici ce mot désigne toute position politique élevée (*dignitas*), et non pas seulement les magistratures ; ensuite, il embrasse à la fois la perte d'une dignité présente et l'incapacité des dignités futures »⁵⁴⁹. La perte des *honores* s'accompagnait de celle du *suffragium*. La citoyenneté dans l'Antiquité ou la participation aux magistratures dans l'Ancien droit constituait donc une dignité, une fonction publique honorifique. La perte de la citoyenneté se justifiait entre autres par le non-respect des obligations liées à cette fonction.

Cette définition et cette justification avaient comme on l'a dit pour corrélat l'idée que la citoyenneté n'était pas partagée par tous mais représentait au contraire l'apanage d'une élite. Par conséquent, il ne semble pas à première vue qu'elles soient transposables à la citoyenneté moderne, issue de la Révolution. Stéphanie Hennette-Vauchez démontre qu'il n'en est rien :

⁵⁴⁸ LOYSEAU (Charles), *Les œuvres de maistre Charles Loyseau contenant les cinq livres du droit des offices*, Lyon, Compagnie des libraires, 1701, Livre I, chap. 13, n° 38, p. 81.

⁵⁴⁹ VON SAVIGNY (Friedrich Carl), *Traité de droit romain, op. cit.*, p. 201.

si, depuis la Révolution, « il y a bien eu [...] un affaiblissement de la notion de "statut social" comme mode d'organisation des sociétés occidentales », il n'en reste pas moins qu'il existe encore « aujourd'hui des normes juridiques conceptuellement héritées de la *dignitas* et attachées à des fonctions particulières (i.e. non étendues à toute personne) »⁵⁵⁰.

§2. L'application contemporaine du modèle de la *dignitas*

Le droit contemporain des professions (A) ou de la citoyenneté (B) en constitue selon Stéphanie Henneute-Vauche une illustration⁵⁵¹.

A. Le droit des professions

Le droit des professions est marqué par la centralité d'une telle conception de la dignité. C'est celle que décrit Hobbes dans le chapitre X du *Léviathan* : « la valeur publique d'un homme, qui est la valeur qui lui est attribuée par la République, est ce que les hommes nomment communément dignité. Et cette valeur attribuée par la République se traduit par des postes de commandements, des postes de magistrats, des emplois publics ou par des dénominations ou des titres établis pour distinguer une telle valeur »⁵⁵². Clairement, le lien entre *dignitas* et droit des professions est vieux de nombreux siècles. À Rome, la magistrature était avant tout un honneur. Dans le *Dictionnaire encyclopédique de droit romain*, l'honneur est défini comme « la dignité et les privilèges attachés au pouvoir d'un magistrat, tant à Rome que dans les municipalités ; d'où le respect, la considération qui lui est due (*honorem debere, tribuere*). L'honneur est souvent synonyme de *magistratus*. Lorsque les deux termes sont utilisés conjointement, le *magistratus* se réfère au pouvoir et à son exercice, alors que l'honneur couvre la dignité, le rang et les privilèges liés à une magistrature. Par la suite, l'honneur a été étendu à tout poste honorifique occupé par une personne dans une municipalité »⁵⁵³. Le Code justinien prévoyait « que les juges qui seront convaincus de s'être

⁵⁵⁰ HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Une *dignitas* humaine : vieilles outres, vin nouveau », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 2009, n° 48, p. 64. V. aussi HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « A human *dignitas*? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 45. Dans le même sens, voir CASSIA (Paul), *Dignité(s) : une notion juridique insaisissable ?* Paris, Dalloz, 2016, p. 30-39. Sur la dignité accolée à la citoyenneté, v. plus spéc. p. 33.

⁵⁵¹ HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Une *dignitas* humaine : vieilles outres, vin nouveau », *op. cit.*, p. 64.

⁵⁵² HOBBS (Thomas), *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, trad. F. Tricaud, Sirey, Paris, 1971, ch. X.

⁵⁵³ BERGER (Adolf), *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, 1953, p. 488.

souillés par des vols ou d'autres crimes, soient destitués, dépouillés de toutes les marques de leur dignité et de leurs honneurs, et plongés dans la dernière classe des plébéiens ; nous leur interdisons en outre de se prévaloir ensuite de cette même dignité dont ils se sont rendus indignes »⁵⁵⁴.

Aujourd'hui encore, la magistrature est en partie définie comme une charge dont il convient d'être digne ; c'est pourquoi l'ordonnance de 1958 énonce que « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire »⁵⁵⁵. Le Conseil supérieur de la magistrature a dès lors opposé un avis négatif à la nomination d'un magistrat président d'un tribunal de grande instance aux fonctions de juge de proximité au motif que la motion de soutien en sa faveur qu'il avait faite signer quatre ans auparavant par des magistrats et agents relevant de sa juridiction témoignait « d'une conduite qui n'est pas celle attendue en tout d'un *digne* magistrat ». Dans l'arrêt *K.A et A.D c. Belgique* du 17 février 2005, la Cour européenne des droits de l'homme, saisie dans le cadre d'une affaire où un magistrat belge avait, dans le cadre de sa vie privée, des pratiques sado-masochistes d'une violence extrême, a rappelé que le 25 juin 1998, la Cour de cassation belge avait destitué l'intéressé de sa qualité de magistrat, considérant qu'il « avait sérieusement porté atteinte à la *dignité de la fonction* de juge et que, dès lors, il n'était plus digne de l'exercer »⁵⁵⁶.

Cette logique n'est pas propre à la magistrature : elle vaut pour de nombreuses professions, juridiques (avocats qui « exerce[nt] leur fonction avec *dignité* »⁵⁵⁷, notaires⁵⁵⁸) ou non (médecins, pharmaciens que l'article R. 4235-58 du code de la santé publique n'autorise à faire de la publicité pour certains produits qu'à condition qu'elle « se présente sur un support compatible avec la *dignité de la profession* », etc), de même que, bien souvent, pour la fonction publique⁵⁵⁹. L'on songe à la formule célèbre du juriste de l'Ancien Régime, Loyseau, selon laquelle l'officier public jouit d'« une dignité ordinaire avec fonction publique ». Dans son article 5, la loi du 14 septembre 1941 disposait que « le fonctionnaire doit, dans sa vie

⁵⁵⁴ *Les douze livres du Code de l'Empereur Justinien*, trad. P.-A. Tissot, 2^{ème} éd., Chez C. Lamort, 1810, t. 4, Liv. XII, Tit. 1, 12, p. 332.

⁵⁵⁵ Ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 43.

⁵⁵⁶ CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D c. Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99.

⁵⁵⁷ Décret n° 2005790 du 12 juill. 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, art. 3 : « l'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment ».

⁵⁵⁸ Sur ce point, v. DE POULPIQUET (Jeanne), *Responsabilité des notaires*, Dalloz, 2010, p. 22.

⁵⁵⁹ V. CAMUS (Aurélien), « La dignité de la fonction en droit de la fonction publique », *RFDA*, 2015, p. 541.

privée, éviter tout ce qui serait de nature à compromettre la dignité de la fonction publique ». La vie privée de l'agent public doit se conformer à l'« esprit de la fonction ». R. Grégoire affirmait en ce sens que « certains comportements de la vie privée peuvent compromettre à tel point le fonctionnement du service public qu'ils constituent des fautes professionnelles »⁵⁶⁰. La faute disciplinaire « est entourée d'une frange d'incertitudes et l'un des devoirs du fonctionnaire est d'avoir assez d'intuition pour ne pas la franchir. Elle dépasse largement l'exercice de la fonction pour englober certains aspects de la vie privée et l'activité politique ou sociale : la fonction publique, comme l'Église, exige de ses membres qu'ils évitent le scandale »⁵⁶¹. « Image, réputation, dignité de la fonction jouent donc de concert : le juge administratif entremêle et place à un même niveau la dignité de la fonction et l'image de la fonction publique »⁵⁶².

Des normes juridiques conceptuellement héritées de la *dignitas* s'appliquent donc à certaines fonctions professionnelles en général, et à la fonction publique en particulier. Nous avons mentionné précédemment que cette conceptualisation en termes de *dignitas* implique que le titulaire de la fonction se conforme à certaines obligations : obligation de se comporter avec dignité, à la hauteur de l'honneur que confère la fonction ; obligations inhérentes à la fonction elle-même. Ces obligations font enfin l'objet de sanctions, celles-ci pouvant aller jusqu'à la déchéance de ladite fonction. L'ordonnance applicable aux fonctionnaires pendant l'épuration dira en ce sens que c'est parce que « la République nouvelle », à la Libération, « d[evait] se donner des serviteurs *dignes* d'elle » qu'elle a dû « écarter de ses cadres les *indignes* »⁵⁶³. L'indignité est alors une sanction administrative. Elle a pour conséquence le relèvement de fonction ou la mise à la retraite d'office. C'est parmi les fonctionnaires suspendus que figurent les premiers indignes à la Libération. Ils seront suivis par les individus qui, considérés comme indignes d'être citoyen, seront condamnés à la peine de la dégradation nationale, forme de « mort civique ». Le modèle de la *dignitas*, applicable aux fonctionnaires publics, concerne aussi les citoyens.

⁵⁶⁰ GRÉGOIRE (Roger), *La fonction publique*, A. Colin, 1954, p. 297.

⁵⁶¹ QUERRIEN (Max), « Du droit jurisprudentiel au droit écrit : la part du Conseil d'État dans l'élaboration du statut de la fonction publique », in *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Sirey, 1949, p. 311.

⁵⁶² CAMUS (Aurélien), « La dignité de la fonction en droit de la fonction publique », *op. cit.*

⁵⁶³ François de Menthon, « Discours sur l'épuration en Afrique du Nord », 12 janv. 1944, cité par SIMONIN (Anne), *Le Déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 397-398.

B. Le droit de la citoyenneté

Pour Stéphanie Henneville-Vauchez, la citoyenneté, à l'instar du droit des professions, témoigne de la survivance de la logique ancienne des normes d'honneur. Le modèle de la citoyenneté comme *dignitas* s'est en partie maintenu par-delà la Révolution (1). Cette conceptualisation de la citoyenneté met en évidence l'existence souvent sous-estimée des devoirs du citoyen. La citoyenneté peut alors être assimilée à une fonction publique (2). Le non-respect des devoirs liés à cette fonction constitue l'une des justifications de la privation des droits civiques.

1. La thèse de la citoyenneté moderne comme forme de *dignitas*

Loin d'être purement théorique ou « de lege ferenda », cette thèse (a) peut être illustrée par l'exemple du crime d'indignité nationale (b).

a. La survivance d'attributs de la *dignitas* ancienne dans la citoyenneté moderne

Si l'affirmation d'une survivance d'attributs de la dignité romaine ne choque pas en matière de droit des professions, on a dit qu'il n'en est pas de même pour ce qui est de la citoyenneté. Contrairement à l'idée de hiérarchie inhérente à la *dignitas*, la citoyenneté moderne se fonde en effet sur la notion d'égalité. La dignité du citoyen semble en ce sens davantage se rapprocher de la dignité humaine judéo-chrétienne accordée à chacun en tant qu'être humain⁵⁶⁴. Une façon de réconcilier la notion égalitaire de citoyenneté avec la *dignitas* serait de considérer, comme Jérémy Waldron ou James Q. Whitman⁵⁶⁵ s'y emploient, que les normes d'honneur se sont généralisées, que tous les citoyens sont devenus en quelque sorte des aristocrates, ont été élevés au rang de la *dignitas*. Waldron écrit en ce sens que « le lien entre dignité et rang n'a pas été perdu avec le triomphe de l'idée plus égalitaire. [...]. Le haut

⁵⁶⁴ Cette conception judéo-chrétienne de la dignité de l'humanité en tant que telle est enracinée dans les idées stoïciennes que l'on trouve dans les travaux de Cicéron, Sénèque et autres. V. WALDRON (Jeremy J.), « Dignity and Rank », in Jeremy WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights* (Meir Dan-Cohen ed.), New-York, Oxford University Press, 2012, p. 31.

⁵⁶⁵ *Ibid.* ; v. aussi WHITMAN (James Q.), « Enforcing civility and respect: Three societies », *Yale Law Journal*, 1999-2000, vol. 109, p. 1279, spéc. p. 1283-1284 ; et, du même auteur, « The two Western cultures of privacy : Dignity versus Liberty », *Yale Law Journal*, 2003-2004, vol. 113, p. 1151, spéc., p. 1165 ; et « On Nazi "Honour" and New European "Dignity" », in Christian JOERGES, Navraj Singh GHALEIGH, *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and its Legal Traditions*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 243.

rang a été généralisé au lieu d'être simplement répudié »⁵⁶⁶. À la différence de la Révolution américaine, « la Révolution [en France] s'est faite en faveur de l'honneur social, en faveur de la généralisation du statut élevé »⁵⁶⁷. Dans cette conception, la *dignitas* a conservé de la notion romaine l'idée d'honneur et de rang élevé. Par différence avec cette dernière, la *dignitas* pour Waldron et Whitman a cependant évacué l'idée de hiérarchie : il y a eu *égalisation* par le haut⁵⁶⁸. Plus que d'obligations, cette dignité est également désormais selon eux le fondement de droits.

Cette thèse semble cohérente avec l'observation faite selon laquelle la Révolution française, du point de vue de la citoyenneté, constitue la première grande démocratisation de l'honneur. Nous l'avons relevé, la peine de la dégradation civique inventée par les Constituants en 1791 a permis, en appliquant à tout citoyen la peine de la dégradation autrefois réservée à la noblesse, « le transfert et la transformation d'une valeur aristocratique, soubassement d'un système hiérarchique, en une norme positive régissant une communauté égalitaire et démocratique »⁵⁶⁹. Ainsi que le montre Stéphanie Hennette-Vauchez, qui complète sur ce point la thèse de Waldron et Whitman, ce processus de généralisation des anciennes normes d'honneur n'a jamais cependant été exhaustif : « la logique de statut des normes d'honneur n'a pas atteint le point d'être complètement subvertie par sa généralisation »⁵⁷⁰. Et d'ajouter : « le droit de la citoyenneté, par exemple, nous fournit de nombreuses illustrations de normes juridiques attachées à des fonctions spécifiques et *qui ne s'appliquent pas [...] à tous* »⁵⁷¹. On retrouve ainsi plusieurs éléments de la *dignitas* dans la citoyenneté moderne : 1) En premier lieu, même s'il y a eu démocratisation de la citoyenneté avec la Révolution, même s'il y a eu universalisation du suffrage masculin en 1848, la citoyenneté n'a pas été octroyée à tous. 2) Par ailleurs, la dignité peut être perdue. Kant indique en ce sens dans *La doctrine du droit*, dans un passage où la conception de la dignité

⁵⁶⁶ WALDRON (Jeremy J.), « Dignity, Rights, and Responsibilities », *Arizona State Law Journal*, 2011, vol. 43, n° 4, p. 1119.

⁵⁶⁷ WHITMAN (James), *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide in America and Europe*, Princeton University Press, 2003, p. 196.

⁵⁶⁸ Rejoignant J. Waldron et J. Whitman, le sociologue Philippe d'Iribarne a mis en évidence le fait que l'Abbé Sieyès aurait parfaitement exprimé cette idée que, en France, la liberté des individus modernes a été pensée comme une élévation vers un statut supérieur : cf. D'IRIBARNE (Philippe), *L'étrangeté française*, Paris, Seuil, 2006.

⁵⁶⁹ SIMONIN (Anne), Notice « Honneur », in Christian DELPORTE, Jean-Yves MOLLIER, Jean-François SIRINELLI (dir.), *Dictionnaire d'histoire culturelle de la France contemporaine*, PUF, 2010, p. 412.

⁵⁷⁰ HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « A human *dignitas*? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity », *op. cit.*, p. 55.

⁵⁷¹ *Ibid.* (nous soulignons).

qu'il décrit se rapproche de la *dignitas*, qu' « aucun homme ne peut être sans aucune dignité dans l'État car il a au moins celle de citoyen, à moins qu'il ne l'ait perdue par son propre crime »⁵⁷². Cela indique que la citoyenneté demeure le *fondement d'obligations* et passible de sanctions. 3) Sur le fondement de ces obligations, la citoyenneté autorise à ce qu'une *discrimination* juridique et morale soit établie entre les individus : si elle n'est plus un statut de hiérarchisation d'un rang social vis-à-vis d'un autre, la citoyenneté autorise toujours à ce que la nation opère le départ entre les bons et les mauvais fils de la nation. L'Exposé des motifs de l'ordonnance du 26 août 1944 instituant le crime d'indignité nationale dit en ce sens que :

« Tout Français qui, même sans enfreindre une règle pénale existante, s'est rendu coupable d'une activité antinationale caractérisée s'est *déclassé* ; il est un citoyen indigne dont les droits doivent être restreints dans la mesure où il a méconnu ses devoirs. *Une telle discrimination juridique entre les citoyens peut paraître grave car la démocratie répugne à toute mesure discriminatoire. Mais le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose pas à ce que la nation fasse le partage des bons et des mauvais citoyens à l'effet d'éloigner des postes de commandement et d'influence ceux des Français qui ont méconnu l'idéal et l'intérêt de la France* »⁵⁷³.

Ce texte, qu'Albert Camus a qualifié de « Loi d'honneur »⁵⁷⁴, établit une discrimination entre deux « groupes de statut » qui jouissent d'un honneur social différencié. Cette discrimination n'est pas propre au crime d'indignité nationale mais caractérise toutes les peines privatives de droits civiques. Maurice Garçon a sur ce point insisté sur la filiation qui existe entre l'indignité nationale et les formes antérieures d'exclusion de la communauté politique. Retraçant la généalogie du crime d'indignité nationale, celui-ci écrit : « l'ordonnance du 26 août 1944 sur l'indignité nationale introduit dans notre législation une notion qui mérite d'être examinée [...]. Cette notion n'est pas neuve. Elle n'est à la vérité compatible qu'avec un État démocratique où chaque homme libre joue un rôle dans la vie publique. Aussi est-ce dans les institutions des républiques grecques qu'on en trouve les premières applications précises. Contre le citoyen que l'indignité de sa conduite rendait indigne de prendre part aux destinées de la cité, des Athéniens prononçaient l'*atimie* qui le privait de tous ses droits civiques. Rome institua une mesure du même ordre avec la *capitis deminutio media*. Le code pénal de 1791 créa la peine de la dégradation civique en prescrivant

⁵⁷² KANT (Emmanuel), *Métaphysique des mœurs. Ire partie. Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, 5^{ème} éd., Vrin, 1993, p. 212 s.

⁵⁷³ Ordonnance du 26 août 1944 instituant l'indignité nationale, *JORF*, 28 août 1944, p. 757-768 (nous soulignons).

⁵⁷⁴ Éditorial d'Albert Camus, 28 sept. 1944, in LEVI-VALENSI (Jacqueline), *Camus à Combat*, Gallimard, 2002.

pour son application des formes solennelles. L'article 34 du code de 1810, révisé en 1832, maintint la peine, mais supprima les formalités. Les incapacités édictées par l'article 34 sont, avec quelques aggravations, les mêmes que celles de l'ordonnance du 26 août 1944 »⁵⁷⁵.

La citoyenneté, au XX^e siècle, emprunte donc à la logique de la *dignitas* non seulement l'idée de rang élevé et d'honneur, comme pour J. Waldron et J. Whitman. Elle conserve encore, contrairement à la thèse de J. Waldron et J. Whitman pour qui le processus de généralisation serait arrivé à son terme, une certaine idée de hiérarchie (non plus sociale, entre classes, mais juridique et morale, entre dignes et indignes), une certaine idée de discrimination juridique et surtout d'obligations. Pour reprendre l'exemple de l'indignité nationale, l'Exposé des motifs de l'ordonnance du 26 août 1944 précitée met en exergue que c'est la méconnaissance des devoirs du citoyen qui a justifié la peine de la dégradation nationale. Pour l'ordonnance, « tout Français qui s'est rendu coupable d'une activité antinationale caractérisée s'est déclassé ; il est un citoyen indigne dont les droits doivent être restreints *dans la mesure où il a méconnu ses devoirs* »⁵⁷⁶. C'est précisément cet exemple de l'indignité nationale que nous nous proposons dès lors de développer pour illustrer la thèse que la citoyenneté emprunte encore au milieu du XX^e siècle au modèle de la *dignitas*.

b. Son illustration par le droit positif : l'exemple de l'indignité nationale

Punie de la dégradation nationale (ii), peine infamante emportant condamnation morale et attribuant un statut juridique dégradé au condamné, l'indignité nationale (i) établit la première définition du « crime de lèse-république »⁵⁷⁷ qui entraîne une nouvelle figure de l'ennemi intérieur, l'indigne. Dans « La qualification, ou la vérité du droit », Olivier Cayla souligne que l'acte de qualification en droit est toujours fondamentalement un « acte d'évaluation », c'est-à-dire un acte qui « consiste à donner le nom non pas qui revient à la chose, mais que mérite la chose, ou encore qui convient non pas à la chose elle-même, mais au sort qu'on veut lui faire subir en vertu de déterminations foncièrement politiques »⁵⁷⁸. La qualification

⁵⁷⁵ GARÇON (Maurice), « De l'indignité », *Le Figaro*, n° 70, 9 nov. 1944.

⁵⁷⁶ Ordonnance du 26 août 1944, *cit.* (nous soulignons).

⁵⁷⁷ SIMONIN (Anne), « Rendre une justice politique : l'exemple des chambres civiques de la Seine (1945-1951) », *Histoire de la justice*, 2008/1, n° 18, p. 76.

⁵⁷⁸ CAYLA (Olivier), « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 18, 1993, p. 9-10.

d' « indignité » nationale qui démontre que la citoyenneté constitue encore au XX^e siècle un statut dont il faut être digne, obéit à cette remarque.

i. Le crime d'indignité nationale : la violation des obligations de la République

Durkheim, en 1893, dans *La division du travail social*, établit que « nous ne réprouvons pas [un acte criminel] parce qu'il est un crime, mais il est un crime parce que nous le réprouvons »⁵⁷⁹. C'est parce que nous réprouvons des actes qui offensent un « état fort et défini de la conscience collective »⁵⁸⁰ qu'ils constituent des crimes. Dans nos sociétés individualistes, face à l'affaiblissement de la conscience collective définie comme « l'ensemble des sentiments et des croyances communs à la moyenne des membres d'une société »⁵⁸¹, il est plus nécessaire que jamais de conserver le sentiment d'appartenance et le partage de valeurs communes. Le droit répressif y contribue pleinement. La peine constitue le dernier ferment d'unité et de partage : « sans cette satisfaction nécessaire, ce qu'on appelle la conscience morale ne pourrait pas être conservée »⁵⁸². La peine « ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles ; à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas, médiocre. Sa vraie fonction est de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune [...]. C'est le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont toujours collectifs, que la communion des esprits dans la même foi reste tout entière »⁵⁸³. À travers la peine, la société cherche moins à défendre ses intérêts qu'à maintenir son « principe d'unité spirituelle »⁵⁸⁴ : « tout état fort de la conscience est une source de vie »⁵⁸⁵. Le livre de Fauconnet⁵⁸⁶, disciple de Durkheim, prolonge ces réflexions. Fauconnet cherche à faire dépendre, historiquement, la responsabilité de la punissabilité et non plus, ontologiquement, la punissabilité de la responsabilité : ce n'est pas la responsabilité qui rend possible la punition, mais le besoin de punition qui explique l'invention de la responsabilité.

⁵⁷⁹ DURKHEIM (Émile), *La division du travail social*, Paris, PUF, 1994, p. 48. Sur la conception de la peine chez Durkheim, voir GARAPON (Antoine), GROS (Frédéric), PECH (Thierry), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, *op. cit.*, p. 67 s.

⁵⁸⁰ DURKHEIM (Émile), *La division du travail social*, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 77.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 76-77.

⁵⁸⁴ GARAPON (Antoine), GROS (Frédéric), PECH (Thierry), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁸⁵ DURKHEIM (Émile), *op. cit.*, p. 64.

⁵⁸⁶ FAUCONNET (Paul), *La Responsabilité*, Paris, Alcan, 1920.

La création du crime d'indignité nationale et de la peine de la dégradation nationale⁵⁸⁷ s'inscrit dans cette logique. La collaboration est un acte qui offense un « état fort et défini de la conscience collective », un acte qui constitue un « crime parce que nous le réprouvons ». « La fin de la Seconde Guerre mondiale ne peut dépendre du sort des armes, d'une victoire militaire fût-elle celle des Alliés, mais impose de reconnaître ce que la situation vécue entre le 16 juin 1940 et le 10 novembre 1945 a eu d'absolument inédit au point de devoir inventer un nouveau crime »⁵⁸⁸. La création de cette nouvelle incrimination, qui s'insère dans le dispositif législatif mis en place pour l'épuration des « traîtres à la patrie » et des collaborateurs, répond au besoin de régénération, à la nécessité de refonder la communauté nationale et de rétablir la légalité républicaine. L'exposé des motifs de l'ordonnance indique qu'il fallait « résoudre tous les problèmes soulevés par la nécessité d'une *purification* de la patrie au lendemain de sa libération ». L'objectif premier du Général de Gaulle va être à la fois de purifier la nation en frappant de déshonneur les soutiens du régime de Vichy et de faire de l'honneur un principe fondamental du retour de l'ordre républicain. La mise en place du crime « d'indignité nationale » va montrer que le nouveau pouvoir en phase de consolidation était capable de prendre en charge ce que le pays condamnait avec horreur.

Outre le fait qu'elle répondait à ce besoin de réagir de façon inédite à une situation inédite, la nécessité d'un nouveau texte législatif s'est imposée dans la mesure où le code pénal alors en vigueur ne permettait pas de sanctionner celui qui a délibérément fait le choix de se soumettre au régime de Vichy⁵⁸⁹. Le code pénal prévoyait la condamnation des traîtres (article 75 et suivants) et de l'atteinte à la sûreté intérieure et extérieure de l'État (article 79 et suivants), catégories dans lesquelles ne rentrait pas le vichyste. Il s'agissait autrement dit de savoir comment sanctionner « les actes de collaboration à l'action intérieure du gouvernement de Vichy qui n'ont constitué qu'*indirectement* et par leurs conséquences quelques fois

⁵⁸⁷ L'ordonnance du 26 août 1944 citée qui institue « l'indignité nationale » ne mentionne pas la peine de la « dégradation nationale ». Cette dernière n'apparaît que dans la seconde version du projet de loi, l'ordonnance du 26 décembre 1944 dont l'article 21 précise : « l'indignité est punie de la dégradation nationale. La dégradation nationale est une peine infamante ».

⁵⁸⁸ SIMONIN (Anne), « Rendre une justice politique : l'exemple des chambres civiques de la Seine (1945-1951) », *op. cit.*, p. 74.

⁵⁸⁹ Les Vichystes ne pouvaient pas être considérés comme coupables d'intelligence avec l'ennemi qui suppose une collaboration avec les Allemands et non avec Vichy, car juridiquement l'Allemagne reste ennemie de la France pendant toute la guerre faute de traité de paix.

lointaines, une collaboration à l'action de l'ennemi »⁵⁹⁰. Une infraction nouvelle est alors créée : l'indignité nationale. Le 28 août 1944 est publiée au *Journal officiel de la République française* une loi créant un crime nouveau codifié dans l'ordonnance du 26 décembre 1944, et sanctionné par une nouvelle peine, la dégradation nationale. « Est coupable d'indignité nationale [...] tout Français qui aura, postérieurement au 16 juin 1940, soit sciemment apporté en France ou à l'étranger une aide directe ou indirecte à l'Allemagne ou à ses alliés, soit porté atteinte à l'unité de la nation, ou à la liberté des Français ou à l'égalité entre ces derniers »⁵⁹¹. Le crime d'indignité nationale va s'appliquer rétroactivement à partir du 16 juin 1940, date à laquelle le Maréchal Pétain a constitué son gouvernement. L'ordonnance codificatrice du 26 décembre 1944 précise que le but de l'indignité nationale est de sanctionner les atteintes portées depuis ce jour-là à « l'unité de la nation, ou à la liberté des Français, ou à l'égalité de ces derniers ».

Constitue notamment le crime d'indignité nationale⁵⁹² le fait :

- 1° d'avoir fait partie sous quelque dénomination que ce soit, des gouvernements ou pseudo-gouvernements ayant exercé leur autorité en France entre le 16 juin 1940 et l'établissement du Gouvernement provisoire de la République française ;
- 2° d'avoir occupé une fonction de direction dans les services centraux, régionaux ou départementaux de la propagande desdits gouvernements ;
- 3° d'avoir occupé une fonction de direction dans les services centraux, régionaux ou départementaux du commissariat général aux questions juives ;
- 4° d'avoir participé à un organisme de collaboration quel qu'il soit et spécialement à l'un des organismes suivants ;
Le service d'ordre légionnaire ; La milice ; Le groupe collaboration ; La phalange africaine ; La milice antibolchévique ; La légion tricolore ; Le rassemblement national populaire ; Le comité ouvrier de secours immédiat ; La jeunesse de France et d'outre-mer ; L'association nationale des travailleurs français en Allemagne ; Le « mouvement prisonnier » ; Le « service d'ordre prisonnier » ;
- 5° d'avoir participé à l'organisation des manifestations artistiques, économiques, politiques ou autres en faveur de la collaboration avec l'ennemi ;
- 6° d'avoir publié des articles, brochures ou livres ou fait des conférences en faveur de l'ennemi, de la collaboration avec l'ennemi, du racisme ou des doctrines totalitaires »

Est donc incriminée l'exercice de fonctions gouvernementales dans le régime de Vichy ou l'exercice de fonctions de directions de l'administration, en particulier dans le

⁵⁹⁰ Rapport établi par le Comité général d'Études, p. 12. Cité par SIMONIN (Anne), « L'indignité nationale, un châtement républicain », in Marc-Olivier BARUCH (dir.), *Une poignée de misérables. L'épuration de la société française après la Seconde Guerre mondiale*, Paris, Fayard, 2003, p. 42.

⁵⁹¹ Art. 1^{er} de l'Ordonnance codificatrice du 6 décembre 1944 relative à « l'indignité nationale », *JORF* 27 déc. 1944, p. 2076.

⁵⁹² Art. 2 de la même ordonnance.

Commissariat aux questions juives ; est également visée la participation à la collaboration manifestée par l'adhésion à un « organisme de collaboration », par l'organisation active de manifestations publiques ou par la propagande sous quelque forme que ce soit.

Des commentateurs ont souligné le flou qui entourait certaines dispositions de l'incrimination, flou renforcé par l'adoption de pas moins de six ordonnances modifiant l'ordonnance codificatrice du 6 décembre 1944 entre janvier et mars 1945. L'un des risques de ce « champ d'application très vaste »⁵⁹³ du crime d'indignité nationale qui énumère de façon *non exhaustive* un certain nombre de comportements consiste dans le « très large pouvoir d'appréciation » qu'il laisse aux magistrats. Une étude de la jurisprudence des sept chambres civiques de la Seine menée par Anne Simonin⁵⁹⁴ révèle à titre d'exemple que les juges ont décidé que relevait de l'indignité nationale l'attitude antinationale, incrimination beaucoup plus subjective qui stigmatise les agissements privés où se manifeste une adhésion à la politique du régime de Vichy. On citera également le port de l'uniforme d'un parti de la collaboration, l'expulsion de locataires juifs, le marché noir, etc. Sur les 9 782 jugements prononcés par les chambres citées entre 1945 et 1951, l'attitude antinationale représente 17 % des incriminations créées. Les rapports sexuels avec les Allemands en représentent 20%. Anne Simonin a mis en évidence cependant qu'en dépit de l'élasticité de l'incrimination, c'est finalement l'interprétation restrictive du texte qui a dominé la qualification en chambre civique⁵⁹⁵ : 90 % des faits retenus à la charge des inculpés peuvent être considérés comme étant inscrits dans le texte de la loi.

La création de cette nouvelle incrimination ne s'est pas faite toutefois sans difficulté. Elle a au contraire fait l'objet d'une opposition, sur certains points, entre juristes de la résistance intérieure et juristes de la France libre. L'exposé des motifs de l'ordonnance du 26 août 1944 le souligne avec clarté : la difficulté résidait dans le fait que « les agissements criminels des collaborateurs de l'ennemi n'ont pas toujours revêtu l'aspect de faits individuels caractérisés susceptibles de recevoir une qualification pénale précise aux termes d'une règle juridique soumise à une interprétation stricte ». Les nombreuses discussions qui eurent lieu parmi les juristes résistants entre 1943 et 1944 ont identifié deux solutions possibles. L'alternative était la suivante : soit on faisait dire aux textes en vigueur en 1940 ce qu'ils n'avaient jamais dit,

⁵⁹³ COLOMBINI (Albert), « Le crime d'indignité nationale », *Lois nouvelles*, 1945, p. 3-10.

⁵⁹⁴ SIMONIN (Anne), « Rendre une justice politique : l'exemple des chambres civiques de la Seine (1945-1951) », *op. cit.*, spéc. p. 80.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 79.

soit on créait un crime nouveau. Dans les deux cas, les solutions envisageables mettaient à mal les principes cardinaux du droit pénal. La première branche de l'alternative conduisait à rompre avec le principe de l'interprétation restrictive des textes pénaux. La seconde faisait tomber sous le coup de la rétroactivité de la loi pénale. C'est cette dernière solution qui a finalement été retenue. L'ordonnance du 26 août 1944 a été rétroactive puisqu'elle a sanctionné par un nouveau crime des faits s'étant déroulés sur une période strictement définie entre le 16 juin 1940 – date du dernier gouvernement de la III^e République avant l'arrivée au pouvoir du Maréchal Pétain – et l'installation du Gouvernement Provisoire de la République Française sur le territoire métropolitain à la suite de la libération de Paris le 25 août 1944. Ce choix de la rétroactivité ne s'est pas fait sans contestation. Pour certains juristes, il n'était pas envisageable de « rétablir la légalité républicaine » en recourant à une pratique qui était courante sous Vichy.

Les juristes de la Résistance ont justifié ce choix de la rétroactivité par divers arguments⁵⁹⁶ : en premier lieu, il est loisible de considérer que le crime d'indignité nationale relève de la « loi pénale plus douce » (*lex mitior*) et qu'elle introduit, ce faisant, une rétroactivité admissible. Henri Donnedieu de Vabres affirme en ce sens que « l'indignité et la dégradation nationale sont une incrimination et une peine substituées. Une interprétation rigoureuse des textes appliquerait aux faits qu'elles concernent des qualifications plus sévères [...]. Ainsi la rétroactivité [...] se justifierait d'elle-même, comme celle de la *mitior lex* »⁵⁹⁷. On soulignera que c'est sur ce même motif de la rétroactivité de la loi pénale plus douce que l'on a justifié le système des inéligibilités et de révocation des élus aux élections locales et nationales créé par l'ordonnance du 21 avril 1944 et la loi du 4 octobre 1946 qui participent à l'épuration de la classe politique française⁵⁹⁸. L'inéligibilité frappait les maires, conseillers,

⁵⁹⁶ SIMONIN (Anne), « Rétablir l'indignité nationale ? Une perspective historique », note n° 12, Fondation Jean Jaures, Thémis, Observatoire justice et sécurité, 28 janv. 2015, p. 2.

⁵⁹⁷ DONNEDIEU DE VABRES (Henri), *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée. Supplément*, Paris, Sirey, 1946, p. 118.

⁵⁹⁸ La classe politique a fait aussi l'objet d'une épuration : v. LAEDERICH (Olivia), *Étude juridique des épurations françaises de la seconde guerre mondiale. 1939-1953*, th. dactyl., Université Paris 2, 1999. L'ordonnance du 21 avril 1944 portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération prévoit l'épuration des élus locaux. Sont dissoutes « les assemblées communales nommées par l'usurpateur, ainsi que les délégations municipales créées depuis le 1^{er} septembre 1939 » et « les assemblées élues qui, maintenues depuis le 16 juin 1940, ont directement favorisé ou servi les desseins de l'ennemi ou de l'usurpateur ». Sont révoqués de leurs fonctions « les maires, adjoints et conseillers municipaux qui ont directement favorisé l'ennemi ou l'usurpateur », de même « les conseillers généraux qui ont directement servi ou favorisé les desseins de l'ennemi ou de l'usurpateur ». À ces sanctions s'ajoutent des hypothèses d'inéligibilité aux élections municipales et gouvernementales futures.

sénateurs, etc. qui avaient « manqu[é] au devoir national »⁵⁹⁹ par leur vote favorable du 10 juillet 1940 : donner les pleins pouvoirs au maréchal Pétain impliquait, en effet, une approbation de la signature de l’armistice. Les sentences auxquelles la procédure aboutissait excluaient les condamnations les plus lourdes – mort, déportation ou incarcération. Au regard de ces lourdes peines, l’inéligibilité apparaissait comme relativement douce – ce qui permettait, comme dans le cas de l’indignité nationale, de justifier le caractère rétroactif du dispositif.

On aurait pu objecter à la thèse de la rétroactivité de la loi pénale plus douce le fait que ce n’est pas seulement une peine plus douce qui a été créée par l’ordonnance du 26 août 1944, mais un crime nouveau, la « lèse-république ». En tout état de cause, l’Exposé des motifs de l’ordonnance de 1944 n’a pas retenu cette justification de la *mitior lex*. Pour l’ordonnance de 1944, c’est parce que l’on ne se trouvait point sur le terrain de la justice pénale mais sur celui de la justice politique que la loi pouvait être appliquée rétroactivement : « il ne s’agit pas de prononcer une peine afflictive ou même privative de liberté mais d’édicter une déchéance. Le système de l’indignité nationale ne se place pas sur le *terrain de l’ordre pénal* proprement

Le dispositif instauré par l’article 18 de l’ordonnance précitée du 21 avril 1944 est modifié un an plus tard par l’ordonnance du 6 avril 1945. La liste des cas d’inéligibilité est allongée et précisée. Est inéligible celui qui a :

« a) été membre du gouvernement constitué le 16 juin 1940 ou de l’organisme de fait se disant gouvernement de l’État français et n’a pas été relevé expressément de cette inéligibilité par un arrêt d’acquiescement de la Haute Cour de justice ou un arrêt de non-lieu de sa chambre d’accusation ;

b) été, par application des textes législatifs et réglementaires relatifs à l’épuration administrative ou professionnelle, soit révoqué d’une fonction publique, soit privé, pour deux ans au moins, du droit d’exercer sa profession ;

c) été frappé d’une amende ou déclaré solidaire pour le paiement d’une amende, par application des articles 3 et 7 (§2) de l’ordonnance du 18 octobre 1944 relative à la confiscation des profits illicites (...) ;

d) n’étant pas conseiller général élu ou conseiller municipal élu de Paris, siégé dans un conseil départemental ou au conseil municipal de Paris, nommé par l’organisme de fait se disant gouvernement de l’État français ;

e) siégé au conseil national nommé par l’organisme de fait se disant gouvernement de l’État français ou dans une de ses commissions ;

f) étant membre du Sénat ou de la Chambre des députés au 3 septembre 1939, et même s’il ne rentre dans aucune des catégories d’individus visés aux paragraphes a à e ci-dessus, soit voté la délégation du pouvoir constituant à Philippe Pétain le 10 juillet 1940, soit conservé, postérieurement à avril 1942, une fonction, même non rétribuée, conférée par un acte de l’organisme de fait se disant gouvernement de l’État français ».

Les interdictions résultant des paragraphes d, e et f peuvent être relevées « en faveur des Français qui ont participé à la lutte contre l’ennemi ou l’usurpateur » par décision, cette fois, du Jury d’honneur.

Une épuration semblable empêchait certaines personnes d’être membres de l’Assemblée consultative provisoire dès sa création. Alors que les ordonnances précitées ne visaient que les élections départementales et communales, l’inéligibilité a été logiquement étendue à toutes les élections locales et nationales futures, cela jusqu’aux élections générales de 1951. L’inéligibilité créée par l’ordonnance du 21 avril 1944 et la loi du 4 octobre 1946 a été définitivement supprimée par l’article 19 de la loi d’amnistie du 6 août 1953.

⁵⁹⁹ Ce motif des épurations de la Libération est exprimé par les textes. L’exposé des motifs précédant l’ordonnance du 11 déc. 1944 modifiant certaines dispositions de l’ordonnance du 27 juin 1944 relative à l’épuration administrative dans la France métropolitaine qualifie expressément les sanctions prises au titre de l’épuration administrative de « sanctions disciplinaires pour manquement au devoir national ». Les autres textes emploient des expressions voisines.

dit ; il s'introduit délibérément sur *celui de la justice politique* où le législateur retrouve son entière liberté et plus particulièrement celle de tirer, à tout moment, les conséquences de droit que comporte un état de fait »⁶⁰⁰. Comme le relève Georges Ripert dans *Le déclin du droit*, la loi « n'est pas rétroactive par accident, elle a été voulue rétroactive. L'exposé des motifs ne le nie pas. Il en donne cette justification qui a paru suffisante : c'est un acte de justice politique »⁶⁰¹. En s'exprimant de la sorte, les juristes de la Résistance « affirment la souveraineté absolue du droit »⁶⁰² et indiquent qu'avec l'indignité nationale, on se situe sur le terrain de l'infraction politique. En instituant l'indignité nationale, la Résistance renoue avec la tradition du « crime de lèse-nation » : « infraction politique, le crime de "lèse-nation" n'a jamais fait l'objet d'une définition précise, mais l'idée qu'il existe, en matière politique, des crimes qui échappent aux lois pénales en vigueur n'est pas neuve : "lèse-nation" en 1789, "incivisme" en 1793, "réticence civique" dans le projet Target de code pénal de 1808, "indignité nationale" en 1944. Ces dénominations différentes traduisent une conception exigeante du comportement citoyen à laquelle entend revenir la Résistance française en abandonnant les principes qui régissent le droit pénal ordinaire pour se placer sur le terrain de la justice politique. Il faut donc lire l'ordonnance instituant l'indignité nationale comme une contribution à une théorie de la justice politique qui n'est pas liée par le principe de non-rétroactivité de la loi pénale »⁶⁰³.

Quand bien même ils n'étaient pas liés par les principes du droit pénal, les résistants ont limité dans le temps la constatation de l'indignité nationale qui ne pouvait avoir lieu que six mois après la Libération totale du territoire fixée au 8 mai 1945. La régénération de la République et du pacte social ne pouvait être que transitoire : « il s'agi[ssait] en principe de ne les [les Français] punir que temporairement, le temps qu'ils s'amendent et regagnent vite leur communauté qu'ils n'avaient quittée que moralement. Il était présumé que ces "mauvais citoyens" voulaient regagner leur statut de "bons citoyens" »⁶⁰⁴. Cette législation qui constitue la manifestation d'un état d'exception⁶⁰⁵ devait autrement dit nécessairement avoir un

⁶⁰⁰ Exposé des motifs de l'ordonnance du 6 août 1944 « instituant l'indignité nationale », *cit.* (nous insistons).

⁶⁰¹ RIPERT (Georges), *Le Déclin du droit* [1949], LGDJ, 2000, p. 177.

⁶⁰² SIMONIN (Anne), « Rendre une justice politique : l'exemple des chambres civiques de la Seine (1945-1951) », *op. cit.*, p. 74.

⁶⁰³ SIMONIN (Anne), *Le Déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 487.

⁶⁰⁴ SAINT-BONNET (François), « L'idéologie djihadiste et la modernité », *La Vie des idées*, 10 mars 2015, p. 6.

⁶⁰⁵ Il serait possible de trouver dans les institutions antiques des exemples de dispositions pérennes sanctionnant des actes politiques attentatoires à la communauté politique. Le *sacer* par exemple, placé hors de la communauté (hors-la-loi), voyait ses biens confisqués et pouvait être mis à mort par quiconque. La conception de la citoyenneté était cependant très différente : v. LOVISI (Claire), *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la*

caractère momentané. Après le 8 novembre 1945 donc, aucun Français ne pourra plus être poursuivi pour « indignité nationale ». En revanche, il sera jugé en tant qu'indigne national jusqu'en 1951.

Le jugement revenait à des juridictions d'exception créées par l'ordonnance du 26 août 1944⁶⁰⁶. Selon l'ordonnance codificatrice du 26 décembre 1944, c'est aux « chambres civiques » instituées auprès de chaque section ou sous-section des cours de justice qu'il appartenait de constater le crime. De ces chambres civiques, on retiendra deux éléments. D'une part, elles étaient composées de cinq membres, un magistrat et quatre jurés. Pour le commissaire adjoint du Gouvernement Henri Faucher, « il apparaît [ainsi] que le législateur a voulu réserver à des juridictions composées essentiellement de jurés civils, la connaissance des affaires d'indignité nationale »⁶⁰⁷. C'est en grande partie par leurs concitoyens qu'ont été jugés les citoyens indignes. En second lieu, l'instruction était, en chambre civique, élémentaire⁶⁰⁸. Le dossier du prévenu arrivait entre les mains du commissaire du Gouvernement en réalité instruit par la police. L'exposé des motifs de l'ordonnance du 26 août 1944 se conclut par une phrase mettant en évidence la contrainte de temps à laquelle étaient soumises les juridictions : « une justice n'est sévère que si elle est rapide ». Cette justice allait donc s'appuyer sur les résultats d'enquêtes menées par la police et non sur une instruction menée par un magistrat.

ii. La peine de la dégradation nationale : la privation de l'honneur attaché à la fonction de citoyen

L'indignité emporte condamnation à la peine de la dégradation nationale à perpétuité ou à temps. Dans ce dernier cas, le cas majoritaire, la dégradation nationale peut être « réduite à une période qui ne sera cependant pas inférieure à cinq ans »⁶⁰⁹. Cette peine comporte une longue série de déchéances cumulatives :

République romaine (509-149 av. J.-C.), Paris, De Boccard, 1999, p. 14-64 et CANTARELLA (Eva), *Les peines de mort en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique*, Paris, A. Michel, 2000, p. 267-278.

⁶⁰⁶ V. JEANDIDIER (Wilfrid), « Les juridictions pénales d'exception dans la France contemporaine », *JCP G*, n° 1, 1985, I, p. 3173.

⁶⁰⁷ Note Henri Faucher sous arrêt *Brideau*, Chambre des mises en accusation, Paris, 15 mai 1946, *JCP*, II, 1946, n° 3243.

⁶⁰⁸ Sur la procédure devant les Chambres civiques, voir SIMONIN (Anne), *Le Déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 433 s.

⁶⁰⁹ Art. 23 de l'ordonnance citée du 26 décembre 1944.

- 1° la privation des droits de vote, d'élection, d'éligibilité, et en général de tous les droits civiques et politiques et du droit de porter aucune décoration ;
- 2° la destitution et l'exclusion des condamnés de toutes fonctions, emplois, offices publics et corps constitués ;
- 3° la perte de tous grades dans l'armée de terre, de l'air et de mer ;
- 4° la destitution et l'exclusion des condamnés de toutes fonctions d'administrateur, directeur, secrétaire général, dans les entreprises bénéficiaires de concessions ou de subventions accordées par une collectivité publique, ainsi que toutes fonctions à la nomination du gouvernement des départements, communes et personnes publiques, dans les entreprises et services d'intérêt général ;
- 5° l'incapacité d'être juré, expert, arbitre, d'être employé comme témoin dans les actes et de déposer en justice autrement que pour donner de simples renseignements ;
- 6° la destitution et l'exclusion des condamnés des professions d'avocat, de défenseur agréé, de notaire, d'avoué, et généralement de tous les officiers ministériels ;
- 7° la privation du droit de tenir école ou d'enseigner et d'être employé dans aucun établissement d'instruction à titre de professeur, maître ou surveillant, et également du droit de faire partie de tout groupement ayant pour but d'assurer ou de développer l'enseignement moral, intellectuel ou physique de la jeunesse ;
- 8° la destitution ou l'exclusion des condamnés de tous organismes, associations et syndicats chargés de représenter les professions et d'en assurer la discipline ;
- 9° la destitution et l'exclusion des comités exécutifs, conseils d'administration, et autres organes directeurs des institutions chargées de l'application des lois et règlements relatifs au travail, à la prévoyance sociale, à la santé et à l'assistance publique ;
- 10° la privation du droit de diriger une entreprise de presse, de radio ou de cinéma ou d'y collaborer régulièrement ;
- 11° l'incapacité de faire partie d'un conseil de famille et d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur ou conseil judiciaire, si ce n'est pas de ses propres enfants sur l'avis conforme de la famille ;
- 12° la privation du droit de détention et de port d'armes ;
- 13° l'interdiction d'être administrateur ou gérant de sociétés ;
- 14° l'interdiction d'être directeur au siège central ou directeur général ou secrétaire général d'une entreprise de banque ou d'assurance » (art. 9 de l'ord. du 26 août 1944).

La dégradation nationale, peine *infamante* qui attente à l'honneur inhérent à la qualité de citoyen, emporte donc un bloc indivisible de privations de droits civiques (de vote, d'éligibilité, de droit d'être juré), de déchéances (perte des grades dans l'armée, exclusion des fonctions syndicales...), d'incapacités (impossibilité d'être juré, expert, tuteur) mais aussi d'interdictions professionnelles (impossibilité d'être fonctionnaire, avocat, notaire, professeur dans une école publique, journaliste, banquier, gérant de sociétés, etc.). Par ces nombreuses interdictions professionnelles tournées non pas vers le passé mais vers le futur, il s'agit d'éliminer « l'influence » dans la sphère publique des « mauvais citoyens ». À ces différentes sanctions peuvent le cas échéant s'ajouter deux peines complémentaires : la possible interdiction de résidence « dans un certain nombre de localités » (art. 23) précisées par le jugement de la chambre civique, ainsi que la confiscation soit de la totalité, soit d'une quote-part des biens du condamné (art. 21). La dégradation nationale s'est également trouvée

progressivement alourdie par l'introduction de nouvelles privations de droits : une majoration de 10 % des impôts, la perte de tout droit à indemnité pour les dommages de guerre, la non restitution du corps des victimes de guerre à un indigne national, etc. Cette sanction, qui inclura 27 incapacités en 1951 contre 13 seulement en 1944, s'apparente dès lors à une nouvelle « mort civique »⁶¹⁰ qui a placé plusieurs centaines de personnes dans un état perpétuel de « non sujet de droit » selon l'expression du doyen Jean Carbonnier⁶¹¹. Cette situation a d'une certaine manière « inversé le stigmate et transformé les Vichystes, sinon en martyrs, du moins en victimes de la Libération »⁶¹².

La dégradation nationale, en raison de son caractère souvent disproportionné qui s'ajoute à sa rétroactivité, a constitué une des peines les plus méprisées de la Libération. Pour M^e Isorni, qui a cherché à convaincre l'Assemblée nationale de la supprimer, « la répression n'a pas eu le caractère de la vraie justice. Elle a pris trop souvent celui de la vengeance ou de la révolution. D'ailleurs l'exposé des motifs de l'ordonnance instituant l'indignité nationale parle de "justice politique", notion nouvelle dans notre Code pénal. Cette considération, avec le caractère rétroactif qu'elle a donné à la peine qu'elle instituait, suffit pour que l'indignité nationale soit définitivement supprimée de notre législation répressive »⁶¹³. Pour Michel Debré également, Commissaire de la République à Angers, la forme n'était pas bonne. La peine était trop lourde : « l'article 21 fait de la dégradation nationale un ensemble de peines extrêmement lourdes. Il serait souhaitable que cette indignité nationale pût être, en quelque sorte, à plusieurs degrés : l'une lourde et définitive, c'est celle que prévoit le texte, l'autre plus légère, qui aboutirait seulement à certaines incapacités (par exemple des incapacités électorales) »⁶¹⁴. Le risque, pour Michel Debré, était que la dégradation nationale, parce que trop lourde, ne soit pas appliquée. C'est en quelque sorte ce qui s'est passé puisque le taux d'acquiescement se situe entre 52 et 54%. Fort de ces critiques, le législateur a adopté une loi d'amnistie le 5 janvier 1951. L'ensemble des condamnations à la dégradation nationale inférieures à quinze ans a été amnistié. L'amnistie a concerné près de 80 % des condamnés.

⁶¹⁰ SIMONIN (Anne), « De l'indignité nationale au manque de dignité nationale : a-t-on jugé le bon crime ? », in Sylvain BOULOUQUE et Pascal GIRARD (dir.), *Traîtres et trahisons. Guerres, imaginaires sociaux et constructions politiques*, Selim Arslan, 2007, p. 92.

⁶¹¹ CARBONNIER (Jean), « Sur les traces du non-sujet de droit », *Archives de Philosophie du droit*, 1989, vol. 34, p. 198-207.

⁶¹² SIMONIN (Anne), « Rétablir l'indignité nationale ? Une perspective historique », *op. cit.*

⁶¹³ Proposition de loi tendant à « l'amnistie des faits dits de collaboration et à la suppression de l'indignité nationale ». Annexe n° 507, *Documents parlementaires*, session 1951, p. 1690.

⁶¹⁴ Lettre de Michel Debré à François de Menthon, 9 janvier 1945, cité par SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 462, note 1.

Elle a réduit, pour les autres, le nombre d'incapacités à huit et leur durée à un maximum de vingt ans. Le condamné pouvait, à l'expiration de sa peine, être réhabilité. Dans les faits, les chambres civiques ont condamné à titre principal ou à titre de peine complémentaire 93 985 personnes⁶¹⁵. Bien qu'elle ait été la sanction la plus critiquée, la dégradation nationale a donc aussi été la principale peine appliquée par les juridictions françaises à la Libération. À titre de comparaison, le nombre de condamnés à mort exécutés s'est élevé à environ 1 500 personnes.

De cet exposé du crime d'indignité nationale et de la peine de la dégradation nationale qui l'assortit, il ressort que la citoyenneté peut être pensée comme un statut dont il convient de se montrer digne. Indigne, le vichyste l'est « dans la mesure où il a méconnu ses *devoirs* », précise le texte. La citoyenneté en tant que dignité est le fondement d'obligations dont la méconnaissance entraîne non seulement le déshonneur mais aussi la perte de la citoyenneté elle-même.

2. Les corrélats de la thèse : la théorisation des devoirs du citoyen et de la citoyenneté comme fonction publique

Cette conceptualisation de la citoyenneté en termes de *dignitas* met en évidence un « impensé » de la citoyenneté dans la doctrine constitutionnaliste classique, à savoir l'importance des devoirs pour une théorie de la citoyenneté (a). Ces devoirs invitent à penser la citoyenneté comme office ou comme fonction publique (b).

a. La théorie des devoirs du citoyen

Nous l'avons indiqué dans l'introduction, c'est par le manquement aux devoirs que le Conseil d'État, dans son rapport annuel de 2018 sur la citoyenneté, justifie la sanction de la privation des droits civiques : « la cohérence du système [que constitue la citoyenneté française] tient [...] à la possibilité d'être exclu de la communauté des citoyens en cas de *manquement aux devoirs* »⁶¹⁶. Les devoirs du citoyen ne sont pas propres à la période de la Libération qui, en créant l'indignité nationale, les a en quelque sorte codifiés. L'ensemble des peines privatives des droits politiques témoigne de l'existence de devoirs du citoyen (i)

⁶¹⁵ GARÇON (Émile), *Code pénal annoté*, nouvelle éd. refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin et Marc Ancel, Paris, Sirey, 1952-1959, p. 266. Sur 49 723 condamnés à la dégradation nationale, 46 145 le furent par les chambres civiques, 3 578 par les cours de justice.

⁶¹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, op. cit., p. 36.

généralement sous-estimés dans la mesure où contrairement aux droits, ils n'ont jamais été explicitement déclarés et sont renvoyés du côté de la moralité plus que du droit (ii).

i. De l'inutilité ou du danger de déclarer les devoirs du citoyen

Au XVIII^e siècle, l'idée d'une corrélation entre les droits et les devoirs était répandue. On la retrouve chez les Physiocrates : Mirabeau publie en 1780 un ouvrage intitulé *Les devoirs* ; l'Encyclopédie reprend à Pufendorf⁶¹⁷ le contenu de son article *Devoir* et l'ouvrage de Mably *Des droits et des devoirs du citoyen*, écrit en 1758 et publié pour la première fois en 1789, connaît un grand succès. La question d'une déclaration des devoirs accompagnant celle des droits va dès lors naturellement se poser aux rédacteurs de la Déclaration de 1789. Elle va donner lieu à d'âpres discussions dans la matinée du 4 août⁶¹⁸. Par une déclaration des devoirs, les membres du clergé souhaitaient glisser dans la future déclaration un petit traité de morale : Grandin faisait ainsi valoir qu'« une déclaration des droits renferme nécessairement des matières abstraites et sujettes à discussions ; il n'est pas prudent d'exposer les droits sans établir les devoirs. Une déclaration des droits est comme un traité de morale qui ne serait pas entendu de toutes les classes de citoyens et dont on pourrait abuser »⁶¹⁹. Mais c'est l'abbé Grégoire, homme de progrès, qui lança véritablement en tant que tel l'offensive des devoirs⁶²⁰. Après maints débats, l'idée fut cependant rejetée : l'amendement proposant de lier droits et devoirs dans une même déclaration fut écarté par 570 voix contre 433.

⁶¹⁷ VON PUFENDORF (Samuel), *Les Devoirs de l'homme et du Citoyen, tels qu'ils sont prescrits par la Loi naturelle*, trad. J. Barbeyrac, nouv. Éd., Amsterdam et Leipzig, Arstée et Merkus, 1756.

⁶¹⁸ Sur ces discussions, v. RIALS (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, op. cit.*, p. 162-170 ; CONAC (Gérard), DEBENE (Marc) et TEBOUL (Gérard) (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, Economica, 1993. Pour une analyse plus généralement de la Déclaration de 1789, des déclarations de 1793, de la Déclaration de 1795 et de la Constitution de 1848, v. NANDRIN (Jean-Pierre), « La question des devoirs dans les premières déclarations françaises des droits de l'homme », in Hugues DUMONT, François OST et Sébastien Van DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 75-89.

⁶¹⁹ *A.P.*, t. 8, p. 321. L'évêque de Chartres, de Lubersac reprend ce thème : « il serait souhaitable d'introduire dans la déclaration quelques idées religieuses noblement exprimées. La religion ne doit pas être comprise dans les lois politiques mais elle ne doit pas y être étrangère ». Il faut éviter « d'éveiller l'égoïsme et l'orgueil. Les devoirs doivent servir de correctifs aux droits » (Cité dans DE BAECQUE (Antoine), SCHMALE (Wolfgang) et VOVELLE (Michelle), *L'an I des droits de l'homme*, Paris, Presses du CNRS, 1988, p. 124).

⁶²⁰ Avec lui, c'est le problème de fond qui est posé. « Les droits et les devoirs sont corrélatifs. Ils sont parallèles. L'on ne peut parler des uns sans les autres. Il est essentiel de faire une déclaration des devoirs pour retenir les hommes dans les limites de leurs droits. On est toujours porté à exercer les droits avec empire, toujours prêts à les étendre, et les devoirs, on les néglige, on les méconnaît, on les oublie. Il faut établir un équilibre. Il faut montrer à l'homme le cercle qu'il peut parcourir et les barrières qui peuvent et doivent l'arrêter ». Cité par RIALS (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, op. cit.*, p. 163.

L'introduction d'une déclaration des devoirs dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen soulevait en effet un certain nombre de questions irrésolues. En premier lieu, il fallait résoudre un débat qui sera constamment réouvert tout au long du XIX^e siècle, à savoir déterminer si les devoirs ont une consistance propre ou bien s'ils ne sont que le négatif des droits, des droits en creux. Seule la première branche de l'alternative impliquerait qu'il faille les déclarer. Dans le second cas, il suffit de déclarer les droits. En second lieu, le contenu des devoirs, dans les débats, était peu précisé. Lors des discussions du 4 août, seul l'abbé Grégoire a abordé le sujet, mais de façon encore très générale : « les droits et les devoirs sont corrélatifs et marchent sur des lignes parallèles. Il est impossible de concevoir des droits actifs sans droits passifs, et ceux-ci sont des devoirs : ainsi, en développant les rapports de l'homme social avec ses semblables, votre Déclaration de droits, sous ce titre unique, renfermera les droits respectifs dont la réciprocité constitue également les devoirs »⁶²¹. Qu'est-ce à dire ? Ainsi que l'analyse Lucien Jaume⁶²², l'idée de devoirs n'est plus celle qui s'était exprimée au sein de la philosophie médiévale, par exemple chez Thomas d'Aquin. Elle ne repose plus sur une fin intrinsèque de l'existence humaine orientée vers Dieu, et par là soumise au respect de toute personne humaine, à travers qui se manifeste la présence du Créateur. Il s'agit maintenant d'une « corrélation entre le droit d'un individu d'un côté et le même droit chez un autre, que le premier perçoit alors subjectivement comme un "devoir " pour lui »⁶²³. Chaque homme, par exemple, ayant le même droit à la liberté et à la propriété, a des droits incontestables, comme il a aussi des devoirs qui le forcent à respecter la liberté et la propriété d'autrui. Cette conception fait apparaître une double caractéristique des devoirs : d'une part, le devoir n'est que parce qu'autrui existe. Par conséquent, ils nous sont extérieurs ; d'autre part, par rapport à nos droits primitifs, nous n'avons de devoirs que seconds. Les devoirs apparaissent en ce sens comme des droits retournés, pour reprendre l'image de Marcel Gauchet⁶²⁴.

Dans la mesure où les devoirs ne semblent pas, selon cette conception, avoir une consistance propre, on pouvait douter de l'intérêt de les déclarer. Telle peut être une des raisons expliquant le rejet d'une déclaration des devoirs en août 1789. On ajoutera que pour

⁶²¹ Cité dans DE BAECQUE (Antoine), SCHMALE (Wolfgang) et VOVELLE (Michelle), *L'an I des droits de l'homme*, op. cit., p. 123.

⁶²² JAUME (Lucien), *Les déclarations des droits de l'homme : du débat 1789-1793 au préambule de 1946*, Paris, GF-Flammarion, 1989, p. 153-154.

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ GAUCHET (Marcel), *La révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989, p. 243.

certain, l'adjonction du mot citoyen dans le titre de la déclaration réglait le problème de fond. Selon ces derniers, « le titre seulement doit annoncer une déclaration des droits du citoyen et non des devoirs. Le mot citoyen annonce une corrélation avec les autres citoyens et cette corrélation engendre des devoirs »⁶²⁵. Pour Stéphane Rials⁶²⁶, des raisons d'ordre philosophique pourraient également expliquer ce rejet des devoirs. L'auteur rappelle qu'à la différence des jusnaturalistes modernes, Mably considérait qu'il n'y a pas de devoirs naturels et donc pas de devoirs à l'état de nature, sauf envers soi-même. L'avènement des devoirs ne daterait en conséquence que de l'état social. Il est possible que quelques Constituants aient considéré dans une telle perspective que la fixation des devoirs relevait du travail constitutionnel ultérieur, non de la Déclaration des droits. Il est probable cependant que ce refus s'explique en réalité surtout par un réflexe anticlérical de la majorité des constituants, y compris certains modérés⁶²⁷. C'était bien un prêtre qui avait lancé l'offensive des devoirs. Or, c'est avec le « jusnaturalisme puissamment christianisé que beaucoup ont dû, dans une demi-conscience, vouloir rompre »⁶²⁸. On aurait par conséquent pu croire que cette réticence à procéder à leur énumération, liée aux circonstances, se serait ultérieurement dissipée. Elle persistera, en dépit de quelques sursauts, jusqu'à nos jours.

Il est vrai que la Constitution de l'an III contient une déclaration des devoirs, qui correspond au souci des thermidoriens de contrebalancer l'influence dangereuse pour le nouvel ordre établi d'une déclaration de droits isolée⁶²⁹. Ce qui s'affirme à travers l'exposé des devoirs, c'est avant tout l'exigence primordial du maintien de la société (art. 1) et de « tout l'ordre social » (art. 8) : « l'homme ne peut exister qu'en tant qu'être social, et c'est à la défense de ses institutions qu'il doit être attaché avant tout ; c'est par là qu'il est sujet de droits et destinataire d'un faisceau d'obligations⁶³⁰. On rappellera qu'à cette époque, on considère aussi que « Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux »⁶³¹. Il s'agit dès lors de développer la vertu publique en l'articulant sur la sphère privée. Sans doute la Constitution du 4 novembre 1848 prescrit-elle aussi aux citoyens dans

⁶²⁵ A.P., t. 8, p. 341.

⁶²⁶ RIALS (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 165.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 167.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ JEANNEAU (Benoît), « Vraie ou fausse résurgence des déclarations des devoirs de l'homme et du citoyen », in *Territoires et libertés. Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 300.

⁶³⁰ FORTUNET (Françoise), « Des droits et des devoirs », in *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 1998, p. 20.

⁶³¹ DESLANDRES (Maurice), *Histoire constitutionnelle de la France*, A. Colin, Sirey, 1932, t. I, p. 319 et AULARD (Alphonse), *Histoire politique de la Révolution française*, op. cit., p. 570.

son Préambule un certain nombre de devoirs. Après avoir mentionné que « des devoirs réciproques obligent les citoyens envers la République, et la République envers les citoyens », l'article VII énonce une longue liste de devoirs : « d'aimer la Patrie, de servir la République, de la défendre au prix de sa vie, de participer aux charges de l'État en proportion de sa fortune, de s'assurer par le travail des moyens d'existence et par la prévoyance des ressources pour l'avenir, de concourir au bien commun en s'entraidant fraternellement les uns les autres, et à l'ordre général en observant les lois morales et les lois écrites qui régissent la société, la famille et l'individu ». Apparaissent là des valeurs qui dépassent l'individualisme de 1789. Si ces exhortations en 1848 n'ont pas été votées dans l'enthousiasme⁶³², on retrouvera toutefois ces valeurs dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ces dernières sont cependant détournées de leur finalité première : « on transforme en droits-créances sur la collectivité ces obligations de prévoyance et de fraternité qui, dans la pensée de 1848, incombaient d'abord aux citoyens »⁶³³. Quant à la Constitution du 4 octobre 1958, dans la mesure où ses rédacteurs reconnurent eux-mêmes qu'un gouvernement n'avait pas l'autorité d'une assemblée constituante pour élaborer un projet de déclaration de droits et de principes, elle ne pouvait *a fortiori* contenir de devoirs.

En conclusion, à la différence de plusieurs Constitutions étrangères et de chartes internationales qui associent désormais depuis la seconde moitié du XX^e siècle droits et devoirs dans l'exposé des principes généraux proclamés comme base de la société⁶³⁴, les Constitutions françaises ne contiennent pas en tant que tel de déclaration de devoirs. Pour Benoît Janneau, cette réticence des constituants depuis la Révolution à déclarer des devoirs ne signifie pas pour autant qu'il y ait un désaccord de principe sur l'existence même de ces devoirs. Cette réticence s'expliquerait davantage « par une sorte de scrupule ou de pudeur à s'immiscer dans les questions de morale individuelle »⁶³⁵.

⁶³² Les débats révèlent que bien des membres de l'Assemblée constituante s'en seraient volontiers passés et notamment Tocqueville qui intervint pour renoncer à tout énoncé de devoirs qui relevaient à ses yeux de la morale et n'avaient pas leur place dans la Constitution : cf. BASTID (Paul), *Doctrines et institutions politiques de la Seconde République*, Hachette, 1945, t. 1, p. 242 et 270, t. 2, p. 30 et 45. Mais Lamartine les sauva. Voir sur ce point JEANNEAU (Benoît), « Vraie ou fausse résurgence des déclarations des devoirs de l'homme et du citoyen », *op. cit.*, p. 300.

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ Ainsi par exemple de la Constitution italienne du 27 déc. 1947 ou de la déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme du 30 avril 1948. Sur la renaissance des devoirs et sa signification, v. *ibid.*, p. 305 s.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 301-302.

Qu'il s'agisse d'une question de morale plus que de droit, c'est là aussi l'argument avancé par la doctrine constitutionnelle classique selon laquelle on aurait tort de croire à une complémentarité entre droits et devoirs qui ne se situent pas sur un même plan. Dans son *Précis de droit constitutionnel*⁶³⁶, Maurice Hauriou a ainsi montré que les droits individuels sont des pouvoirs juridiques là où les devoirs sont des obligations morales. Il ne peut dès lors y avoir de corrélation directe entre les premiers et les seconds, mais seulement une complémentarité d'ensemble entre les uns et les autres. Cette interprétation semble refléter l'opinion dominante de la doctrine. En effet, Esmein, Carré de Malberg ou encore Duguit ne paraissent pas regretter que les constituants de 89 n'aient accompagné la déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'une énumération parallèle de leurs devoirs. Le problème n'est d'ailleurs pas soulevé. Tout au plus ces auteurs se limitent-ils à mentionner les tentatives faites dans ce sens en 1795 et 1848, « comme si dans leurs esprits il ne s'agissait là que d'avatars historiques qu'on avait bien fait d'abandonner »⁶³⁷. Cinquante ans plus tard, Jean Rivero rejoint, sur la question, la pensée de ses prédécesseurs⁶³⁸. Une déclaration des devoirs aurait inutilement alourdi la Déclaration de 1789. Selon ce dernier, « le respect de l'autre, inhérent à la formulation des droits suffit à fonder l'éthique minimum dont une société ne peut pas se passer, sans que soit nécessaire une incertaine formulation des devoirs qui dépassent l'ordre juridique pour relever des exigences supérieures de la conscience ». Les devoirs sont renvoyés à la morale individuelle, c'est-à-dire au for intérieur.

ii. La reconnaissance de l'existence de devoirs du citoyen

Si le titre de la Déclaration de 1789 ne contient pas le terme de « devoirs », il est probable selon Stéphane Rials qu'une grande partie de l'Assemblée admettait cependant que l'homme a des devoirs : « une réflexion élémentaire montrait à chacun que les devoirs ne se bornaient pas – peut-être à l'état de nature, à coup sûr à l'état social – au respect passif des droits d'autrui mais impliquaient, en société, une participation – au moins par une contribution financière – à la garantie collective de ces droits »⁶³⁹. Et d'ailleurs, le préambule définitif de la Déclaration émettra le vœu que ce texte « leur rappelle sans cesse [aux membres du corps social] leurs droits et leurs devoirs ». Si elle ne contient pas formellement de déclaration des

⁶³⁶ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 634-635.

⁶³⁷ JEANNEAU (Benoît), « Vraie ou fausse résurgence des déclarations des devoirs de l'homme et du citoyen », *op. cit.*, p. 296.

⁶³⁸ RIVERO (Jean), « La déclaration de 1789 : Mort et transfiguration », *LPA*, n° spécial 1989 (14 juillet).

⁶³⁹ RIALS (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 167-168.

devoirs, la Déclaration de 1789 fait donc référence dans certains de ses articles à des obligations : l'article 4 reprend explicitement l'énoncé du plus généralement reçu des devoirs naturels en posant que « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits » ; l'article 7 consacre un strict devoir d'obéissance en déclarant que « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant » et l'article 13 envisage une « contribution commune », même si ce sera sous l'angle des droits des citoyens à l'endroit de sa répartition.

Hauriou lui-même a nuancé son propos en considérant que certains devoirs corrélatifs à certains droits se révèlent à un stade déterminé de l'organisation sociale, lorsque les fonctions sociales se multiplient, notamment :

« Il y a des droits publics qui sont eux-mêmes, et par une certaine face, des *devoirs* parce qu'ils sont des fonctions sociales. C'est ainsi que c'est à la fois un droit et un devoir d'être soldat, d'être juré, d'être témoin, et, ici même, le devoir moral est fortifié d'une obligation. Le droit de suffrage implique le devoir de voter, car il est une fonction sociale en même temps qu'un droit individuel, et l'abstention pourrait bien être un jour punie d'une amende. De plus, ce fait que nos droits publics, pris dans leur ensemble, sont garantis par la société entraîne le devoir moral de contribuer sincèrement, chacun dans la mesure de nos forces, aux charges sociales. Par suite, c'est un devoir moral de payer l'impôt, et cela apparaît nettement dans les législations où l'impôt est assis sur une déclaration de revenu faite par le contribuable lui-même comme base de l'obligation juridique de la déclaration »⁶⁴⁰.

On distinguera trois types de devoirs du citoyen qui peuvent justifier, en cas de méconnaissance, la perte des droits politiques⁶⁴¹ : le premier n'est autre que le devoir d'obéissance à la loi qui, chez Aristote, fait partie de la définition de la citoyenneté. On l'a vu précédemment, pour ce dernier, le citoyen se définit avant tout par sa participation aux magistratures. Or, comme le précise l'auteur, toutes les magistratures ne sont pas permanentes : certaines ne sont exercées qu'une fois, d'autres ne peuvent l'être à nouveau qu'après un certain laps de temps. Le Stagirite complète dès lors sa définition du citoyen qu'il présente comme « quelqu'un qui est capable de gouverner et d'être gouverné ». Le citoyen doit savoir être gouverné, c'est-à-dire obéir. Pour l'auteur de *La Politique*, « l'obéissance à la loi et l'acceptation de la défaite politique ne sont pas incompatibles avec la dignité de la citoyenneté ; elles font partie de son essence »⁶⁴². Le Conseil d'État, dans son rapport sur *La*

⁶⁴⁰ HAURIUO (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 635.

⁶⁴¹ WALDRON (Jeremy J.), « Citizenship and Dignity », *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 378, 2013, p. 18 s.

⁶⁴² *Ibid.*, p. 19.

citoyenneté publié en 2018, ne dit autre chose lorsqu'il affirme que pour le citoyen, « le devoir de se soumettre à la loi est à la racine de tous les autres »⁶⁴³.

Celui qui gouverne, c'est-à-dire celui qui exerce activement ses droits de citoyen en prenant part à l'Écclésià, en étant juré, etc., est lui aussi soumis à des devoirs. Ainsi que l'indique Jérémy Waldron, « les droits et les pouvoirs associés à la citoyenneté sont des choses que l'on possède non pas pour son propre bien, mais pour le bien commun, et cela impose une certaine discipline dans la manière dont on les exerce »⁶⁴⁴. Ces devoirs du citoyen, Waldron les nomme « *responsibility-rights* »⁶⁴⁵. Ils prennent place dans une typologie dans laquelle l'auteur distingue quatre types de devoirs, ou plus exactement quatre types de rapport entre les droits et les devoirs. Les devoirs peuvent être « *opposed to the rights* », « *correlative to the rights* », « *applicable to the exercise of the rights* » ou être conceptualisés « *as rights* ».

Les devoirs du citoyen relèvent de la dernière catégorie. Contrairement à la première catégorie, les devoirs du citoyen ne se limitent pas à respecter les droits des autres⁶⁴⁶. Ils se différencient également des devoirs qui naissent des limitations que certains instruments comme la Convention européenne des droits de l'homme imposent à des droits déterminés. En même temps qu'il reconnaît la liberté d'expression, l'article 10 al. 2 de la Convention énonce par exemple que l'exercice de cette liberté « comport[e] des devoirs et des responsabilités »⁶⁴⁷. Les devoirs auxquels se réfère la troisième catégorie désignent les restrictions morales qui s'appliquent à la façon dont on exerce nos droits⁶⁴⁸. Pour Waldron, par exemple, l'exercice du droit de la liberté d'expression dont a fait usage la presse en

⁶⁴³ CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁴⁴ WALDRON (Jeremy J.), « Citizenship and Dignity », *op. cit.*, p. 19.

⁶⁴⁵ WALDRON (Jeremy J.), « Dignity, Rights, and Responsibilities », *op. cit.*, p. 1116.

⁶⁴⁶ Concernant cette première catégorie, Waldron écrit : « our rights are constrained by respect for the rights of others. My rights correlate with your duties ; your rights correlate with my duties. So when rights are equal, each person has duties in regard to the rights of others », *ibid.*, p. 1110.

⁶⁴⁷ Aux termes dudit article, « L'exercice de ces libertés [d'expression] comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique [...] », etc. Comme le précise Waldron, « of course a limitation on a right is not in and of itself the imposition of a responsibility : what it represents is clearing space for the imposition of a responsibility by other legal means, which might otherwise be obstructed or prevented by an expansive formulation of the right. So, for example, article 10(2) of the ECHR does not actually impose any responsibilities for "national security, ... public safety, for the prevention of disorder or crime, [or] the protection of health or morals". But it leaves room for the imposition of responsibilities under these headings », *ibid.*, p. 1113.

⁶⁴⁸ Dans les termes de J. Waldron, « a right does not give the right-bearer a reason to exercise the right one way or another, nor should it insulate him against moral criticism », *ibid.*, p. 1114.

publiant en 2005 les caricatures danoises sur Mahomet était « stupide, inutile et offensant ». La quatrième catégorie, pour finir, porte sur les droits qui sont en même temps des devoirs. Waldron donne l'exemple des droits parentaux⁶⁴⁹ : il s'agit de droits que l'on a, si l'on est parents, l'obligation d'exercer. Les droits politiques ont également ce caractère hybride de droits et de devoirs⁶⁵⁰.

Ainsi par exemple du devoir d'être membre de la garde nationale à la fin du XVIII^e-début du XIX^e siècle ou du devoir d'être juré. Si le droit de servir dans la garde nationale était un droit civique réservé aux citoyens actifs, l'inscription sur les listes de la garde nationale pour les citoyens actifs n'en constituait pas moins une obligation : aucun Français ne pouvait exercer ses droits de citoyen s'il n'était inscrit au rôle de la garde nationale⁶⁵¹. Rabaut Saint-Étienne expliquait ainsi, le 20 avril 1791, en présentant le rapport sur l'organisation des gardes nationales : « comme il est de principe que le membre d'une société prend l'engagement, en y entrant, de veiller à la sûreté des individus, et par conséquent de la société, chacun de ses membres veille à la sûreté de ce citoyen lui-même, son refus le prive du titre de citoyen ; et puisque tous les membres de cette société sont des citoyens actifs, il est censé renoncer à ce titre en renonçant à ses devoirs ; il n'est plus citoyen actif »⁶⁵². En résumé, comme le présente Rossi, l'appartenance à la garde nationale « est sans doute honorable, mais enfin c'est une charge ; c'est un droit, mais c'est aussi une obligation, et celui qui ne voudrait pas se rendre au poste où il est appelé serait exposé à des peines »⁶⁵³.

De la même façon, si la qualité de juré constitue, pour Rossi, un droit politique, « c'est avant tout un devoir, c'est avant tout une obligation par la nature même de ces fonctions »⁶⁵⁴. Aussi, si les Révolutionnaires de 1789 dispensèrent de la fonction de juré « ceux qui ont besoin pour vivre de leur travail manuel et journalier », ils refusèrent toutefois d'indemniser les jurés, convaincus qu'une telle indemnité serait en contradiction avec le devoir civique

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 1116.

⁶⁵¹ Il est précisé en ce sens que « ceux-là seuls jouiront des droits de citoyen actif qui, réunissant par ailleurs les conditions prescrites, auront pris l'engagement de rétablir l'ordre au-dedans quand ils en seront légalement requis, et de s'armer pour la défense de la liberté et de la patrie » : Décret concernant l'organisation de la force publique (décret du 6 déc.1790), DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'État*, op. cit., t. 2, p. 82.

⁶⁵² *A.P.*, t. 25, p. 221.

⁶⁵³ ROSSI (Pellegrino), *Traité de droit pénal*, t. 2, op. cit., p. 176-177.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 84.

qu'ils sont censés accomplir. Il faudra attendre 1907⁶⁵⁵ pour que les jurés soient même simplement remboursés de leurs frais de transport pour se rendre à la Cour d'assises. La qualité de juré est donc une obligation, et ce par les dispositions mêmes de la loi positive, car le service de juré est un service qui expose à des pénalités ceux qui, sans motifs légitimes, refuseraient de le rendre⁶⁵⁶.

Outre le devoir d'obéissance qui s'applique aux citoyens considérés comme « gouvernés » (comme « sujets » ou « membres de l'État », dirait Rousseau) ; outre les droits-devoirs qui concernent les citoyens considérés comme « gouvernants » (comme « citoyens » au sens strict, c'est-à-dire comme « membres du Souverain »), on distinguera un troisième type de devoirs du citoyen : les devoirs moraux. Le Conseil d'État, dans son rapport précité, indique que le Livret du citoyen remis pendant les cérémonies de naturalisation souligne que « les devoirs des citoyens les uns envers les autres ne se limitent pas à des obligations juridiques. Ils reposent également sur une *dimension morale* »⁶⁵⁷. Les obligations morales du citoyen données en exemple par le Conseil d'État consistent à « faire preuve de civisme et de civilité pour rendre supportable la vie en société. La politesse, le respect, la capacité à venir en aide à une personne en difficulté sont des éléments capitaux pour une citoyenneté vécue au quotidien »⁶⁵⁸. Le Conseil d'État fait autrement dit de la *civilité* une composante de la *citoyenneté*⁶⁵⁹, soulignant par là que la citoyenneté implique un certain comportement dans l'espace public⁶⁶⁰. Comme l'a très bien montré François Saint-Bonnet, l'espace public, qui est le lieu d'une relation non politique mais sociale, est *socialement* normé⁶⁶¹. Ces normes ne

⁶⁵⁵ La loi du 19 mars 1907 sera complétée par une circulaire l'année suivante (juill. 1908) qui prévoit cette fois une indemnité compensatrice de la perte de salaire occasionnée par la fonction de juré.

⁶⁵⁶ L'article 10-13 du code de procédure pénale créé par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs dispose expressément que « l'exercice des fonctions de citoyen assesseur constitue un *devoir* civique » et réprime les manquements à ce devoir. Est ainsi puni d'une amende de 3 750 € : 1° Le fait pour une personne inscrite sur la liste préparatoire de refuser, sans motif légitime, de se prêter aux opérations permettant de vérifier qu'elle remplit les conditions pour exercer les fonctions de citoyen assesseur ; 2° Le fait pour une personne désignée pour exercer les fonctions de citoyen assesseur de ne pas se présenter, sans motif légitime, à l'audience à laquelle elle doit participer.

⁶⁵⁷ Cité dans le Rapport du Conseil d'État sur la citoyenneté, *préc.*, p. 15 (nous soulignons).

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ Sur la différence entre citoyenneté, civisme et civilité et leurs pendants négatifs, v. VAN DE KERCHOVE (Michel), « Manquement grave à ses devoirs de citoyen, incivisme et incivilité ». Ce texte était accessible sur le site : http://www4.usaintlouis.be/4DACTION/WEB_Agendafiche/542/25611

⁶⁶⁰ Sur cette idée, v. ZEDNER (Lucia), « Policing civility in public space and the exclusion of "uncivil" citizens », *op. cit.*

⁶⁶¹ Sur la notion d'espace public et la citoyenneté comme civilité, v. SAINT-BONNET (François), « Partition de l'espace et différenciation normative. Le droit moderne et la civilité », *op. cit.*, p. 13-22 ; du même auteur, « La liberté des Modernes et la partition de l'espace », *Droit & Philosophie*, vol. 7, 2015, p. 11-26 ; « Sujets, citoyens, concitoyens - Espace public et communauté politique », in Olivia BUI-XUAN (dir.), *Droit et Espace-s*

sont pas nécessairement étatiques. Au contraire : parallèlement aux normes de police (lois ou règlements étatiques ou locaux) qui sont imposées de l'extérieur, les comportements dans l'espace public sont régulés de façon immanente par les mœurs, par les pratiques sociales. Ces normes de civilité sont des normes consenties : il s'agit de normes sociales ou civiles en permanence approuvées par le consensus, évolutif. Plus une société est civilisée, moins elle aura besoin d'être policée de l'extérieur, par autrui. Les comportements seront réglés socialement par les mœurs et l'usage, et non par l'imposition d'interdits juridiques. Dans la mesure où elle norme les comportements, la civilité peut donc être considérée comme un *devoir* même s'il est librement consenti. Dans la mesure précisément où il est librement consenti et non imposé de l'extérieur, ce devoir est *moral*. C'est lorsque le consensus n'existe pas ou n'existe plus que le législateur intervient.

On notera qu'à la différence des deux autres catégories de devoirs du citoyen, les incivilités, qui relèvent de « troubles de la société civile [là où] la citoyenneté (et la crise civique qui lui est directement liée) appartient, elle, au champ politique »⁶⁶², ne sont pas sanctionnées par la privation des droits civiques mais bien souvent, par un stage de citoyenneté⁶⁶³. Plutôt que de priver de la citoyenneté, cette sanction créée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite « Perben II » la promeut. Le contenu de cette peine alternative que constitue le stage de citoyenneté, prévu à l'article 131-5-1 du code pénal, prévoit un rappel au condamné « des valeurs de la République et des devoirs du citoyen ». Ont par exemple été condamnés à accomplir un stage de citoyenneté des femmes portant le niqab⁶⁶⁴ ; un individu qui a eu un comportement violent à l'encontre de personnels navigants alors qu'il était ivre ou encore ceux qui, voulant interdire à leur voisin de passer sur leur propriété en quad comme il avait l'habitude de le faire, ont été violents, ont dégradé son quad et volé son téléphone portable⁶⁶⁵.

public-s, Paris, Fondation Varenne, 2012, p. 21-31 ; « La civilité moderne, garantie de la liberté individuelle », in Olivier BEAUD, François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, *op. cit.*

⁶⁶² CHANEL (Armand), « Citoyenneté et civilité aujourd'hui : quelques éclaircissements », <http://www.ac-grenoble.fr/ecjs/ecjs2/citoyennete.htm>.

⁶⁶³ V. SAINT-BONNET (François), « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa », *op. cit.*

⁶⁶⁴ La juridiction de proximité de Paris, le 12 décembre 2011, a ainsi condamné une femme pour port d'une tenue destinée à la dissimulation du visage dans l'espace public à un stage de citoyenneté d'une durée de quinze jours. La Cour de cassation a cassé le jugement au motif qu'en l'absence de la prévenue au procès, le tribunal ne pouvait la condamner à accomplir un stage de citoyenneté. V. Cass., crim., 5 mars 2013, n° 12-80891, *Bull. crim.*, n° 54 ; *Gaz. Pal.*, 8 mai 2013, n° 130b2, p. 35, obs. S. Detraz. Dans le même sens, v. Cass., crim., 9 déc. 2014, n° 14-80873, *Bull. crim.*, n° 246.

⁶⁶⁵ Ces faits sont rappelés par la Cour de cassation dans Cass., crim., 21 juin 2017, n° 16-84537, inédit.

Il ressort de ces exemples que la civilité ne se limite pas au « respect d'un code minimal de politesse dans les interactions publiques par lequel on reconnaît l'existence des autres et de leurs droits légitimes (comme par exemple le droit à ne pas être bousculé ou enfumé dans les transports en commun) »⁶⁶⁶. « Les incivilités vont plus loin que la simple impolitesse : elles concernent surtout les "petites violences" aux biens ou aux personnes »⁶⁶⁷.

La citoyenneté implique donc différents types de devoirs : si leur violation n'entraîne pas dans tous les cas des sanctions privatives des droits civiques, elle les justifie.

b. La théorie de la citoyenneté comme fonction publique

Ces devoirs du citoyen suggèrent que la citoyenneté peut être pensée comme une fonction publique. Les déchéances de droits civiques sanctionnent le non-respect des obligations inhérentes à cette fonction (publique). On rappellera que la *dignitas* désigne elle-même un rang mais aussi une *fonction*. J. Waldron la qualifie d'ailleurs de « *role-based dignity* »⁶⁶⁸. En ce sens, elle s'appliquait fort bien aux *fonctions* professionnelles. La citoyenneté comme *dignitas* renvoie elle aussi à l'idée de fonction, non pas professionnelle, mais publique.

C'est ce qu'a démontré Jean-Philippe Heurtin⁶⁶⁹ pour la période de la Révolution : se fondant sur l'importance rémanente des devoirs dans son analyse des occurrences de « citoyen », « citoyenne », « citoyens » et « citoyennes » dans le corpus des « décrets » (lois) publié par la Collection Baudouin⁶⁷⁰ – collection la plus complète des lois révolutionnaires existante⁶⁷¹ –, celui-ci a qualifié la citoyenneté sous la Révolution d'« office » ou de magistrature. Jean-Philippe Heurtin retrace la parenté qui unit les devoirs à l'office : on sait que dans son *De officiis*, Cicéron a voulu traduire par « office » le terme grec de « *kathekon* »,

⁶⁶⁶ À cet égard, cf. ROCHE (Sebastian), *La société incivile. Qu'est-ce que l'insécurité ?*, Paris, Seuil, 1996, p. 75 : « les incivilités sont des atteintes à l'ordre *en public*. C'est un concept qui est très proche de celui d'ordre public en dehors du fait qu'il émane de la population sans être codifié par le droit ».

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ WALDRON (Jeremy J.), « Dignity, Rights, and Responsibilities », *op. cit.*, p. 1121.

⁶⁶⁹ HEURTIN (Jean-Philippe), « Le citoyen parfait », communication au colloque « La Loi en Révolution 1789-1795. Fonder l'ordre et établir la norme », Colloque international, Pierrefitte-sur-Seine / Paris I-Panthéon-Sorbonne, 12-14 sept. 2013.

⁶⁷⁰ *Collection Baudouin. i.e. Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale, faisant suite à la Collection des décrets sanctionnés par le Roi*, Paris, Baudouin, sd. (87 vol.).

⁶⁷¹ V. SIMONIN (Anne), « L'impression de la loi dans la collection Baudouin : l'invention de la loi législative », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, n° 6, 2013 ; DURELLE-MARC (Yann-Arzel) et SIMONIN (Anne) (dir.), « Les Sources matérielles de la loi sous la Révolution (1789-1795) », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, n° 6, 2013.

qui signifie un « devoir en situation », selon l'expression de V. Goldschmidt, un sens de ce qu' « il est convenable de faire » selon telle ou telle circonstance⁶⁷². À partir du XVII^e siècle, on traduit de manière systématique « office » par « devoirs », et le terme acquiert un sens fort d'obligation que le latin ignorait. La citoyenneté, qui repose sur des devoirs, se pense alors pour Jean-Philippe Heurtin comme un office. L'électeur est un « magistrat », le terme magistrat désignant le « maître, celui qui conduit » et une « haute fonction publique ».

Outre l'analyse terminologique, Jean-Philippe Heurtin trouve un indice supplémentaire de cette thèse dans le serment, dont il montre l'importance au cours de la Révolution⁶⁷³. Loyseau voit dans l'acte du serment la forme même de l'office : « et c'est ce serment qui attribue et accomplit en l'Officier, l'Ordre, le grade, et s'il faut ainsi parler, le caractère de son Office, et qui lui défère la puissance publique »⁶⁷⁴. Or, il avait été proposé à l'Assemblée nationale, en 1791, que « tous les citoyens français prêtant le serment civique, jureront sur leur honneur et se soumettront expressément en cas de violation à la peine d'infamie »⁶⁷⁵. Les peines d'infamie excluent ceux contre qui elles ont été prononcées de toutes dignités et charges publiques. Exiger de tous les citoyens qu'ils prêtent le serment civique, c'est donc reconnaître implicitement qu'ils sont titulaires d'un Office. Faire par ailleurs de l'indignité la sanction du serment civique, c'est considérer également que le serment confère la dignité : « cela renvoie à une conception de la citoyenneté comme office, puisque la Dignité, comme l'honneur sont une composante de l'office »⁶⁷⁶. Comme le disait Loyseau : « l'office est dignité avec fonction publique ».

Jean-Philippe Heurtin trouve une dernière confirmation de sa conception de la citoyenneté comme fonction publique dans les sanctions pénales qui frappent le mauvais citoyen comme le fonctionnaire. Pendant tout l'Ancien régime, la législation royale avait

⁶⁷² Jean-Philippe Heurtin précise que « le terme d'office renvoie en même temps à la vie commune : l'office porte sur "l'institution de la vie commune". L'office est ce qui rend la vie gouvernable, et qui donne forme à la vie des hommes. Mais le terme d'office a été également repris dans le vocabulaire étatique et ecclésiastique, en particulier avec le *De officii* d'Ambroise de Milan pour désigner d'abord la pratique liturgique. Puis l'office va aussi désigner, dans l'Église et dans l'État, une "fonction" bureaucratique. Depuis Ambroise, en passant par Jean de Salisbury, Loyseau, Bodin et bien au-delà, par exemple chez Domat, l'office va devenir une catégorie de la pratique et de la théorie de l'État, qui chaque fois, fera référence à Cicéron » (*ibid.*).

⁶⁷³ Le serment n'est pas seulement ou pas essentiellement un serment de fidélité (origine vassalique), mais est un opérateur de communication de la souveraineté.

⁶⁷⁴ LOYSEAU (Charles), *Les Cinq Livres du Droit des Offices*, éd. de 1701, p. 26-27.

⁶⁷⁵ *A.P.*, t. 27, séance du 11 juin 1791, p. 127. Le serment d'indignité, plus exactement « serment civique », de 1791 exigeait des officiers un engagement de fidélité envers la constitution et le roi. Après qu'il a été étendu à tous les fonctionnaires publics, une extension plus significative à tous les citoyens fut proposée.

⁶⁷⁶ HEURTIN (Jean-Philippe), « Le citoyen parfait », *cit.*

souffert de la désobéissance chronique de ses magistrats qui ne « la faisaient point garder ni observer ». Les ordonnances royales de codification⁶⁷⁷ ont alors institué des peines pour ces fonctionnaires qui ne respectaient pas les devoirs de leurs charges. De la même façon, les peines privatives de droits politiques sanctionnent les citoyens qui ne remplissent pas correctement leur fonction. Fort de ces différentes observations, l'auteur conclut que la citoyenneté, sous la Révolution, « est un office auquel on accède par serment, avec des devoirs, qui confère une dignité et qui honore »⁶⁷⁸.

Cette étude confirme notre hypothèse selon laquelle la citoyenneté peut être pensée, au prix de certains réajustements, comme *dignitas*. Elle la précise en mettant en évidence qu'elle implique de penser la citoyenneté comme une fonction publique. Il va sans dire que contrairement au modèle de l'Office de l'Ancien Régime, cette fonction publique s'est, avec la Révolution, démocratisée. Elle n'a pas disparu pour autant jusqu'à récemment. Étienne Picard écrit ainsi encore en 2000 que « quant à sa nature, la citoyenneté est une fonction et donc une responsabilité. Et à ce titre, elle-même, tout ensemble, des droits et des obligations, des pouvoirs et des devoirs »⁶⁷⁹. Le Conseil constitutionnel, dans ses décisions QPC ultérieures à 2010, énoncera clairement que l'on ne peut plus assimiler la citoyenneté à l'exercice d'une fonction publique.

Au terme de cette section, nous avons mis en évidence que la citoyenneté pouvait être pensée comme fonction publique honorifique, fonction qui se fonde sur des obligations et dont les sanctions hiérarchisent les citoyens entre eux en créant différents « groupes de statut » au sens wébérien du terme. La démocratisation de la citoyenneté pendant la Révolution et l'universalisation du suffrage en 1848 ne remettent pas en cause cette conclusion. Tout au plus contribuent-elles à souligner que l'honneur autrefois accordé aux seuls nobles est aujourd'hui octroyé à tous les citoyens dignes. En étudiant la période de la Libération, nous avons vu que c'est cette conception qui a justifié implicitement la création du crime d'indignité nationale et de la peine infamante de la dégradation nationale. La violation des devoirs du citoyen légitimait la discrimination instaurée parmi les nationaux entre les

⁶⁷⁷ Depuis les ordonnances de Villers-Cotterêts, Orléans, Roussillon, Moulins, Blois jusqu'à la grande ordonnance civile de 1667 qui a vu l'opposition du président Lamoignon et de Pussort précisément sur la question de « punir les juges ».

⁶⁷⁸ HEURTIN (Jean-Philippe), « Le citoyen parfait », *cit.*

⁶⁷⁹ PICARD (Étienne), « La notion de citoyenneté », *op. cit.*, p. 722.

citoyens et les non-citoyens. Loin d'être purement théorique ou « de lege ferenda », cette conception trouve donc à s'illustrer dans le droit positif.

Le premier devoir du citoyen sanctionné par la perte des droits civiques est la fidélité à la loi. Le bon citoyen n'est pas tant le citoyen vertueux qui participe activement à la vie de la Cité que le sujet obéissant. C'est également ce qui ressort des théories du contrat social pour lesquelles, en méconnaissant ce devoir, en violant la loi, le criminel s'exclut du pacte. La privation des droits du citoyen, dans ce cadre, ne ferait que prendre acte du fait qu'en désobéissant, ce dernier s'est lui-même « auto-exclu ». Cette seconde justification des déchéances civiques fondée sur l'idée d'auto-exclusion du délinquant résultant de la rupture du pacte permet de compléter la première caractérisation de la citoyenneté comme Dignité : elle révèle que la citoyenneté se fonde sur une certaine conception du contrat social.

Section 2 – La représentation de l'infraction comme « auto-exclusion » de la cité : citoyenneté et conception morale du contrat social

Selon cette seconde justification, par la peine de la déchéance des droits civiques, le législateur et le juge excluraient moins qu'ils ne prendraient en considération par le droit l'auto-exclusion de l'auteur de l'infraction. Cette représentation du crime comme « figure fondamentale de l'exclusion de la cité »⁶⁸⁰ se fonde historiquement sur le mouvement de publicisation du droit pénal amorcé au XIII^e siècle et parachevé par la Révolution : à l'issue de ce processus, toute infraction constitue une attaque contre la souveraineté et une offense au corps social, lors même qu'elle ne vise que les biens d'un particulier (§1). En violant la loi, le délinquant porte atteinte à l'ensemble de la communauté. Aussi est-il naturel qu'il en soit retiré. Cette représentation de l'infraction se formule aisément, d'un point de vue théorique, dans la doctrine du contrat social aux termes de laquelle « sitôt que [la] multitude est ainsi réunie en un corps, on ne peut offenser un des membres sans attaquer le corps »⁶⁸¹. Par cette

⁶⁸⁰ ROBERT (Philippe), « Essai de construction d'un paradigme pénal », in Philippe ROBERT, Francine SOUBIRAN-PAILLET, Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales*, t. 2, L'Harmattan, Paris, 1997, p. 54.

⁶⁸¹ SERVAN (Joseph-Michel-Antoine), *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, 1767, publié dans BECCARIA (Cesare), *Des Délits et des peines*, Traduction nouvelle et seule complète [...] suivie du Commentaire de Voltaire sur le Livre des délits et des peines, et du Discours de J.-M.-A. Servan, Avocat-Général au Parlement de Grenoble, sur l'administration de la justice criminelle, avec des notes par P.-J.-S. Dufey, Dalibon, Paris, 1821.

offense au corps issu d'un contrat passé entre les hommes, l'infacteur rompt le pacte dont il s'exclut (§2).

L'extériorité de l'infacteur vis-à-vis de la communauté qui en résulte est, en fonction des différentes théories du contrat social, ou *absolue*, ou *relative*. Dans le premier cas, on considèrera que le délinquant ne peut plus être puni en tant que citoyen, mais seulement *en tant qu'ennemi*. Il sera dès lors soumis à un pseudo droit de la guerre, à un droit d'exception : le droit pénal de l'ennemi. Dès lors que l'on considère cependant que le pacte social inclut les conditions de sa propre négation – dès lors que l'on admet, autrement dit, qu'en commettant une infraction, le délinquant viole *une* loi et non la convention générale qui a présidé au pacte –, on interprètera l'extériorité du délinquant comme relative seulement : on le punira alors *en tant que citoyen*, en le privant de ses droits de citoyen. S'il est déchu de ses droits politiques, il conservera ses autres droits. La justification de la privation des droits civiques par l'idée d'auto-exclusion de la cité se fonde donc sur une certaine conception du contrat social qui permet de préciser les rapports entre l'individu et l'État.

§1. Ses fondements historiques : la représentation de l'infraction comme offense au corps social

La représentation de l'infraction comme violation de la loi et offense à la société – présumé de la conception selon laquelle en commettant une infraction, le délinquant s'exclut de la communauté civile et politique – est née de deux processus qui se sont développés parallèlement et se sont alimentés mutuellement, chacun constituant tout à la fois un effet et un moteur de l'autre : « l'étatisation du politique et la pénalisation [sont allés] de pair »⁶⁸².

⁶⁸² ROBERT (Philippe), « Essai de construction d'un paradigme pénal », *op. cit.*, p. 54. Pour cette reconstruction historique, nous renvoyons essentiellement aux ouvrages de CARBASSE (Jean-Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.* ; LAINGUI (André), LEBIGRE (Arlette), *Histoire du droit pénal*, t. 1 : Le droit pénal, Éd. Cujas, Paris, 1979 ; ESMEIN (Adhémar), *Histoire de la procédure criminelle en France - et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Larose et Forcel, Paris, 1882 ; TREBUTIEN (Eugène), *Cours élémentaire de droit criminel - Comprenant le commentaire des deux premiers livres du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois nouvelles qui les ont modifiés*, 2^{ème} éd., t. 1, Paris, A. Lahure Éditeur, 1878, p. 7-79 ; NORMAND (Albert), *Traité élémentaire de droit criminel - Comprenant une introduction philosophique et une introduction historique, l'explication des principes généraux du Code pénal, du Code d'instruction criminelle*, Paris, F. Pichon Éditeur, 1896, p. 37-73 ; VON BAR (Carl Ludwig), *A History of Continental Criminal Law [Geschichte Des Deutschen Strafrechts*, trad. Th. S. Bell], Boston, Little, Brown and Company, 1916.

L'étatisation, c'est-à-dire la construction d'un pouvoir politique concentré autour de la puissance royale et l'affaiblissement corrélatif de l'autorité des seigneurs et de l'Église, a reposé pour une grande partie sur la centralisation du pouvoir de rendre justice qui est progressivement devenu la prérogative majeure, puis exclusive, du Souverain (A). Pour légitimer ce monopole étatique de l'exercice judiciaire en général, et de l'exercice de la justice criminelle en particulier, le roi devait pouvoir affirmer que dans tout délit, c'est l'État – et non pas l'intérêt privé de la victime directement visée – qui était lésé. À cet effet, les légistes du roi ont élaboré des méthodes permettant de multiplier le nombre des délits dits « publics », c'est-à-dire des délits que l'on assimile à des atteintes à la sphère publique et qui, depuis l'Antiquité, relèvent seuls des instances pénales à proprement parler (B). C'est en ce sens que la pénalisation, par où l'on entend le rattachement de tout délit à une infraction publique, qui signe l'acte de naissance du droit pénal en tant que tel, est allée de pair avec l'affirmation de l'État. Le déploiement du dispositif criminel est le résultat d'une occupation de la scène judiciaire par le pouvoir central tout autant que la marque propre de l'irruption de ce pouvoir central.

A. La centralisation judiciaire, vecteur d'étatisation du politique

Au Haut Moyen-Âge, du V^e au X^e siècle, le droit est orienté en fonction du principe du dommage objectif causé à une victime tangible. L'offense est conçue comme une injure au droit substantif d'une personne⁶⁸³. Le droit des Francs, fondé sur la tradition du droit germanique qui s'introduit en Europe occidentale à la suite des invasions barbares et se mêle peu à peu aux usages romains et chrétiens⁶⁸⁴, repose sur la vengeance privée déclenchée par l'offense faite au membre d'un clan. Ce droit de vengeance, qui offre à la victime la possibilité de se laver de l'offense subie, entraîne dans la guerre toute la parentèle. C'est pour mettre un terme à ces guerres entre clans que Clovis, vers 511, ordonne la rédaction de la Loi salique qui établit un système de composition financière venant éteindre la vengeance : dorénavant, celle-ci ne peut plus s'exercer que si les parties refusent toute composition et toute procédure judiciaire. Pour certains crimes particulièrement graves (la trahison, la désertion, le vol en flagrant délit, mais aussi le non-respect des ordres du roi et de ses

⁶⁸³ VON BAR (Carl Ludwig), *A History of Continental Criminal Law*, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁸⁴ Contrairement à ce qui se passait en pur droit privé, où les règles applicables aux barbares et aux gallo-romains étaient très différentes, une unification relative en matière d'organisation judiciaire et de répression des délits et des crimes s'opéra progressivement en matière pénale, les rois barbares légiférant, surtout après le VIII^e siècle, au nom de l'ordre public.

fonctionnaires), il existe de véritables peines. Le principe durant cette période reste toutefois la composition. Dans ce système, la poursuite, purement accusatoire, n'appartient qu'à la victime. Lorsqu'elle renonce à la vengeance privée ou à la composition amiable, cette dernière saisit le *mallus*, le tribunal ordinaire qui se réunit temporairement et périodiquement. Le comte, qui rend la justice avec le concours d'hommes libres, convoque les assises, préside l'assemblée des hommes libres, recueille, sans y prendre part, la sentence qu'ils rendent et la fait exécuter. À côté du *mallus*, il existe une juridiction royale qui a une compétence exclusive pour toutes les causes concernant les membres du palais, les biens du roi ou le roi lui-même et qui peut également statuer sur les affaires ayant été jugées par le tribunal de droit commun. En l'absence d'une véritable hiérarchie judiciaire – les cours ne connaissant qu'un seul degré de juridiction – le tribunal royal ne joue cependant ni le rôle d'une Cour d'appel, ni celui d'une Cour de cassation et n'occupe qu'une place secondaire.

Avec l'effondrement des institutions carolingiennes à la fin du IX^e siècle, la souveraineté s'affaiblit, se morcèle et se fractionne en autant de petites principautés distinctes qu'il existe de propriétés territoriales importantes concentrées dans les mêmes mains. À partir de ce moment-là, la propriété territoriale devient la base de la puissance publique. Avec le fief, on acquiert et la souveraineté et la justice. De pouvoir exclusif du roi des Francs qu'il était, le *bannum* – qui désigne, chez les anciens germains, le pouvoir de commandement du chef de la tribu au nom duquel la justice est exercée – est désormais concentré dans les mains des seigneurs. À côté des cours seigneuriales et de la justice florissante de l'Église qui, grâce à la réforme grégorienne, parvient en partie à s'extirper de l'emprise de la féodalité, on assiste, avec le développement des villes, à l'émergence d'une justice communale. La justice royale, quant à elle, est un simple pouvoir féodal que le roi n'exerce que sur les domaines dont il est le seigneur. Les acteurs de ces différentes justices, qui traitent tout à la fois de matière civile et pénale sans les distinguer sur le plan des procédures, vont s'engager progressivement dans une sorte de lutte pour le contrôle du pouvoir judiciaire qui représente un enjeu de taille tant du point de vue strictement économique que politique : pour le roi, il s'agit par là de réaffirmer son pouvoir et d'imposer sa domination, ce qu'il parvient à faire à partir de la fin du XIII^e siècle. S'ouvre à cette époque-là une période de transition et de rénovation qui durera jusqu'au XVI^e siècle.

On assiste, durant cette période, à l'établissement d'un système de juridictions permanentes dont la suprématie appartient désormais aux juridictions royales, réparties sur les diverses portions du territoire, avec une hiérarchie marquée et des recours de divers genres

d'une autorité à l'autorité supérieure. Toutes les affaires aboutissent par voie d'appel au parlement, sauf celles qui sont définitivement jugées par les présidiaux. Une chambre du parlement, instituée par une ordonnance de 1413, est spécialement affectée à l'expédition des affaires criminelles. Avec la justice ecclésiastique, les justices seigneuriales ou communales qui subsistent ne jouent plus qu'un rôle subalterne et sont soumises à la Cour du roi, juge en appel de toutes les juridictions seigneuriales du royaume. Au XVII^e siècle, ces multiples juridictions existent encore, et la grande ordonnance de 1670 détermine leur compétence. Les juridictions royales ont cependant pris définitivement le dessus et envahi presque tout le domaine du droit criminel.

B. La publicisation de l'infraction comme moyen de justifier la mainmise de l'État sur la justice

Pour parvenir à de telles transformations, les rois de France ont cherché, dès la fin du XII^e siècle, la manière dont la justice royale pouvait attirer à elle la plus grande partie des contentieux. Les catégories juridiques fournies par les compilations de droit romain, qui avaient rendu possible l'ascension sans précédent de la justice impériale, sont entrées rapidement en adéquation avec ce projet politique (1). Les légistes du roi s'en sont inspiré et ont élaboré une série de techniques permettant au roi d'affirmer progressivement que dans toute infraction, c'est l'État qui est lésé – et partant, que la répression de l'infraction doit relever de son autorité (2).

1. « Délits privés » et « délits publics » : la (re) découverte du droit romain

De la naissance de la République jusqu'au Bas-Empire, le droit romain connaît une *summa divisio* entre délits privés (*delicta*) et délits publics (les *crimina*), régis par deux procédures distinctes, civile et pénale. Les délits privés relèvent de l'*ordo judiciorum privatorum*. Ils lèsent un intérêt particulier et s'apparentent plus ou moins à des délits civils. Les atteintes aux biens comme le vol ou le dommage causé à la propriété d'autrui, mais aussi la plupart des atteintes à la personne ou à l'honneur d'autrui relèvent de cette catégorie. La poursuite de l'infraction n'appartient qu'à la victime. Celle-ci peut intenter un procès à l'auteur de l'acte suivant les règles de la procédure civile en vue d'obtenir une réparation de type pécuniaire. Les délits publics, qui ouvrent une action publique, sont les seuls à relever à

proprement parler du droit pénal⁶⁸⁵. Ces délits, qui appartiennent à l'*ordo judiciorum publicorum*, visent deux actes en particulier : d'une part, le meurtre ; d'autre part, les crimes contre la cité qui incluent, pour ces derniers, le crime de *perduellio* et le *crimen majestatis*.

Pour Normand⁶⁸⁶, tout porte à penser qu'à l'origine, les poursuites au criminel ont été rares, et que dans le principe, la plupart des crimes ou des délits, sauf ceux qui portaient atteinte à la sûreté de l'État ou les crimes atroces, n'ont donné lieu qu'à des réparations. À partir de la fin de la République cependant, de nouveaux délits publics ont été créés. D'anciens délits privés sont devenus par ailleurs publics. Enfin, le droit pénal s'est emparé peu à peu de la sanction de certains délits pouvant donner lieu à une action pénale dans le cadre d'une procédure civile : l'action intentée par la victime d'un délit privé, devant la juridiction civile, était qualifiée d'action pénale en ce sens que, d'une part, au lieu d'aboutir à la simple réparation du préjudice éprouvé, le chiffre de l'indemnité ainsi obtenue était plus élevé, et que, d'autre part, on ne pouvait poursuivre les héritiers du coupable. À la fin du Bas-Empire, la notion de délits privés a perdu tout intérêt pratique.

La multiplication de ces délits publics à Rome s'est accompagnée de l'émergence progressive et de la domination bientôt exclusive de la justice impériale. Après que le procès pénal a été confié au début de la République à des magistrats supérieurs, la compétence pour connaître d'un certain nombre de délits publics de la justice pénale ordinaire est attribuée à des jurys criminels permanents, les *quaestiones perpetue*, devant lesquels la procédure employée est accusatoire. Lorsque les délits publics font leur apparition, on considère que l'*accusatio*, le droit de porter l'accusation qui avait initialement été conçu pour les délits privés, appartient à tous les citoyens, et non simplement à la victime. Le ministère public incombe à l'ensemble du corps civique. Ces jurys ont été particulièrement efficaces jusqu'au début du II^e siècle après Jésus-Christ, date à laquelle ils perdent progressivement leur rôle au profit du Sénat et surtout des tribunaux de l'Empereur et de ses délégués. L'Empereur intervient dans un premier temps en dehors de l'*ordo* : sa justice est une justice d'exception fondée sur l'*imperium* qu'il détient, un pouvoir sans partage qui l'autorise à définir de nouveaux délits publics. C'est à ce moment-là que d'anciens *delicta* se transforment en *crimina*. Les premiers Empereurs ne se limitent pas cependant à légiférer. Ils s'arrogent

⁶⁸⁵ De nombreux auteurs se réfèrent d'ailleurs à ces délits publics par l'expression de « délits de droit pénal ». Voir en ce sens NORMAND (Albert), *Traité élémentaire de droit criminel*, op. cit., p. 41.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 52.

progressivement le droit de juger tous les crimes. En tant que représentants de la *respublica*, les juges impériaux, réputés agir au nom du bien public, acquièrent la capacité non seulement d'établir le délit mais aussi d'ouvrir d'office eux-mêmes les procès. Au nom d'un certain ordre public, on a l'idée que certaines infractions, par leur gravité, lèsent toute la société et qu'il est dès lors impossible de laisser aux victimes ou même aux citoyens le choix des poursuites. C'est de cette façon que s'est dessiné, à côté du système accusatoire de l'ancien *ordo*, un embryon de procédure inquisitoire. Forts de ce constat que la publicisation des délits a constitué un moyen efficace de l'affirmation du pouvoir impérial, les légistes du roi formés au droit romano-canonique s'en sont inspiré pour élaborer différentes techniques.

2. Les techniques élaborées pour multiplier le nombre des délits publics

Au Haut Moyen-Âge, on retrouvait la distinction romaine des délits publics et des délits privés. Les délits contre la chose publique étaient fort peu nombreux. Tacite nous apprend que chez les Germains, on ne connaissait guère que deux délits de cette nature : la trahison et la lâcheté. C'est que l'idée d'un pouvoir social personnifiant des intérêts collectifs, généraux était très faible. Les diverses tentatives des rois francs qui se sont efforcés d'accroître le nombre des délits publics se sont soldées par des échecs. C'est avec l'apparition de la féodalité qu'est née véritablement l'idée que le délit lésait non seulement l'intérêt de la victime mais aussi celui du seigneur. L'institution d'une procédure de type inquisitoire, empruntée à la tradition romano-canonique, a constitué, à partir du XIII^e siècle, l'un des moyens inventés par les juristes du roi pour que les parties directement impliquées dans une affaire perdent totalement le contrôle sur le déroulement et l'issue de la procédure au profit des tribunaux. On a enlevé aux victimes le choix des poursuites mais aussi le droit d'arriver à un accord et d'interrompre les hostilités judiciaires. Les parties n'ont plus été autorisées à transiger, ni le coupable à racheter sa faute. On assiste ainsi à un déclin de la composition et à un développement des peines. L'apparition d'un ministère public et la mise en place du procureur du Roi, figure inconnue du droit romain, parachèveront l'adoption de la procédure inquisitoire dominante dans les cours royales. En tant que représentant du pouvoir lésé, le procureur se substituera à la victime directe. De nombreux délits anciennement privés seront dorénavant considérés comme des délits publics.

Pour justifier que l'autorité lésée par ces délits était celle du roi, les légistes ont créé la théorie des « cas royaux », lesquels sont de la compétence exclusive des juges royaux. Par ce procédé, le roi a soustrait aux cours seigneuriales et ecclésiastiques le pouvoir de juger des

infractions ayant eu lieu sur leurs terres lorsqu'elles constituaient des « cas royaux ». L'utilité de ces derniers consiste dans l'incertitude et l'élasticité de leur définition. En vain les barons pressaient-ils les légistes de les définir. Ceux-ci répondaient que le cas royal était celui qui pouvait porter atteinte à l'autorité du roi et ils se sont gardés de les énumérer. Si elle visait, au départ, les actions dont le roi, d'une certaine manière, pouvait se présenter comme étant plus ou moins directement la partie lésée (dans les cas, par exemple, d'offense de lèse-majesté, d'infraction de la sauvegarde du roi, de port d'armes, de fausse monnaie, etc.), la liste non limitative des cas royaux a inclus aussi des torts à l'endroit des individus (homicides, vols, agressions physiques, etc.).

À la veille de la Révolution, qui consacrera cette évolution, tout délit est désormais considéré comme public. Le droit pénal, qui se fonde sur « les rapports d'homme privé à la société, et réciproquement »⁶⁸⁷, sera d'ailleurs considéré par la doctrine du XIX^e siècle comme une partie spéciale du droit public interne. La détermination de l'infraction pénale comme délit public a cependant été modifiée : alors que dans l'Ancien Régime, le terme « public » désignait d'abord les attributs du pouvoir, il vient désormais qualifier, à la fin du XVIII^e siècle, le corps social. Toute infraction est désormais conçue comme une offense contre la société. D'un point de vue historique, c'est essentiellement à partir de ce moment-là que l'on pourra éventuellement considérer qu'en commettant une infraction quelconque (par différence avec une infraction dirigée contre l'État), le délinquant s'exclut du corps auquel il a porté atteinte.

§2. Ses fondements théoriques : les doctrines du contrat social

C'est ce qu'ont formulé théoriquement les philosophes du contrat social quelques années auparavant. On retrouvera d'ailleurs presque toujours une référence sinon expresse, du moins tacite aux théories du contrat social dans l'affirmation récurrente que le crime porte atteinte à la société dans son ensemble. Dans son *Discours sur l'administration de la justice criminelle* (1766) prononcé en qualité d'avocat général au Parlement de Grenoble, le juriste et philosophe J.M.A. Servan, dont la pensée a été fortement influencée par le contractualisme des Lumières, a ainsi théorisé l'infraction comme une attaque contre le corps social, même lorsqu'elle visait directement un particulier. Servan a justifié cette conclusion de deux façons.

⁶⁸⁷ ORTOLAN (Joseph-Louis-Elzéar), *Éléments de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, p. 10.

Selon la première, dès lors que « l'État politique [...] n'est que la réunion des forces particulières, en altérer, en soustraire une seule, c'est porter atteinte à l'État, et le mal de chaque membre est ressenti par le corps entier »⁶⁸⁸. On peut également voir dans l'infraction une menace contre la vie commune rendue possible par le pacte social et par conséquent, contre chaque citoyen produit par l'état civil. Autrement dit, il est possible de considérer que même lorsqu'elle vise directement un particulier, l'infraction lèse moins dans ce dernier la personne privée que la figure abstraite commune à tous les membres de la société : Servan parle ainsi de l'infraction comme une « attaque contre les citoyens »⁶⁸⁹. En lésant la figure abstraite du citoyen, qui préfigure le sujet de droits politiques, l'infraction affecte du même coup le corps entier.

Si tous les philosophes du contrat s'accordent sur cette conception de l'infraction comme atteinte au corps social, tous n'en tirent pas cependant les mêmes conséquences quant au statut de l'infacteur. Alors que pour certains, cette conception place nécessairement le délinquant en dehors du corps social et fait du même coup du citoyen et du criminel des notions antinomiques, d'autres élaborent des théories telles que les statuts d'infacteur et de citoyen puissent être compatibles (A). L'extériorité radicale du délinquant par rapport à la communauté dans la première hypothèse a pu justifier, dans la doctrine et la jurisprudence américaine et européenne, que l'on punisse l'infacteur *en tant qu'ennemi*. Dès lors que l'on distingue cependant la violation du code pénal de la rupture du contrat social en son entier, l'extériorité du délinquant n'est plus que relative : il sera puni, à la différence des premiers, *en tant que citoyens*, par la perte des droits attachés à cette qualité (B).

A. Être criminel *et/ou* citoyen : les théories en présence

Contrairement à la philosophie de Beccaria et dans une certaine mesure de Hobbes (2), le système que conçoit Rousseau ne prévoit pas les conditions de sa propre négation : par une sorte d'assimilation du code pénal au pacte social, de l'infraction avec la rupture du contrat, le criminel, quelle que soit la nature de son acte, se trouve exclu du pacte (1).

⁶⁸⁸ SERVAN (Joseph-Michel-Antoine), *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, 1768.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

1. Être criminel *ou* citoyen : deux statuts incompatibles

Si les difficultés que soulève cette lecture « pénaliste » du philosophe genevois (a) ont conduit certains exégètes à en proposer une interprétation alternative, de « droit politique » (b), c'est la première qui a été partagée et reprise dans la tradition philosophique et dans le discours juridique.

a. La lecture pénaliste de la thèse de Rousseau

L'*equiparatio* entre désobéissance à la loi et rupture du pacte est établie dans le Livre II dans lequel Rousseau écrit :

« Tout *malfaiteur*, attaquant le droit social, devient par ses forfaits *rebelle* et *traître à la patrie* ; il cesse d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne ; il faut qu'un des deux périsse ; et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme *citoyen* que comme *ennemi*. Les procédures, le jugement, sont les preuves et la déclaration qu'il a rompu le traité social, et par conséquent qu'il n'est plus membre de l'État. Or, comme il s'est reconnu tel, tout au moins par son séjour, il en doit être retranché par l'exil comme *infracteur du pacte*, ou par la mort comme *ennemi public* ; car un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme ; et c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu »⁶⁹⁰.

L'assimilation du criminel à un « infracteur du pacte » se fonde sur une conception particulière du contrat social sur laquelle il nous faut un instant revenir. On rappellera que la théorie du contrat social est née, chez Rousseau, d'une recherche sur les fondements de l'autorité politique légitime et de l'obligation des lois. Contrairement aux jusnaturalistes, l'état de nature rousseauiste n'est pas la norme à l'aune de laquelle évaluer la légitimité de l'autorité. Pour Rousseau comme pour Hobbes d'ailleurs, les rapports entre les hommes dans l'état de nature ne sont pas régis par une loi de nature qui définirait leurs droits et leurs devoirs mutuels. Le contrat social ne donne pas consistance et sécurité à des rapports juridiques donnés par la nature. Il est à l'origine des rapports de droits entre les hommes et fonde l'obligation politique d'obéissance à la loi civile. La légitimité et l'obligation de ces lois viennent, d'une part, du consentement ; d'autre part, du fait que la société que les hommes se donnent pour satisfaire à leurs besoins réponde à son objet, à savoir la liberté et la conservation des contractants.

⁶⁹⁰ ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social, op. cit.*, Liv. II, chap. 5, p. 74-75.

Pour ce qui regarde le consentement, premier fondement de la légitimité et ce faisant, du caractère obligatoire des lois, nous pouvons préciser que lorsque « l'État est institué, il [le consentement] est dans la résidence ; habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté »⁶⁹¹. Aussi des étrangers peuvent-ils être réputés avoir consenti au contrat et y être soumis. À l'inverse, qu'advient-il de ceux qui, nationaux ou ressortissants étrangers, s'opposent au pacte social « qui, par nature, exige un consentement unanime »⁶⁹² ? Comme l'indique Rousseau, « chacun peut renoncer à l'État dont il est membre, et reprendre sa liberté naturelle et ses biens en sortant du pays »⁶⁹³. Quand bien même de tels individus resteraient sur le territoire, le contrat n'en serait pas pour autant invalidé : cette opposition – par où l'on entend non pas la violation du pacte mais le non-consentement à son adoption – « empêche[rait] seulement qu'ils n'y soient compris » ; « ce [seront] *des étrangers parmi les Citoyens* »⁶⁹⁴. Quant à l'exigence de liberté que doit garantir l'État en vertu du contrat et qui fonde l'obligatorité des lois, il s'agit que « chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant »⁶⁹⁵. L'instauration d'un peuple souverain en vertu duquel les lois auxquelles les citoyens obéissent ne sont autres que celles qu'ils se sont eux-mêmes donnés permet de résoudre une telle équation. Le corps politique, ainsi que ses membres, peuvent ainsi être considérés sous un double rapport : le corps politique s'appelle « État » lorsqu'il est passif, « Souverain » lorsqu'il est actif. Les membres eux-mêmes sont « citoyens » lorsqu'ils participent à l'autorité souveraine, « sujets » lorsqu'ils sont soumis aux lois de l'État⁶⁹⁶. L'acte d'association renferme donc un engagement réciproque du public avec les particuliers. Chaque individu, par le contrat, se trouve engagé sous un double rapport : à savoir, comme membre du souverain envers les particuliers, et comme membre de l'État envers le Souverain⁶⁹⁷.

Comment envisager, d'après cette conception, la situation du citoyen qui se départirait des autres membres du Souverain, en s'opposant à une loi avant qu'elle ne soit promulguée ? Pour Rousseau, cette opposition d'un citoyen aux autres membres du Souverain ne saurait invalider la loi édictée : chaque « citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe

⁶⁹¹ *Ibid.*, Liv. IV, chap. 2, p. 147.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 146.

⁶⁹³ *Ibid.*, Liv. III, chap. 18, p. 141.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, Liv. IV, chap. 2, p. 146 (nous soulignons).

⁶⁹⁵ *Ibid.*, Liv. I, chap. 6, p. 56.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 57-58.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 58-60.

malgré lui »⁶⁹⁸. « Il n'y a qu'une seule loi qui, par sa nature, exige un consentement unanime ; c'est le pacte social »⁶⁹⁹. De même, cette opposition ne saurait dispenser cet individu, en tant que sujet soumis à l'État, de l'obligation d'obéir à cette loi. « Hors le contrat primitif, la voix du plus grand nombre oblige toujours tous les autres ; c'est une suite du contrat même »⁷⁰⁰. Nous touchons ici à la question de la « fidélité »⁷⁰¹ que chaque sujet doit à l'État en vertu du contrat. Par le contrat, les individus s'engagent à respecter l'obligation d'obéissance aux lois civiles. Tout manquement à cet engagement équivaut alors à une rupture du contrat. En ce sens, tout malfaiteur qui transgresse la loi rompt le pacte social et cesse d'en être membre.

On comprend dès lors la thèse rousseauiste selon laquelle tout criminel, en commettant une infraction, rompt le pacte et s'exclut de la communauté des citoyens. Loin d'être inédite, cette thèse a été reprise par des auteurs comme Fichte qui affirme dans le *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science* que « celui qui viole à un certain égard le contrat social, que ce soit volontairement ou par négligence, alors que dans le contrat on comptait sur sa circonspection, perd ainsi, en toute rigueur, l'ensemble de ses droits *en tant que citoyen et en tant qu'homme*, et devient totalement dépourvu de droits »⁷⁰². En violant par son crime le contrat social, le criminel supprimerait la condition même de sa capacité juridique et deviendrait par conséquent « totalement dépourvu de droit ». Le contrat devrait devenir nul à l'égard des criminels, autorisant dès lors chacun à faire ce qu'il veut à ces derniers. La similitude avec Rousseau cesse là cependant. À la différence de ce dernier, Fichte prévoit en effet que le criminel puisse être réintégré à la communauté par un « contrat d'expiation » conclu par les individus lors du pacte social⁷⁰³. L'individu obtient le plein droit d'exiger que l'on admette cette expiation. Pour Jean-Christophe Goddard, la peine chez Fichte est « le moyen pour l'État de sanctionner le crime tout en conservant au criminel ses droits.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, Liv. IV, chap. 2, p. 147.

⁶⁹⁹ *Ibid.*

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ *Ibid.*, Liv. I, chap. 7, p. 59 : pour que les sujets, qui peuvent « comme homme avoir une volonté particulière contraire ou dissemblable à la volonté générale » répondent de leur engagement envers le Souverain, celui-ci doit trouver « des moyens de s'assurer de leur fidélité ».

⁷⁰² FICHTE (Johann Gottlieb), *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, trad. A. Renaut, PUF, 1984, p. 269 (nous soulignons).

⁷⁰³ Pour Fichte, il importe à l'État de pouvoir conserver leurs droits à tous ses citoyens et donc de ne pas les exclure dans tous les cas où la sécurité publique ne serait pas menacée. Vouloir annuler la violation du droit de l'agressé par la violation du droit de l'agresseur reviendrait en effet, dans le cadre de la philosophie fichtéenne, à vouloir réaliser le droit par sa destruction. Il est par ailleurs utile pour l'État et pour le criminel que ce dernier soit maintenu dans la communauté juridique malgré son crime : « conserver ses citoyens est tout aussi important pour l'État [...] qu'il importe pour chaque individu de ne pas être, pour chaque délit, déclaré privé de ses droits » (*ibid.*).

Elle fera que le criminel ne devienne pas "hors la loi". La peine est donc, pour ainsi dire, toujours "de substitution" ; elle substitue toujours à l'*exclusion* définitive hors de la communauté, par laquelle le criminel perdrait ses droits et la garantie de sa sécurité (serait rendu à la vie sauvage), une "*expiation*" grâce à laquelle, malgré son crime, il demeure intégré à la société et voit sa sécurité garantie »⁷⁰⁴.

N'ayant pas conclu de pacte de cette nature lors du contrat social, l'infacteur ne peut, chez Rousseau, être réintégré. Quel devient alors son statut ? Quelle réponse appelle la violation du contrat ? Tirant les conséquences logiques de sa thèse, Rousseau qualifie l'auteur de l'infraction « d'ennemi » : le droit pénal ne pouvant s'appliquer dès lors à lui, la réponse de l'État à son encontre relèvera d'une logique d'exception semblable à celle de la guerre. Foucault ne dit pas autre chose lorsqu'il commente ce passage.

« Le citoyen est censé avoir accepté une fois pour toutes, avec les lois de la société, celle-là même qui risque de le punir. Le criminel apparaît alors comme un être juridiquement paradoxal. Il a rompu le pacte, il est donc l'ennemi de la société tout entière, mais il participe à la punition qui s'exerce sur lui [...]. Un formidable droit de punir se constitue ainsi puisque l'infacteur devient l'ennemi commun. Pire qu'un ennemi, même, car c'est de l'intérieur de la société qu'il lui porte ses coups - un traître [...]. Sur lui, comment la société n'aurait-elle pas un droit absolu ? »⁷⁰⁵

Dans la philosophie contractualiste de Rousseau, l'infacteur ne sera pas puni en tant que citoyen, c'est-à-dire en tant qu'homme civil qui, faisant partie de la société, jouit d'un droit à la conservation et à la protection de l'État. Le criminel sera traité comme un ennemi auquel on livre une guerre. De la logique civile, on passe à celle de la guerre. Par un effet retour, l'infraction sera elle-même réinterprétée comme un acte d'hostilité : en commettant une infraction, le criminel fait lui-même la guerre à l'État. Il est par conséquent loisible à l'État attaqué de tuer son ennemi, c'est-à-dire de condamner le criminel à une peine illégitime dans le cadre du contrat social, à savoir, la peine de mort.

Aussi séduisante soit-elle, cette interprétation n'est pas exempte de contradictions. On peut relever deux types de difficultés : le passage commenté soulève des difficultés 1) quant aux conséquences que l'auteur tire de la thèse selon laquelle en commettant une infraction, le criminel rompt le pacte dont il est dès lors exclu ; 2) quant à la thèse elle-même. L'idée que

⁷⁰⁴ GODDARD (Jean-Christophe), « La présomption d'innocence dans le *Fondement du droit naturel* (1796) de Fichte. Un droit politique », in *La présomption d'innocence*, Revue de l'Institut de criminologie de Paris, t. 4, ESKA, Paris, 2003-2004, p. 81.

⁷⁰⁵ FOUCAULT (Michel), *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975, p. 92.

l'État pourrait traiter le criminel qui aurait violé le pacte comme l'on traite un ennemi en guerre, en lui appliquant le cas échéant la peine de mort, est contredite par le chapitre dans lequel Rousseau réfute l'existence d'un droit de tuer le vaincu en guerre⁷⁰⁶. Dans ce chapitre, l'auteur met en évidence deux éléments. En premier lieu, la guerre, au sens strict, est une relation d'État à État : chaque État ne peut avoir pour ennemis que d'autres États, et non pas des hommes. Robert Derathé souligne avec justesse qu'« il faut que Rousseau ait oublié cet axiome pour soutenir ici que le criminel, qui est une personne physique, peut devenir l'ennemi de l'État, qui est une personne morale »⁷⁰⁷. En second lieu, comme l'a montré Sébastien Labrusse⁷⁰⁸, le droit de tuer les ennemis en guerre n'existe que lorsqu'ils portent les armes à la main : « sitôt qu'ils les posent et se rendent, cessant d'être ennemis ou instruments de l'ennemi, ils redeviennent simplement *hommes* et l'on n'a plus de droit sur leur vie »⁷⁰⁹. Le malfaiteur, aussi criminel qu'il soit, ne peut donc être tenu pour un ennemi de l'État : bien qu'il ne soit plus membre de l'État, il ne cesse pour autant d'être une personne physique, un « *homme* »⁷¹⁰. Le rapport de l'État à l'ennemi – à l'ennemi-criminel – n'est donc pas plus juridique que ne le sont les relations entre les hommes à l'état de nature. La pseudo-guerre livrée au criminel n'obéit ni au droit pénal ni au droit de la guerre.

Au-delà de ses conséquences, c'est pour certains l'assimilation même du criminel à l'infraacteur du pacte qui serait erronée. Pour le criminologue Alvaro Pires, le seul personnage qui puisse « se déclarer ouvertement infraacteur des lois et ennemi de l'État »⁷¹¹ chez Rousseau n'est pas le criminel ordinaire mais le Prince (en d'autres termes, le Gouvernement) ou encore tout groupe qui, une fois revêtu de la force publique, usurpe tôt ou tard l'autorité souveraine⁷¹² : « quand le prince n'administre plus l'État selon les lois, et qu'il usurpe le pouvoir souverain [...], à l'instant que le gouvernement usurpe la souveraineté, *le pacte social est rompu* ; et tous les simples citoyens, rentrés de droit dans leur liberté naturelle, sont forcés,

⁷⁰⁶ ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, *op. cit.*, Liv. I, chap. 4.

⁷⁰⁷ Annotation de Robert Derathé dans ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Œuvres complètes*, t. 3, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1964, p. 1460.

⁷⁰⁸ LABRUSSE (Sébastien), « Le droit de vie et de mort selon J.-J. Rousseau ou la politique de l'homme infallible », *Annales J.-J. Rousseau*, t. 43, nov. 2001, p. 83.

⁷⁰⁹ ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, *op. cit.*, Liv. I, chap. 4, p. 53.

⁷¹⁰ LABRUSSE (Sébastien), « Le droit de vie et de mort selon J.-J. Rousseau ... », *op. cit.*, p. 123.

⁷¹¹ ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, *op. cit.*, Liv. III, chap. 18, p. 140.

⁷¹² PIRES (Alvaro), « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne », *op. cit.*, p. 68.

mais non pas obligés d'obéir »⁷¹³. Il en serait ainsi par exemple si le prince empêchait les assemblées périodiques⁷¹⁴. Comment résoudre ces contradictions ?

b. La lecture de droit politique de la thèse de Rousseau

Certains auteurs ont tenté de démontrer que ces difficultés naissent moins de la thèse de Rousseau que de la façon dont on a généralement cherché à l'interpréter : en somme, d'une méprise sur l'objet véritable de ce chapitre. On pourrait dire, en reprenant une formule de Rousseau, que « ces questions ne paraissent difficiles à résoudre que parce qu'elles sont mal posées »⁷¹⁵. Selon cette autre lecture, l'enjeu véritable de ce passage ne serait pas d'ordre pénal mais d'ordre politique. La véritable question posée ne serait pas celle du statut juridique du criminel mais celle des limites du pouvoir souverain⁷¹⁶.

Selon Alvaro Pires, Bruno Bernardi ou encore Robert Derathé, le titre complet de l'œuvre constituerait un premier indice de ce que cet extrait porte sur le droit politique, et non pas sur les conséquences de l'infraction. Rappelons à ce propos que Rousseau a écrit vouloir, dans le *Contrat social ou principes du droit politique*, poser « les vrais principes du droit politique » et « fonder l'État sur sa base »⁷¹⁷. La position du passage commenté au sein du chapitre 5 et dans l'économie générale de l'ouvrage confirmerait cette hypothèse de lecture. Le chapitre 4 porte sur « les bornes du pouvoir souverain »⁷¹⁸, sur les limites de ce que l'État peut exiger de chacun de ses membres. La réflexion de Rousseau sur la peine de mort dans le chapitre 5 répondrait à la question posée dans le chapitre 4 de savoir jusqu'où s'étendent les droits du Souverain. Le Souverain a-t-il un droit de vie et de mort sur les citoyens qui le composent ? Si Rousseau évoque dans le chapitre 5 la peine de mort, ce serait donc uniquement parce que celle-ci représente, avec le devoir de défendre sa patrie en cas de guerre, une des situations paradigmatiques dans laquelle la vie des citoyens semble en quelque sorte remise entre les

⁷¹³ ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, *op. cit.*, Liv. III, chap. 10, p. 126 (nous insistons).

⁷¹⁴ *Ibid.*, Liv. III, chap. 18, p. 140 (nous insistons).

⁷¹⁵ *Ibid.*, Liv. II, chap. 5, p. 74.

⁷¹⁶ Voir sur ce point les analyses de BERNARDI (Bruno), « Le droit de vie et de mort selon Rousseau : une question mal posée ? », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 2003/1, n° 37, p. 89-106 ; v. également les annotations de Robert Déathé dans les *Œuvres complètes* de Jean-Jacques Rousseau, *op. cit.*, ainsi que les analyses de PIRES (Alvaro) dans « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne », *op. cit.*, p. 68-69.

⁷¹⁷ ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, *op. cit.*, Liv. IV, chap. 9, p. 180.

⁷¹⁸ *Ibid.*, Liv. II, chap. 4.

mains de l'État. La notion de droit de vie et de mort ne connoterait donc ici en aucune façon une problématique de la punition⁷¹⁹.

Concernant le devoir de défense de la patrie⁷²⁰, la conclusion de Rousseau est la suivante : le Souverain, dont l'existence n'est justifiée que par son objet, à savoir la conservation des contractants⁷²¹ – autrement dit la conservation à la fois de l'ensemble de la communauté et de chacun de ses membres –, peut être en droit d'exposer la vie de certains d'entre eux lorsque la patrie est en danger. Que l'on ne s'y méprenne : en s'engageant à défendre la patrie, les membres du corps politique, loin de faire le sacrifice de leur vie, la défendent. En effet, en entrant dans le pacte d'association, un particulier échange un danger plus probable, celui qu'il encourt dans l'état de nature, contre un qui l'est moins, celui d'avoir à mettre en danger sa vie pour la défense de la communauté. En d'autres termes, c'est avant tout dans l'intérêt de leur propre conservation que les citoyens consentent, lors du pacte, à prendre un tel risque. Cette dette que les citoyens ont à l'égard de l'État peut dès lors justifier que le Souverain soit en droit d'exiger de chacun de ses membres qu'il prenne des risques pour sa défense, ce qui ne revient pas à dire pour autant que l'État a un droit de vie et de mort sur ses citoyens. L'État n'a pas de droit de vie et de mort. Il peut cependant nous imposer parfois le devoir d'encourir des risques, ce qui n'implique en aucun cas une subordination de la conservation de soi à la conservation commune puisque les deux causes se ramènent en réalité l'une à l'autre.

C'est un raisonnement peu ou prou similaire que Rousseau entend appliquer à la question de la peine de mort infligée aux criminels : « c'est pour n'être pas la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient »⁷²². En ce sens, la peine de mort ne semble pas invalider le contrat dont la finalité, rappelons-le, consiste dans la conservation concomitante de la communauté et de chacun de ses membres. Comme le remarque Bruno Bernardi, la suite du texte semble cependant contrarier cette conclusion⁷²³. Rousseau y précise que la peine de mort ne peut être appliquée que pour défendre la société, lorsqu'il s'avère que « la conservation de l'État est incompatible avec la sienne [celle du criminel] »⁷²⁴. Or, ce n'est pas

⁷¹⁹ Note de R. Déraillé dans ROUSSEAU (J.-J.), *Œuvres complètes*, op. cit., t. 3, p. 1459.

⁷²⁰ Sur le devoir de défense de la patrie, v. BERNARDI (Bruno), « Le droit de vie et de mort selon Rousseau ... », op. cit., p. 89-106.

⁷²¹ ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, op. cit., Liv. II, chap. 5, p. 74.

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ BERNARDI (Bruno), « Le droit de vie et de mort selon Rousseau ... », op. cit., p. 104.

⁷²⁴ ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, op. cit., Liv. II, chap. 5, p. 74.

le citoyen mais le Prince qui est « juge du péril auquel la loi veut qu'il s'expose »⁷²⁵. « Il semblerait bien alors que la conservation de soi soit subordonnée à celle de la communauté et que le jugement de chacun sur ce qui importe à sa personne laisse la place au jugement du Prince sur ce qui est "expédient à l'État" »⁷²⁶, ce qui est contraire au contrat social qui a pour finalité de faire coïncider les deux. En ce sens, la peine de mort semble n'être appuyée sur aucun droit.

Nous butons, semble-t-il, sur une nouvelle difficulté, à moins de considérer, comme paraît le suggérer Rousseau dans le passage commenté, que la peine de mort ne relève pas du droit commun de l'État mais de la guerre. La peine de mort, si elle n'est appuyée sur aucun droit, ne peut être interprétée et justifiée que comme acte de guerre. Pour être légitime, cette justification implique à son tour que l'on puisse assimiler l'infacteur à un ennemi. Comment fonder cette assimilation ? En interprétant la commission d'une infraction comme une rupture du pacte qui rejette l'infacteur en dehors de la communauté. Le raisonnement semble donc être circulaire et soulever les mêmes difficultés, que l'on ait une approche pénaliste ou une approche de droit politique de ce passage. On soulignera cependant une nuance entre les deux lectures quant à la question qui nous intéresse. Selon l'approche pénaliste, l'idée selon laquelle « le crime évoque la figure fondamentale de l'exclusion de la cité »⁷²⁷ a valeur de thèse. Les réflexions sur la peine de mort en constituent une conséquence. À l'inverse, dans l'approche de droit politique, cette idée de l'infraction comme auto-exclusion de la Cité n'est qu'un présupposé qui permettrait de justifier – sans succès cependant – que le pouvoir Souverain puisse aller jusqu'à supprimer la vie d'un de ses membres.

On ne cherchera pas ici à savoir laquelle de ces deux interprétations est la meilleure, la plus fidèle ou la plus approchante de ce que Rousseau a voulu dire. Pour notre objet, cette question importe moins que celle de la façon dont certaines de ces idées ont été partagées ou relayées dans le discours du droit ou sur le droit. De ces deux interprétations, c'est la première qui, à tort ou à raison, implicitement ou explicitement, en partie ou dans sa totalité a davantage été partagée par le discours juridique. La figure de l'infacteur comme ennemi, loin d'être inédite, constitue un *topos* chez les philosophes ayant réfléchi à la question pénale⁷²⁸. Ainsi peut-on lire, dans la voix « Crime » de l'*Encyclopédie*, que « celui qui viole les lois de

⁷²⁵ BERNARDI (Bruno), « Le droit de vie et de mort selon Rousseau ... », *op. cit.*, p. 104.

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ ROBERT (Philippe), « Essai de construction d'un paradigme pénal », *op. cit.*, p. 100.

⁷²⁸ DREYFUS (Sophie), *Généalogie du délit politique*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2009, p. 73.

la société faites pour la sûreté commune devient l'*ennemi* de la société »⁷²⁹. Un siècle avant, Hobbes avait déjà écrit dans *Léviathan* que « en récusant sa sujétion, il [l'infracteur] a récusé le châtement prévu par la loi : il pâtit donc en qualité d'*ennemi* de la République »⁷³⁰. Après Rousseau, Filangieri dira du citoyen qui, par une seule infraction, violerait toutes les lois qui l'obligeaient : « tu perdras tous les droits que tu avais acquis par ces obligations [...]. De citoyen que tu étais, tu deviendras l'*ennemi* de la patrie »⁷³¹. De façon plus récente, la doctrine polémique du droit pénal de l'ennemi développée par Günther Jakobs à partir de 1985 et surtout dans les années 2000 se réfère aux théoriciens du contrat, à Rousseau mais aussi à Hobbes ou à Fichte en passant par Kant⁷³².

Ces quelques références à l'« ennemi » partagent un point commun : toutes ont pour auteur des philosophes du contrat social. Foucault, dans *Surveiller et punir*, a relevé précisément combien la désignation de l'infracteur comme ennemi pouvait aisément se formuler dans les doctrines du contrat⁷³³. Cela ne signifie nullement, cependant, que toutes conduisent logiquement à assimiler la commission d'une infraction à une rupture totale du pacte par laquelle l'infracteur s'exclurait de la communauté des citoyens. Dans les sociétés issues du contrat, les notions de « citoyen » et de « criminel » ne sont pas nécessairement exclusives l'une de l'autre.

2. Être criminel *et* citoyen : deux statuts compatibles

Beccaria, contemporain de Rousseau, adopte une perspective opposée quant au statut juridique de l'infraction. Contrairement à la philosophie du Genevois, inapte à circonscrire le crime dans les limites du droit, le système que conçoit l'auteur du célèbre traité *Des délits et des peines* est en mesure d'intégrer les conditions de sa propre négation et partant, d'encadrer juridiquement la répression. Le criminel reste dans tous les cas un citoyen. C'est ce que nous

⁷²⁹ DE JAUCOURT, V° « Crime (Droit nat.) », in *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers par une société de gens de lettres*, Mis en ordre et publié par Diderot et quant à la partie mathématique par d'Alembert, t. 4, Paris, Briasson-David-Le Breton-Durand, 1854, p. 467 (nous soulignons).

⁷³⁰ HOBBS (Thomas), *Léviathan, op. cit.*, chap. XXVIII, p. 334 (nous soulignons).

⁷³¹ FILANGIERI (Gaetano), *Œuvres de G. Filangieri : Suite des lois criminelles*, t. 3, Chez P. Dufart, Paris, 1822, p. 9 (nous soulignons).

⁷³² Voir *infra*.

⁷³³ FOUCAULT (Michel), *Surveiller et punir, op. cit.*, p. 92. V. également sur ce point COSTA (Pietro), « I diritti dei nemici : un ossimoro ? », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, vol. 38, p. 1-40. Pietro Costa relève que « de Locke à Fichte en passant par Rousseau, une nouvelle image d'ennemi (d'*ennemi-criminel*) destinée à une longue fortune émerge, dans le droit fil d'un contractualisme visant à valoriser un ordre basé sur l'égalité des volontés des sujets » (*ibid.*, p. 15).

nommerons le modèle beccarien (a), que l'on prendra soin de distinguer du modèle de type hobbesien qui développe une théorie mixte : le délinquant peut être puni en qualité de « mauvais citoyen » selon le droit commun ou en tant qu'ennemi, en fonction de la nature de l'infraction commise (b).

a. L'infracteur est toujours puni en qualité de citoyen : le modèle beccarien

Les nécessités de l'état de nature, chez Beccaria comme chez Rousseau, conduisent les hommes à céder par le contrat une partie de leur liberté individuelle. En sacrifiant une part de cette liberté, ils jouissent du « reste avec plus de sûreté et de tranquillité », tout en formant la « souveraineté d'une nation ». L'association politique ainsi créée protège les individus librement unis en société, ce qui implique notamment de « défendre [ce dépôt] contre les usurpations de chaque individu en particulier [...]. Ces moyens sensibles sont les peines établies contre ceux qui enfreignent les lois »⁷³⁴. Ces parts de liberté que les hommes acceptent de mettre à la disposition de la communauté – « la plus petite portion possible, mais qui suffise à engager les autres à le défendre »⁷³⁵ – constituent, mises ensemble, le droit de punir⁷³⁶. Pour Beccaria, le contrat social fonde le droit de punir, ce qui revient à dire qu'il prévoit la possibilité – en même temps qu'il la prohibe – de la transgression de la loi. En violant la loi, l'infracteur ne rompt donc pas le pacte social⁷³⁷. Aucune des parties ne peut se trouver en dehors du contrat et dès lors exclue de la protection de l'État du seul fait de la commission d'une infraction. La loi s'applique toujours au délinquant, même s'il la rejette. Le milanais s'abstient en ce sens de poser « l'hétérogénéité du criminel par rapport aux membres de la société »⁷³⁸. En même temps qu'il le fonde, le contrat social limite le droit de punir du Souverain : il le limite « négativement », en ce sens que le Souverain ne peut aller outre la « nécessité de défendre contre les usurpations particulières le dépôt constitué pour le salut

⁷³⁴ BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, trad. M. Chevallier, préface R. Badinter, Flammarion, Paris, 1991, p. 62.

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 64.

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ La terminologie parfois employée par Beccaria ne doit pas tromper. Sans doute ce dernier affirme-t-il traiter « des délits qui sont le fait de l'homme naturel et qui violent le *pacte social* » (*ibid.*, p. 166). Replacée dans son contexte, cette référence à la violation du pacte social n'a cependant qu'une valeur pédagogique selon nous : elle permet de mieux saisir la différence entre les infractions et les péchés, lesquels constituent eux-aussi une violation des lois – divines cependant.

⁷³⁸ TULKENS (Françoise) et VAN DE KERCHOVE (Michel), *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 5^{ème} éd., Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, p. 14.

public »⁷³⁹. Il le limite positivement, dans le sens où le souci de liberté des individus qui sous-tend le pacte va embrasser le droit de punir lui-même.

La commission d'une infraction n'exclut donc pas son auteur de l'État et de sa protection. La peine, en réponse, ne vise pas à éliminer mais à dissuader. Pour reprendre les termes de Robert Badinter dans sa préface à *Des délits et des peines*, si « Beccaria fonde [...] sur le contrat social le droit de punir, il développe une théorie originale de la peine. Celle-ci n'est pas la simple conséquence de la rupture du pacte social qui ferait du délinquant un exclu de la société. *La peine n'est pas la mise hors la loi. Elle est la garantie de la loi.* Sa fonction n'est pas d'exclusion ou d'élimination du coupable, mais de défense ou de protection de la société »⁷⁴⁰. Parmi les peines établies contre ceux qui enfreignent les lois, celles qui, traditionnellement, excluent physiquement ou symboliquement le délinquant de sa communauté (privation des droits politiques, déportation, mort civile etc.), ne sont pas mentionnées par Beccaria, pour des raisons tenant probablement non pas à la moralité mais à l'utilité. Par conséquent, il semble que quelle que soit l'infraction qu'il ait commise, le criminel, pour Beccaria, « reste un citoyen disposant de droits et de garanties juridiques »⁷⁴¹ – position qui « rend apparemment compatible la punition et la citoyenneté »⁷⁴². L'auteur lui-même a d'ailleurs employé l'expression d' « infracteur citoyen »⁷⁴³.

b. L'infracteur est parfois puni en qualité de citoyen : la théorie mixte du modèle hobbesien

Pour Hobbes également, certains délinquants restent citoyens et sont punis en tant que tels⁷⁴⁴. D'autres cependant « ne sont pas punis par le droit civil, mais par le droit de nature, c'est-à-dire *non en qualité de mauvais citoyens, mais comme ennemis de l'État* »⁷⁴⁵, comme

⁷³⁹ BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, op. cit., p. 63.

⁷⁴⁰ Préface de Robert BADINTER à *Des délits et des peines*, op. cit., p. 19.

⁷⁴¹ DREYFUS (Sophie), *Généalogie du délit politique*, op. cit., p. 390.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, op. cit., p. 65.

⁷⁴⁴ Sur la conception de la peine chez Hobbes, on se référera aux articles de TZITZIS (Stamatios), « La philosophie de la peine chez Thomas Hobbes », *Archives de Philosophie du Droit*, 1984, vol. 29, p. 283-304 et de ZARKA (Yves-Charles), « Droit de résistance et droit pénal chez Hobbes », in *Hobbes Oggi*, Milan, Franco Angeli, 1990, p. 177-196.

⁷⁴⁵ HOBBS (Thomas), *Le citoyen ou Les fondements de la politique*, chap. XIV, p. 257. Sur l'ennemi chez Hobbes, et ses rapports avec la philosophie de Carl Schmitt, v. HOLMES (Stephen), « Does Hobbes have a concept of the enemy ? », *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2010, vol. 13, n° 2-3, p. 371-389 (nous soulignons).

chez Rousseau. Cela dépend de l'infraction commise. Si certaines infractions conduisent à une simple désobéissance à la loi, à une transgression de la loi, d'autres s'apparentent en revanche à un reniement de la sujétion et à un renoncement au pacte.

Hobbes définit l'infraction comme « la transgression de la loi » de la part de ceux qui y sont soumis. En tant que représentant de la République qui seule, prescrit et commande l'observation de ces règles que nous appelons loi, le Souverain est le seul législateur. Le Souverain, qu'il soit une assemblée ou un seul homme, n'est pas assujéti aux lois civiles car, ayant le pouvoir de faire ou d'abroger les lois, il peut, quand il lui plaît, se libérer de cette sujétion en abrogeant les lois qui le gênent et en en faisant de nouvelles⁷⁴⁶. Étant placé au-dessus de la loi civile, toute décision que le Souverain prend est légale. Ses décisions ne sont légitimes cependant que si elles répondent à ce pour quoi il a été institué, à savoir la paix et la sécurité de ses sujets⁷⁴⁷. C'est en effet pour sortir de l'état d'insécurité dans lequel les place l'état de nature que la raison dicte aux hommes de procéder au pacte social, compris comme l'engagement que tous prennent les uns vis-à-vis des autres de transmettre leurs droits à un tiers, un représentant souverain.

Puisque le Souverain est institué par une convention passée entre les hommes, et non entre le Souverain et chacun d'eux, il ne peut survenir aucune rupture de convention de la part du Souverain, et par conséquent, aucun de ses sujets ne peut être libéré de sa sujétion. La rupture du lien de sujétion, de la convention est possible en revanche de la part d'un sujet. Elle le fait tomber en dehors du pacte et lui retire le bénéfice de la protection de l'État. « En vertu du contrat, par lequel les citoyens se sont obligés l'un à l'autre d'obéir à l'État, c'est-à-dire à la souveraine puissance [...] et de lui rendre une obéissance absolue et générale [...], le sujet qui renonce à cette générale convention de l'obéissance, renonce en même temps à toutes les lois de la société civile »⁷⁴⁸. Il devient alors un ennemi : « tous les hommes qui ne

⁷⁴⁶ Sur la philosophie politique de Hobbes et sa théorie du contrat social, v. ZARKA (Yves-Charles), *Hobbes et la pensée politique moderne*, Paris, PUF, 1995.

⁷⁴⁷ Sur la centralité de la sécurité ou de la sûreté personnelle dans la théorie de Hobbes, v. BARRET-KRIEGLER (Blandine), « Les droits du citoyen chez Thomas Hobbes », *Revue européenne des sciences sociales*, t. 18, n° 49, 1980, p. 175-183. Parmi tous les droits individuels, le droit à la sûreté a la force de monopole : il est le seul incessible mais surtout, « il est le seul droit civil » (*ibid.*, p. 178). Dans l'état de nature, la sûreté n'est qu'un désir, une aspiration ou une tension de l'individu, non une réalité. L'État civil réalise un droit qui demeurerait virtuel à l'état de nature. Premier des droits individuels, le droit à la sécurité est aussi pour Hobbes le dernier. Selon, Blandine Barret-Kriegel, ce droit peut être qualifié de « droit du citoyen » dans la philosophie de l'auteur de *Léviathan* : « à défaut du pluriel, il y a bien la doctrine d'un droit du citoyen chez Hobbes » (*ibid.*, p. 179).

⁷⁴⁸ HOBBS (Thomas), *Le citoyen ou Les fondements de la politique*, op. cit., chap. XIV, p. 255.

sont pas des sujets [...] sont des ennemis »⁷⁴⁹. Le terme qu'emploie Hobbes pour les désigner à la fois dans le texte original du *De Cive* et dans la version latine de *Léviathan* est celui de « *hostes* » (ennemis publics) et non celui d' « *inimici* » (ennemis privés rentrant dans le cadre du droit). Dans son *Dialogue des Common-Laws d'Angleterre*⁷⁵⁰, Hobbes rejette d'ailleurs explicitement la position alternative exprimée par Sir Edward Coke qui considère les traîtres comme des *inimici*⁷⁵¹.

Parmi les infractions « dont la nature [...] est telle que son auteur renonce à sa sujétion »⁷⁵² et doit dès lors être puni comme « ennemi de la République », on relèvera la rébellion, la trahison⁷⁵³ ou encore le crime de lèse-majesté, compris, pour ce dernier, comme l'action ou le discours par lequel un citoyen ou un sujet déclare qu'il n'a plus la volonté d'obéir à la souveraineté (et qui inclut, à titre d'exemple, les crimes de révélation de secrets ou de livraison à l'ennemi [de l'État] des forces de la République, le crime de l'offense au représentant de la République, etc.). Les infractions non politiques ne permettent pas en revanche de conclure à un reniement, de la part de l'infacteur, de la « convention de l'obéissance » absolue et générale que chacun doit à la puissance souveraine : en transgressant la loi sans renier le lien de sujétion, le délinquant n'engage pas l'autorité à annuler le contrat auquel il avait consenti. La prise en compte de celui-ci perdure même dans la répression : le châtement qui s'appliquera à lui devra avoir été prévu par la loi. L'autorité publique doit avoir constaté la transgression de la loi par une condamnation. Chez Hobbes donc, « le châtement s'adresse à l'ensemble des citoyens, et *au citoyen qui subsiste dans le délinquant* »⁷⁵⁴.

Le traitement réservé aux ennemis, à ceux « qui, après avoir été, de leur propre fait, des sujets, rompent délibérément cette allégeance et récusent le pouvoir souverain »⁷⁵⁵ se situe en revanche hors de la juridiction légale : en récusant explicitement l'engagement qui en faisait un citoyen, le rebelle ou le traître se met lui-même en dehors de la légalité civile. On quitte

⁷⁴⁹ HOBBS (Thomas), *Léviathan*, *op. cit.*, chap. XXVIII, p. 338.

⁷⁵⁰ HOBBS (Thomas), *Dialogue des Common-Laws d'Angleterre*, trad. L. et P. Carrive, Paris, Vrin, 1990.

⁷⁵¹ Cité par JAEDE (Maximilian), « Hobbes on the making and unmaking of citizens », *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2016, vol. 19, n° 1, p. 90-91.

⁷⁵² HOBBS (Thomas), *Léviathan*, *op. cit.*, p. 338.

⁷⁵³ Sur les caractères distinctifs du crime de trahison, v. OLSHOORN (Johan), « Forfeiting Citizenship : Hobbes on traitors, rebels, and enemies », in Paschalis M. KITROMILIDES (ed.), *Athenian Legacies : European Debates on Citizenship*, Firenze, Leo S. Olschki, 2014, p. 237-52, spéc. p. 240-242 et JAEDE (Maximilian), « Hobbes on the making and unmaking of citizens », *op. cit.*, p. 89-91.

⁷⁵⁴ MUNIER (Paul), « Entre crainte et consentement. Le rapport du citoyen au souverain chez Hobbes », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2008/1, n° 14, p. 93 (nous soulignons).

⁷⁵⁵ HOBBS (Thomas), *Léviathan*, *op. cit.*, chap. XXVIII, p. 334.

l'horizon du contrat politique consenti et le domaine des châtements prévus (cette prévisibilité étant la base de leur succès dissuasif) pour entrer dans le domaine du bon plaisir du Souverain. En effet, il peut alléguer la rupture en amont du contrat, à l'initiative du délinquant, de sorte que l'autorité ne rompt pas elle-même le contrat, déjà nul lorsqu'une de ses parties s'est désengagée. Par « la rébellion, [qui] n'est que la reprise de l'état de guerre »⁷⁵⁶, l'infacteur, de citoyen qu'il était, rechute dans l'état de nature, zone de non-droit. Le mal qui lui est infligé est alors explicitement qualifié d'« acte d'hostilité » :

« Le mal infligé à un ennemi déclaré ne tombe pas sous l'appellation de châtement : étant donné en effet que cet ennemi, ou bien n'a jamais été assujetti à cette loi, et par conséquent, ne pouvait pas la transgresser, ou bien, après y avoir été assujetti, fait profession de ne plus l'être, et nie par conséquent qu'il puisse la transgresser, tous les maux qu'on peut lui infliger doivent être considérés comme des actes d'hostilité. Or, dans un état d'hostilité déclarée, toute infliction de maux est légitime »⁷⁵⁷.

Hobbes rejoint ici la position que Rousseau adopte à l'endroit de tous les criminels. À la différence de ce dernier cependant, Hobbes la limite aux auteurs d'infractions politiques. Les criminels de droit commun peuvent, comme chez Beccaria, être punis en tant que citoyen. La réponse qui leur sera appliquée sera alors un châtement à proprement parler, et non un acte d'hostilité. Aussi peut-on qualifier la position de Hobbes de théorie « mixte ». Ces théories du contrat social sont aujourd'hui utilisées pour justifier le droit positif.

B. Être puni en tant qu'ennemi et/ou en tant que citoyen : les usages en droit positif de ces théories

La position de Hobbes comme celle de Rousseau n'ont pas servi seulement à justifier les peines privatives de droits politiques (2). Elles ont pu être utilisées également pour fonder théoriquement le recours à un droit pénal d'exception (1) : Jakobs, le père de la doctrine du « droit pénal de l'ennemi »⁷⁵⁸, qu'il oppose au « droit pénal du citoyen », se considère à cet

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 338.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 334.

⁷⁵⁸ JAKOBS (Günther), « Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht », *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS)*, vol. 5, n° 3, 2004, p. 88-94 ; du même auteur, « Terroristen als Personen im Recht ? », *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 117, n° 4, 2005, p. 839-851 ; « Feindstrafrecht ? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechlichkeit », *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRSS)*, 2006, p. 289-297 ; « Zur Theorie des Feindstrafrechts », in Henning ROSENAU & Sangyun KIM (ed.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit: Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog*, Peter Lang, 2010, p. 167-182. En langue française, v. du même auteur « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, p. 7. Sur la doctrine du droit pénal de l'ennemi, on se référera à DREUILLE (Jean-François), « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence. Revue critique*, n° 3, 2012, p. 150-165 ; LAZERGES (Christine) et

égard « comme la continuation du projet de Rousseau et Fichte consistant à faire la distinction entre citoyen et ennemi [...], mais préfère réserver le statut d'ennemi à certains délinquants plutôt que de l'accorder à tous les délinquants [...]. Jakobs trouve une approche plus différenciée de la classification des citoyens et ennemis dans les œuvres de Hobbes et Kant. Hobbes, selon Jakobs, limite le statut d'ennemi aux traîtres qui, par leur acte de déloyauté, se soustraient à la protection du souverain »⁷⁵⁹. Il est entendu que le « citoyen », dans cette théorie, n'est pas compris comme celui qui a la jouissance des droits civiques. Pensé par différence avec l'ennemi, il est celui auquel on appliquera le droit pénal commun.

1. Être puni en tant qu'*ennemi* : l'application d'un droit d'exception

D'aucuns considèrent que les atteintes à la sûreté extérieure de l'État en général, et le terrorisme en particulier font de leurs auteurs des « ennemis ». Ce statut justifierait aux États-Unis le recours à un droit qualifié par certains de « droit de la guerre » qui déroge aux principes de l'État de droit : cristallisée dans le très liberticide *USA Patriot Act* du 26 octobre 2001, la réponse américaine aux « ennemis combattants illégaux » est celle d'une « guerre extra-ordinem »⁷⁶⁰. Le droit de l'ennemi – version américaine – part non pas de la catégorie du délinquant ou du criminel, mais de celle du combattant, en le soustrayant cependant à la protection dont il bénéficie en vertu du droit international humanitaire⁷⁶¹. Ce « droit » est pratiqué de manière à ne jamais arriver devant un juge : on abuse d'instruments parapénaux, de prévention et de contrôle, de détentions administratives, et de mesures adoptées sous des formes qui permettent d'éluder le contrôle juridictionnel.

Sans tomber dans de pareils excès puisqu'il s'inscrit dans un processus judiciaire, le droit pénal de l'ennemi de Günther Jakobs qui « fait sortir le droit pénal de ses rets classiques »⁷⁶² se réfère à l'existence de deux types de droit pénaux⁷⁶³. Le droit pénal de

HENRION-STOFFEL (Hervé), « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 2016, p. 649.

⁷⁵⁹ DUBBER (Markus D.), « Citizenship and Penal Law », *New Criminal Law Review*, vol. 13, n° 2, 2010, p. 210-211.

⁷⁶⁰ Sur les formes que prend cette « guerre extra-ordinem » aux États-Unis, v. DONINI (Massimo), « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *RSC*, 2009, p. 31 et plus spéc. p. 31-37.

⁷⁶¹ SAINT-BONNET (François), « Daech et les catégories juridiques modernes : un abyssal défi », in Farah SAFI, Arnaud CASADO (dir.), *Daech et le droit*, Éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 43.

⁷⁶² *Ibid.*

⁷⁶³ Sur les différences qui existent entre l'approche américaine des « ennemis combattants illégaux » et l'approche européenne du « droit pénal de l'ennemi », v. GOMEZ-JARA DIEZ (Carlos), « Enemy Combatants

l'ennemi que décrit Jakobs sans prétendre le justifier repose sur les mesures de sûreté et les mesures d'anticipation, autrement dit sur la *dangerosité* et non pas la *culpabilité*. L'ennemi qu'analyse le philosophe est l'individu dangereux (à l'extrême, dit-il, terroriste). La culpabilité est réservée au citoyen car, malgré l'acte qu'il a commis, on peut attendre de lui qu'il se comportera à l'avenir de manière légale. La dangerosité interdit une telle attente. La société doit se protéger, comme elle se protège contre un ennemi, si et aussi longtemps qu'elle ne peut pas attendre de l'individu qu'il se comportera de manière légale. Le droit pénal de l'ennemi est donc un droit d'exception et il vaut mieux le reconnaître comme tel afin de ne pas brouiller les catégories pénales : il existe un droit pénal du citoyen, et à côté et en opposé un droit pénal de l'ennemi. Concrètement, ce droit pénal de la dangerosité se manifeste tant au niveau des règles de fond que de la procédure⁷⁶⁴ : au niveau substantiel, on recule de plus en plus sur l'*iter criminis* et l'on incrimine les simples actes préparatoires, voire la préparation de ces actes. Ce droit pénal matériel de l'ennemi s'accompagne d'un droit procédural de l'ennemi, droit dérogatoire qui restreint ou annihile les règles du procès équitable (n'y ont plus cours le droit au juge naturel, les droits de la défense, le droit au silence, le droit au recours, etc.) – il raisonne alors principalement sur le terroriste.

2. Être puni en tant que *citoyen* : la privation des droits politiques

Plus communément, les théories du contrat social de Hobbes ou de Rousseau ont été utilisées, dans le cadre du droit pénal commun cette fois-ci – autrement dit, dans le cadre du « droit pénal du citoyen », pour reprendre les catégories de Jakobs – pour légitimer l'idée qu'un individu puisse être mis au banc de la société dont il n'a pas respecté les règles en étant exclu de l'élaboration démocratique de celles-ci. Dans un article précisément consacré au sujet, intitulé « Felon Disenfranchisement: the Unconscionable Social Contract Breached », Afi S. Johnson-Parris souligne, comme l'ensemble de la doctrine, que la violation du contrat

versus Enemy Criminal Law : An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants», *New Criminal Law Review*, 2008, vol. 11, n° 4, p. 529-562. V. également DONINI (Massimo), « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *op. cit.*

⁷⁶⁴ Pour une étude des règles de fond et des règles de procédure par lesquelles le droit pénal français tend de plus en plus à vouloir éradiquer les délinquants dangereux, v. SAFI (Farah), « Réprimer des actes ou punir des citoyens ? », *op. cit.*

social constitue l'un des principaux arguments légitimant la privation des droits civiques du criminel⁷⁶⁵.

Cette justification n'est pas purement théorique : ainsi qu'Angela Behrens le relève, les juges américains ont plusieurs fois fait fond sur cet argument⁷⁶⁶. L'exemple le plus connu est très certainement celui du juge Friendly dans le célèbre arrêt *Green v. Board of Elections* rendu par la Cour suprême de l'État de New York le 13 juin 1967⁷⁶⁷. Dans cette décision, le juge s'est appuyé explicitement sur les thèses défendues par John Locke dans son *Second Traité du gouvernement civil*. Selon le philosophe, que cite *in extenso* l'arrêt, en entrant dans la société, chaque homme « autorise la société dans laquelle il entre volontairement, confirme le pouvoir qu'y ont les Magistrats et les princes de faire des lois, selon que le bien public le requiert, et s'engage encore à joindre son secours à celui des autres s'il est nécessaire, pour la sûreté des lois et l'exécution des jugements, qu'il doit regarder comme ses jugements et ses arrêts propres »⁷⁶⁸. Pour le juge Friendly, cette thèse justifie « qu'un homme qui transgresse les lois qu'il a autorisé ses représentants à faire pour son gouvernement puisse justement être considéré comme ayant abandonné le droit de participer à l'administration future de la communauté »⁷⁶⁹. En citant Locke, les juges ont entendu faire la preuve que l'exclusion de la communauté civique correspondait à une nécessité impérieuse ne pouvant être considérée comme déraisonnable. Aussi la disposition retirant le droit de vote au requérant n'était-elle pas contraire en l'espèce au XIV^e amendement.

On retrouvera ce même argument du contrat social dans de nombreuses affaires : *Beacham v. Braterman* en 1969⁷⁷⁰, *Kronland v. Honstein* en 1971⁷⁷¹ ou encore *Shepherd v. Trevino* en 1978⁷⁷². Outre la jurisprudence, cette justification irrigue aussi les débats parlementaires. Au cours d'un débat au Sénat en 2002 relatif à un projet de loi visant à garantir le droit de vote aux élections fédérales aux délinquants ayant purgé leur peine, le sénateur Mitch McConnell a ainsi pris la parole et affirmé que : « les États ont tout intérêt à

⁷⁶⁵ JOHNSON-PARRIS (Afi S.), « Felon Disenfranchisement: the Unconscionable Social Contract Breached », *op. cit.*, p. 111. Sur le même sujet, voir également LEVINE (Eli L.), « Does the Social Contract Justify Felony Disenfranchisement ? », *Washington University Jurisprudence Review*, vol. 1, 2009, p. 193-224.

⁷⁶⁶ BEHRENS (Angela), « Voting - Not Quite a Fundamental Right ? A Look at Legal and Legislative Challenges to Felon Disfranchisement Laws », *op. cit.*, p. 241-242.

⁷⁶⁷ *Green v. Board of Elections of the City of New York*, 380 F.2d 445, 451 (2d Cir. 1967).

⁷⁶⁸ LOCKE (John), *Second Traité du gouvernement civil*, trad. J.-F. Spitz, Paris, PUF, 1994, §89.

⁷⁶⁹ *Green v. Board of Elections of the city of New York*, *cit.*

⁷⁷⁰ *Beacham v. Braterman*, 300 F.Supp. 182 (S.D. Fla.), *aff'd mem.*, 396 U.S. 12 (1969).

⁷⁷¹ *Kronland v. Honstein*, 327 F. Supp. 71 (N.D. Ga. 1971).

⁷⁷² *Shepherd v. Trevino*, 575 F.2d 1110, 1115 (5th Cir. 1978).

réserver le droit de vote à *ceux qui ont respecté le contrat social* qui constitue le fondement d'une démocratie représentative [...]. Ceux qui enfreignent nos lois ne devraient pas avoir voix au chapitre dans l'élection de ceux qui font et appliquent nos lois. Ceux qui enfreignent nos lois ne devraient pas diluer le vote des citoyens respectueux des lois »⁷⁷³.

On remarquera que la doctrine, la jurisprudence et les débats parlementaires cités à l'appui de la thèse selon laquelle la rupture du contrat social constitue l'une des justifications théoriques dominantes de la privation des droits civiques concernent tous les États-Unis. En France, on ne trouve pas de référence explicite dans le droit positif à l'argument du contrat social. En Europe, il apparaît timidement dans l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)* du 6 octobre 2005 de la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge Caflisch considère en effet qu'« on ne saurait se contenter d'affirmer que toute personne purgeant une peine d'emprisonnement *a rompu le contrat social* »⁷⁷⁴ pour justifier la privation de ses droits politiques. Doit-on voir dans cette asymétrie la marque que cette justification s'appliquerait essentiellement au droit américain ?

On rappellera que la théorie du contrat social est fréquemment citée comme fondement du droit dans le gouvernement et le système judiciaire américains. « La doctrine considère que la philosophie contractualiste a influencé la fondation des États-Unis et leur Constitution »⁷⁷⁵. Le pacte du Mayflower, premier document directeur de la colonie de Plymouth, était un contrat social essentiel où les colons acceptaient de respecter les lois et règlements du pacte en échange d'une protection et d'une meilleure chance de survie⁷⁷⁶. Le système juridique des États-Unis s'est souvent inspiré de la théorie du contrat social pour légitimer le pouvoir qui lui a été confié d'assurer la justice et l'ordre. Cette insistance sur le fondement contractualiste des États-Unis et de leur Constitution pourrait rendre compte en partie de la récurrence des références au contrat social dans le droit américain. Plus que par

⁷⁷³ 148 CONG. REC. S 802 (14 févr. 2002) (déclaration du Sénateur McConnell). Nous soulignons.

⁷⁷⁴ *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, cit., point 7 (nous soulignons).

⁷⁷⁵ V. entre autres ALLEN (Anita L.), « Dunwoody Distinguished Lecture in Law : Social Contract Theory in American Case Law », *Florida Law Review*, 1999, vol. 51, n° 1, p. 23 (citant MAIER Pauline, *From Resistance to Revolution : Colonial Radicals and the Development of American Opposition to Britain, 1765-1776*, nouv. éd., W. W. Norton & Company, 1992) (notant que les penseurs du contrat social ont généré « un corpus d'idées sur l'autorité publique et populaire et les responsabilités politiques populaires qui ont façonné le mouvement révolutionnaire américain »). V. plus généralement FENTON (John F.), *The Theory of the Social Compact and Its Influence Upon the American Revolution*, th. dactyl., Columbia College, 1891.

⁷⁷⁶ THORPE (Francis Newton), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies now or heretofore forming the United States of America*, Compiled and edited under the act of Congress of June 30, 1906, Washington, Government Printing Office, 1909.

l'histoire, c'est cependant selon nous en raison d'une différence relative à la structure des décisions des cours américaines, plus longues et plus argumentées, que s'explique le fait que la justification du contrat social, abondamment présente aux États-Unis, soit absente dans les décisions françaises. Aussi convient-il d'apprécier à sa juste valeur cette dissymétrie qui, contrairement à ce que l'on pourrait penser, ne suggère en aucun cas selon nous que les acteurs du droit en France n'aient à l'esprit cette justification.

En privant les individus ayant commis certaines infractions de leurs droits de citoyen, voire de leur statut de citoyen, on peut dire pour conclure que le droit positif fait un usage « mixte » des théories du contrat social. Comme pour Rousseau et dans une certaine mesure pour Hobbes, il considère que par son acte, l'infacteur se place en position d'extériorité vis-à-vis de la communauté. Cette extériorité n'est pas radicale cependant : reconnaissant, comme chez Beccaria, que le pacte a prévu les conditions de sa propre négation, on appliquera à l'infacteur le droit pénal commun, non un droit pénal d'exception ou un pseudo droit de la guerre. Gérard Soulier fait remarquer en ce sens qu' « en profondeur, la violation de la loi fait tout autant partie de l'ordre social que la loi elle-même si la loi a précisément pour objet de sanctionner les transgressions des règles communes. À quoi serviraient les codes, dans lesquels la cité se reconnaît, s'il n'y avait personne à transgresser les règles qu'ils posent ? »⁷⁷⁷ L'infacteur ne sera pas puni en tant qu'ennemi – ni en tant qu' « *inimicus* », comme dans la doctrine de Günther Jakobs, ni en tant qu' « *hostis* », comme dans la doctrine de l' « ennemi combattant illégal ». On le punira *en tant que citoyen, en le privant de ses droits de citoyen*. S'il est déchu de ses droits politiques, il conservera ses autres droits.

Ce chapitre portant sur deux des grandes justifications de la déchéance des droits civiques nous a donc permis d'une part de mettre en évidence la conception de la citoyenneté qui a été la vision dominante du droit français jusqu'à une période récente⁷⁷⁸, d'autre part de préciser les rapports entre l'individu délinquant et l'État issu du pacte. Nous avons mis en exergue l'importance des devoirs dans une théorie de la citoyenneté, importance souvent sous-estimée dans la doctrine constitutionnelle qui insiste davantage sur les droits du citoyen. L'esquisse de cette théorie des devoirs inspirée de l'analyse de Jeremy Waldron fait apparaître la citoyenneté comme une fonction (publique). On peut dès lors la conceptualiser, au prix de

⁷⁷⁷ SOULIER (Gérard), « Citoyenneté et condamnation pénale : l'incapacité électorale », *op. cit.*, p. 353.

⁷⁷⁸ Concernant l'évolution de la notion de citoyenneté en droit français dans la seconde moitié du XX^e siècle, on se reportera à la troisième partie de la thèse.

certain réajustements, comme *dignitas*, la notion romaine de dignité ayant précisément aussi le sens d' « Office ». Le premier devoir du citoyen est celui d'obéissance : en commettant une infraction, le délinquant ne porte pas atteinte seulement à l'individu privé lésé mais à l'ensemble de la communauté. Pour reprendre la distinction romaine exposée, tous les délits sont aujourd'hui des délits publics, quand bien même ils ne constituent pas des infractions politiques. C'est ce que permettent de formuler les théories du contrat social. La citoyenneté se fonde aujourd'hui sur une certaine conception du contrat social, c'est-à-dire des relations entre l'individu et sa communauté d'appartenance. Le chapitre suivant révélera la dimension morale, en droit français, de ce pacte social.



CHAPITRE 4. LES VALEURS PROTÉGÉES PAR LA DÉCHÉANCE DES DROITS POLITIQUES

Ainsi que nous l'avons vu dans l'introduction, la privation des droits civiques reflète une « prise de position morale ». Par ce type de peines, « le législateur trace une ligne »⁷⁷⁹. Cette ligne est la traduction juridique d'un jugement moral qui s'exprime dans les termes du « bon » et du « mauvais » citoyen. Le juge Gonthier, dans l'arrêt *Sauvé*, a souligné combien il était pertinent que le législateur fonde son jugement en la matière sur le code pénal⁷⁸⁰, « code moral » qui exprime les valeurs de la société. En choisissant de sanctionner spécifiquement certains des comportements incriminés dans le code pénal par la privation des droits civiques, on peut donc considérer que le législateur et le juge mettent en évidence les valeurs qui sous-tendent la citoyenneté. On s'attachera alors à identifier les infractions qui soustraient ceux qui les commettent au corps politique. On recherchera les déterminations de principe qui font que certains faits, certaines infractions, certains troubles à l'ordre politique et social plus que d'autres sont justiciables d'une privation des droits civiques. On déterminera, ce faisant, la « substance de la citoyenneté ».

Dans la mesure où « la radiation des listes électorales est une forme de bannissement »⁷⁸¹, on pourrait imaginer qu'« elle ne devrait intervenir que lorsque la personne a véritablement mis en danger la cité elle-même en défiant les règles qu'elle s'est données »⁷⁸². On pourrait autrement dit s'attendre à ce que soient spécifiquement assorties d'une déchéance des droits de citoyen les infractions politiques, que la doctrine pénaliste définit comme « les infractions dirigées contre l'organisation et le fonctionnement de l'État, ainsi que celles qui sont dirigées contre les droits qui en résultent pour les citoyens »⁷⁸³. Les différentes peines d'exclusion sous la Révolution et la Libération ont précisément été créées pour réprimer la lèse-nation et la « lèse-République ». À l'exception de ces deux périodes historiques, il apparaît cependant que plus que les infractions à caractère politique (section 1), ce sont les atteintes à la moralité publique qui sont sanctionnées par la privation des droits civiques (section 2). De toutes les infractions, de toutes les valeurs protégées par le code pénal, ce sont les comportements

⁷⁷⁹ Cour suprême du Canada, *Sauvé c. Canada (Directeur général des Élections)* [2002] 3 R.C.S. 519, point 110.

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ SOULIER (Gérard), « Citoyenneté et condamnation pénale : l'incapacité électorale », *op. cit.*, p. 353.

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ MERLE (Robert), VITU (André), *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 537-538. Cette définition est celle qui a été donnée à la Conférence internationale de Copenhague de 1935 pour l'unification du droit pénal.

contraires à la morale que le législateur et le juge punissent par une déchéance des droits de citoyen. Depuis la Restauration et la Monarchie de Juillet, le mauvais citoyen est moins jugé tel pour des raisons civiques (atteintes aux institutions de l'État, à la démocratie, etc.) que pour ses mauvaises mœurs⁷⁸⁴ (agressions sexuelles, etc.) et son manque de probité. Le contenu de ces valeurs morales a certes évolué : la probité⁷⁸⁵, qui renvoyait jusqu'au milieu du XX^e siècle essentiellement au respect des biens d'autrui, est aujourd'hui qualifiée de « publique » et désigne l'observation rigoureuse des règles de la justice, l'honnêteté, le désintéressement. Le mépris de ces valeurs n'en continue pas moins de constituer aujourd'hui encore la principale cause de privation des droits civiques.

Il est entendu que la moralité⁷⁸⁶ ici ne renvoie pas à la Morale, c'est-à-dire à quelque chose de transcendant qui « descend de l'empyrée »⁷⁸⁷ ; elle ne renvoie pas à des valeurs stables, incontestables, elle ne connote pas d'absolu ou d'objectif, que ce soit la religion, le droit naturel, la raison. La moralité, publique ou sociale ici, fait référence à la sensibilité d'une collectivité particulière. « Elle est située dans le temps et dans l'espace, elle est essentiellement contingente, évolutive, variable »⁷⁸⁸. Liée à la vie en société, cette morale conventionnelle prise en charge par l'État ne prend par ailleurs en compte que les comportements sociaux. Tandis que la morale individuelle entretient des rapports étroits avec la Morale, dans la mesure où elle est liée à la conscience de chacun qui doit en intérioriser les préceptes et y conformer l'ensemble de sa conduite, la moralité publique, elle, ne prend en compte que les comportements sociaux⁷⁸⁹. Par la privation des droits civiques, l'État se fait

⁷⁸⁴ « Cette notion de bonnes mœurs a été reconnue comme une percée de la morale dans le droit » : CARBONNIER (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 115.

⁷⁸⁵ Jean-Marie Brigant indique que dans les ouvrages du XIX^e siècle, la probité est définie de manière variable : soit elle désigne le respect des biens d'autrui, soit elle vise à l'observation rigoureuse des devoirs de la justice et de la morale : v. BRIGANT (Jean-Marie), *Contribution à l'étude de la probité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, p. 15-16. Danièle Lochack reprend cette définition en disant que « la probité, c'est l'honnêteté, le respect des biens et de la propriété d'autrui » : v. LOCHACK (Danièle), « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », in CURAPP, *Les bonnes mœurs*, Présentation de Jacques Chevallier, Paris, PUF, 1994, p. 38.

⁷⁸⁶ Sur les différentes définitions de la morale et son rapport avec le droit, voir, pour le droit français, LOCHACK (Danièle), *op. cit.*, spéc. p. 44 ; CARBONNIER (Jean), « Morale et droit », in *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, p. 94-103 ; FENOUILLET (Dominique), « Propos introductif », in Dominique BUREAU, France DRUMMOND et Dominique FENOUILLET, *Droit et morale. Aspects contemporains*, *op. cit.*, p. 1-26. Pour une approche plus théorique des rapports qu'entretiennent ces deux ordres normatifs, v. HART (Herbert L.A.), *Law, Liberty, and Morality*, *op. cit.*

⁷⁸⁷ CARBONNIER (Jean), « Morale et droit », *op. cit.*, p. 97.

⁷⁸⁸ LOCHACK (Danièle), « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs ... », *op. cit.*, p. 44.

⁷⁸⁹ En ce sens, VEDEL (Georges) et DELVOLVÉ (Pierre), *Droit administratif*, 12^{ème} éd., PUF, 1992, t. 2, p. 681.

donc gardien de la moralité du corps politique. C'est en ce sens que l'on parlera de dimension morale du contrat social.

Section 1 – La protection de l'État et des droits des citoyens

Dire que ce ne sont pas les infractions politiques qui entraînent prioritairement l'exclusion de la communauté des citoyens (§1) ne signifie pas pour autant que le législateur soit indifférent à ce type d'actes. Au contraire : la sanction qui s'applique par excellence aux infractions à caractère politique mettant en danger la sûreté intérieure et extérieure de l'État et les intérêts fondamentaux de la Nation n'est pas la privation des droits civiques mais la déchéance de nationalité, forme hétéronome de déchéance de citoyenneté. L'exclusion de la communauté *politique* se double de l'exclusion de la communauté *nationale*. Dans la mesure où la déchéance de nationalité autorise l'éloignement du territoire, on peut préciser qu'à l'exclusion *civique* s'ajoute l'exclusion *physique* de l'État (§2).

§1. La déchéance de (droits de) la citoyenneté des auteurs d'infractions à caractère politique

Il convient de préciser d'emblée que nous ne limiterons pas notre réflexion aux « infractions politiques » telles que caractérisées par le droit positif, qui n'incluent pas toutes les atteintes portées à l'État et aux droits des citoyens. Nous l'élargirons aux « infractions présentant un caractère politique », expression par laquelle nous regroupons les infractions politiques *stricto sensu* et ces infractions qui, bien qu'elles ne bénéficient pas du régime dérogatoire des infractions politiques et ne soient pas qualifiées comme telles, sont *de nature* politique par leur objet. Pour reprendre la distinction établie par Maxime Renaut⁷⁹⁰, on différenciera en la matière la « notion fonctionnelle » d'infraction politique – notion qui est celle du droit positif, qui déduit la qualification de l'infraction du régime que l'on souhaite lui appliquer – de la « notion conceptuelle » d'infraction politique fondée sur la nature de

⁷⁹⁰ BRENAUT (Maxime), « La notion d'infraction politique », in Evan RASCHEL (dir.), *Politique et droit pénal, Lexbase Pénal*, déc. 2018, n° 11. Sur la distinction entre les notions conceptuelles et fonctionnelles, v. VEDEL (Georges), « De l'arrêt "Septfonds" à l'arrêt "Barintein" », *JCP G*, 1948, chron. 682 ; du même auteur, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », *JCP G*, 1959, chron. 851. V. aussi TUSSEAU (Guillaume), « Critique d'une méta-notion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA*, 2009, p. 641. Pour des développements sur la distinction propre à la matière pénale, v. BONIS-GARÇON (Évelyne), *Les décisions provisoires en procédure pénale*, PUAM, 2002.

l'intérêt protégé : tandis qu'« en présence d'une notion conceptuelle, assise sur un fondement pensé, le régime ne fait que découler, logiquement, du contenu de la notion »⁷⁹¹, « en revanche, dans le cas d'une notion fonctionnelle, le contenu même de la notion semble plus flou [...], et pour cause : la raison d'être de la notion est d'emporter l'application d'un régime prédéterminé par avance. La notion fonctionnelle est pensée – ou plutôt "impensée" – à l'aune du régime que l'on entend lui appliquer »⁷⁹².

Cette distinction, quant à la question qui nous occupe, n'est pas fortuite. La privation des droits civiques n'est pas une peine qui sanctionne particulièrement la notion « fonctionnelle » d'infraction politique. Les infractions politiques, en droit positif, se caractérisent même par un traitement de faveur envers leurs auteurs : à la différence des délinquants ordinaires, les délinquants politiques pouvaient notamment être automatiquement restitués dans leurs droits politiques dans les colonies dans lesquelles ils étaient déportés (A). La question de l'exclusion de la communauté politique concerne davantage aujourd'hui la « notion conceptuelle » d'infractions politiques, ces infractions que le législateur et la jurisprudence, pour ne pas leur appliquer un régime plus favorable, ont *dépolitisées* : sont principalement concernés les terroristes pour lesquels, en 2015, on a songé à rétablir la peine de la dégradation nationale (B).

A. La notion « fonctionnelle » d'infraction politique

En droit positif, l'infraction politique⁷⁹³, dont les critères ont principalement été élaborés par la jurisprudence (1), se caractérise, depuis le XIX^e siècle, par le régime de faveur qu'on lui applique (2). Ce régime favorable concerne également la peine de la dégradation civique.

1. Les critères de l'infraction politique en droit positif

En l'absence de définition par le législateur (a), ce sont essentiellement les juges qui ont fixé les éléments constitutifs de l'infraction politique (b).

⁷⁹¹ BRENAUT (Maxime), « La notion d'infraction politique », *op. cit.*

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ Plusieurs thèses de doctorat ont été consacrées à l'infraction politique : v. notamment DREYFUS (Julie), *Généalogie du délit politique*, *op. cit.* ; ARBEY (Pascal), *L'infraction politique au XIX^e siècle (1814-1870)*, th. dactyl., Université Lyon 3, 2009 ; PAPADATOS (Pierre-Achille), *Le Délit politique. Contribution à l'étude des crimes contre l'État*, Genève, Libr. Droz, 1954.

a. L'absence de définition du législateur

Dans la lignée de l'évolution historique précédemment décrite⁷⁹⁴, le code pénal révolutionnaire de 1791, puis le code napoléonien de 1810 et le nouveau code pénal entré en vigueur en 1994 consacrent le caractère public de toute infraction en même temps qu'ils instaurent explicitement une distinction entre « les infractions contre la chose publique » et les « infractions contre les particuliers ». Cette distinction n'a cependant pas l'importance que présentait la classification entre « délits publics » et « délits privés », aux termes de laquelle seuls les premiers donnaient naissance à une action publique et étaient punis de peines proprement dites là où les seconds ne donnaient lieu qu'à des poursuites privées. À partir de 1791, toute infraction donne naissance à l'action publique et est sanctionnée par une peine proprement dite, qu'elle vise la « chose publique » ou « les particuliers » : comme nous avons eu l'occasion de le signaler, les crimes et les délits contre les particuliers, « même en s'attaquant aux personnes privées, menacent ouvertement le pouvoir social et ébranlent les bases de l'édifice public »⁷⁹⁵, de sorte que « leur répression n'intéresse pas moins l'État que celle des crimes publics »⁷⁹⁶. Pour reprendre les propos du conseiller d'État Faure qui s'exprime dans des termes qui ne sont pas sans rappeler les théories du contrat social, leur « répression est indispensable pour garantir à chacun des membres de la société, la jouissance paisible de tous les avantages qu'il a droit d'attendre du pacte social »⁷⁹⁷.

Si l'on considère donc à partir de 1791 que les infractions contre les particuliers, comme les délits publics, « ébranlent les bases de l'édifice public », le premier objet de la loi pénale dans les codes pénaux révolutionnaires et le code pénal 1810 n'en reste pas moins la répression des « crimes et délits contre la chose publique ». Ces derniers, qui sont l'objet du premier titre du Livre III du code de 1810, occupent numériquement une place considérable. Les infractions contre les particuliers, d'une importance moindre, sont en revanche relativement peu nombreuses et ne sont traitées que dans le titre second. Les rédacteurs du code pénal de 1810 ne s'y sont pas trompés et un membre de la commission de législation

⁷⁹⁴ Voir le chapitre 3.

⁷⁹⁵ HELIE (Faustin), CHAUVEAU (Adolphe), *Théorie du Code pénal*, t. 3, 3^{ème} éd., Paris, Cosse, 1852, p. 368.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 370.

⁷⁹⁷ M. FAURE, Conseiller d'État, « Exposé des Motifs de la loi contenant le chapitre premier du titre II du livre III du Code des Délits et des Peines », Rapport n° 9, Séance du 7 février 1810, in *Code Pénal, suivi de l'exposé des motifs, présenté par les orateurs du Gouvernement - Des rapports faits au Corps législatif [...]*, t. 2 : « Recueil de la discussion du code des délits et des peines. Motifs et rapports », Chez Firmin Didot, Paris, 1810, p. 176.

dans son rapport ne manque de le souligner : c'est « dans la première classe [que] sont comprises toutes les violations des devoirs des citoyens envers l'État [...]. Là se trouvent encore toutes les garanties qui sont accordées aux citoyens contre les troubles qui sont apportés à l'exercice de leurs droits politiques, contre les attentats qui menacent leur liberté »⁷⁹⁸. Le « code pénal du citoyen » de 1810 réprime en premier lieu les atteintes à la chose publique, qui comptent parmi elles un certain nombre de crimes et de délits que l'on qualifiera à partir de 1830 de « politiques ».

Après la charte constitutionnelle de 1830, qui attribue au jury d'assises une compétence pour connaître des délits de presse et des délits politiques, c'est en effet à l'occasion de la loi du 8 octobre 1830 qu'apparaît pour la première fois dans un texte législatif l'expression d'infraction « politique » – notion de fait souvent attribuée à Guizot⁷⁹⁹ –, que l'on distingue de l'infraction de droit commun en ce qu'elle relèverait d'un type de criminalité spécifique. Constatant que la dénomination de délits « politiques » ne se trouve pas dans les Codes, le comte Siméon, rapporteur de la loi devant la Chambre des Pairs, cherche à quels faits elle doit s'appliquer en se référant explicitement à Gaetano Filangieri⁸⁰⁰. Ce dernier, dans son ouvrage *Science de la législation*⁸⁰¹, procède à un travail d'analyse et de distinction des incriminations qu'il répartit en dix classes : il existe plusieurs manières de transgresser la loi qui ne sont pas équivalentes, selon la « convention sociale » ou le « pacte » violés. Pour le juriste napolitain, qui recourt à la fiction de l'état de nature et du contrat social par lequel la société reçoit le droit que chaque homme avait sur son semblable dans l'état de nature lorsqu'il violait les lois naturelles, les lois expriment des conventions sociales.

Ces conventions sociales ne sont autre chose que les devoirs contractés par chaque citoyen envers la société, pour le prix des droits qu'il acquiert sur elle : celui-ci a des droits comme homme, communs aux citoyens et étrangers, et des droits comme citoyen. Dans la

⁷⁹⁸ M. NOUGAREDE, membre de la commission de législation, « Rapport fait au corps législatif sur la loi contenant le livre IV du Code des Délits et des Peines », Rapport n° 14, Séance du 20 février 1810, in *Code Pénal, suivi de l'exposé des motifs...*, op. cit., p. 316.

⁷⁹⁹ Guizot a mis en lumière la notion d'infraction politique notamment dans GUIZOT (François), *De la peine de mort en matière politique*, À Paris et à Rouen, chez Béchét, libraire, 1822 ; voir également GUIZOT (François), *Des Conspirations et de la justice politique*, Paris, Librairie française de l'Avocat, éditeur des Fastes de la gloire, Palais-Royal, galerie de bois, n° 195. M. DCCC. XXI, 1821.

⁸⁰⁰ Cet emprunt que le comte Siméon fait à G. Filangieri dans son exposé est rapporté dans DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, et Avis du Conseil d'État*, op. cit., t. 30, p. 275.

⁸⁰¹ FILANGIERI (Gaetano), *Œuvres de G. Filangieri*, t. 3 : *La science de la législation - Suite des lois criminelles*, op. cit.

mesure où la société lui assure la jouissance des uns et lui accorde les autres, qu'elle les lui donne ou les protège, tous deviennent des droits sociaux, lesquels peuvent être classés selon les objets auxquels ils se rapportent : la vie, l'honneur, la propriété réelle, la propriété personnelle et les prérogatives de la cité. Toute transgression de la loi, qui constitue la violation d'une convention, doit être suivie de la perte de l'un de ces droits : « la sanction pénale est cette partie de la loi par laquelle on offre au citoyen, ou l'observation d'un devoir social, ou la perte d'un des droits acquis par le contrat »⁸⁰². Dans l'hypothèse où un citoyen violerait, par un seul délit, toutes les conventions sociales, il devrait, par ce seul forfait, être privé de tous les droits sociaux. Des différentes espèces d'infraction, les délits politiques, définis comme « ceux qui troublent l'ordre déterminé par les lois fondamentales d'un État, la distribution des différentes parties du pouvoir, les bornes de chaque autorité, les prérogatives des diverses classes qui composent le corps social, les droits et les devoirs qui naissent de cet ordre »⁸⁰³, sont précisément ceux qui peuvent porter atteinte à toutes les conventions sociales à la fois. En portant atteinte à la Constitution, à la sûreté de l'État ; en portant atteinte au roi, d'où émane la sûreté commune, le criminel, comme chez Hobbes, sera puni tout à la fois comme parricide, comme rebelle, comme sacrilège, comme perturbateur du repos public : « par un seul forfait, violant toutes les conventions, [il] perdra tous les droits qu'[il] avait acquis par ces obligations »⁸⁰⁴. Il sera logiquement exclu de la communauté politique.

La loi précédemment citée du 8 octobre 1830 qui, en attribuant aux Cours d'assises la connaissance des délits politiques, n'a pas voulu laisser une règle de compétence incertaine, donne une *énumération* de ce qu'elle entend par délits politiques : dans son article 7, elle considère comme « politiques » les délits prévus en premier lieu par les chapitres I et II du titre 1^{er} du livre III du code pénal de 1810, qui traitent respectivement des délits contre la sûreté intérieure et extérieure de l'État et des délits contre la Constitution⁸⁰⁵. Le législateur ajoute à cette liste les infractions contre la paix publique que sont la concussion et la

⁸⁰² *Ibid.*, Liv. III, Part. II, Chap. 2, p. 8.

⁸⁰³ Cette définition des délits politiques que donne le comte Siméon est reprise dans DUVERGIER (Jean-Baptiste), *ibid.* Le rapporteur de la loi reprend ici exactement les mêmes termes que ceux qu'emploie G. Filangieri dans l'article qu'il consacre aux « délits contre l'ordre politique », in *Œuvres de G. Filangieri, op. cit.*, Liv. III, Part. II, Chap. 23, art. 8, p. 257. Sur les rapports entre le comte Siméon et Filangieri, v. VIAUD (Joseph), *La peine de mort en matière politique : étude historique et critique*, Paris, A. Rousseau, 1902, p. 254 et DREYFUS (Sophie), *Généalogie du délit politique, op. cit.*, p. 168.

⁸⁰⁴ FILANGIERI (Gaetano), *Œuvres de G. Filangieri, op. cit.*, Liv. III, Part. II, Chap. 2, p. 9.

⁸⁰⁵ Les délits contre la Constitution incluent les crimes et délits relatifs à l'exercice des droits civiques, les attentats à la liberté, les coalitions des fonctionnaires et les empiètements des autorités administratives et judiciaires.

corruption de fonctionnaires publics, les associations et réunions illicites et les délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication visés à l'art. 9 de la loi du 25 mars 1822. La loi de 1830, à travers cette énumération, se dispense toutefois de donner une *définition* de l'infraction politique. Le code pénal actuel, pas plus que les codes de 1791 et de 1810, ne fournissent de critères de l'infraction politique. En l'absence de définition légale à proprement parler, c'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'incombe ce travail de qualification.

La terminologie peut faciliter, en matière criminelle, l'identification de certaines infractions politiques. L'histoire des peines nous apprend en effet que la « réclusion » criminelle devient, en matière politique, « détention » criminelle. La réclusion et la détention sont cependant toutes deux envisagées à l'article 131-1 c. pén., sans que rien ne les distingue l'une de l'autre. Dépourvue de toute spécificité, tant au regard de sa durée que de son contenu, la seule vertu de la terminologie employée est donc d'indiquer la coloration politique des crimes qu'elle vient sanctionner. Dès lors, au rang des certitudes, nous savons que les crimes prévus aux articles 411-2, 411-3, 411-4, 411-6, 411-9 et 412-1 à 412-8 du nouveau code pénal revêtent indubitablement une nature politique, puisque frappés de cette peine. Il s'agit, en substance, de crimes portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, lesquels visent notamment des faits de trahison et d'espionnage, d'intelligence avec une puissance étrangère, de sabotage, d'attentat, de complot, d'insurrection ou encore d'usurpation de commandement. S'il nous apporte quelques informations, cet indice terminologique montre cependant vite ses limites. En premier lieu, si cet indice, que le législateur n'a pas jugé bon d'expliquer, nous renseigne de la nature politique d'un crime qu'il sanctionne, il ne semble pas interdire qu'un crime assorti d'une peine de droit commun puisse être également qualifié de politique. Le comte Siméon lui-même reconnaît dans son rapport sur la loi de 1830 s'être « borné à désigner certains délits qui sont politiques, sans entendre faire une énumération limitative ». Qu'en conséquence, il est « certain que plusieurs délits non énoncés dans cet article peuvent être considérés comme "politiques", soit à raison de leur "caractère propre", soit à raison des "circonstances" »⁸⁰⁶. En second lieu, ce critère ne vaut que pour la matière criminelle. En matière correctionnelle, la peine privative de liberté étant qualifiée d'« emprisonnement » en toute hypothèse, il faut user d'autres indices pour

⁸⁰⁶ Cité dans DUVERGIER (Jean-Baptiste), *op. cit.*, p. 275.

identifier le délit politique. C'est alors essentiellement de l'analyse du texte en cause que découlera le caractère politique ou non du crime ou du délit.

Pour Gilles Grécourt⁸⁰⁷, en matière correctionnelle, on peut probablement considérer à partir d'une analyse des textes que les *délits* qui sont des déclinaisons de *crimes* pour lesquels la détention criminelle est prévue sont pourvus d'un tel caractère. Les intelligences avec une puissance étrangère (art. 411-5 c. pén.), le complot (art. 412-2 c. pén.), la livraison d'informations à une puissance étrangère (art. 411 et 411-8 c. pén.) ou encore la provocation à s'armer contre l'autorité de l'État (art. 412-8 c. pén.) seraient ainsi, dans leur version délictuelle, des infractions politiques. Pour une raison analogue, Gilles Grécourt affirme que l'on peut sans doute retenir comme politiques les délits figurant dans la section relative aux « atteintes à la sécurité des forces armées et aux zones protégées intéressant la défense nationale » (art. 413-1 et 413-8 c. pén.). Il s'avère en effet, aux termes de l'art. 414-1 c. pén., que dans un contexte d'état de siège ou d'urgence déclaré, les délits des articles 413-1 à 413-3 deviennent des crimes, qui sont sanctionnés par la détention criminelle. Dans la mesure où l'esprit qui les anime est similaire, il est loisible d'estimer que les autres délits de cette section revêtent également un caractère politique. Gilles Grécourt en conclut qu'en procédant de la sorte par déduction et analogie, tout laisse à penser que la plupart des incriminations au sein de ce Livre IV, titre 1^{er} relatif aux « atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation » ont une nature politique. La jurisprudence a pu, occasionnellement, lever les doutes restants.

b. Les critères élaborés par la jurisprudence

Deux types de théories ont été élaborées par la jurisprudence, à savoir la conception objective et la conception subjective de l'infraction politique⁸⁰⁸. Selon la première, l'infraction politique se fonde sur le critère objectif de la *nature de l'intérêt protégé* : est politique l'infraction qui, indépendamment des mobiles de l'agent, prend pour cible ou porte atteinte à l'existence ou à l'organisation de l'État politique, victime abstraite. Cet ordre comprend essentiellement, à l'extérieur, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son

⁸⁰⁷ GRECOURT (Gilles), « Réflexion autour de la notion d'infraction politique », *Dr. pén.*, n° 9, 2017, Étude 17.

⁸⁰⁸ Sur la possibilité d'une double approche de l'infraction politique, v. GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, 2^{ème} éd., Paris, L. Larose & Forcel, 1898, p. 203 s. Sur la double approche retenue par la jurisprudence, v. LEMOULAND (Jean-Jacques), « Les critères jurisprudentiels de l'infraction politique », *RSC*, 1988, p. 16 ; PRADEL (Jean), VARINARD (André), *Les grands arrêts du droit pénal général*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2016, n° 27, p. 364 ; MERLE (Roger), VITU (André), *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 535 s. V. également LEFEBVRE (José), « Codifier l'infraction politique ? », *Cahiers du CURAPP*, n° 42, 1998, p. 371.

territoire et les rapports de l'État avec les autres États ; à l'intérieur, il inclut la forme du gouvernement, l'organisation des pouvoirs publics, leurs rapports mutuels et enfin, les droits politiques des citoyens. La définition donnée en 1947 par la Cour d'appel de Grenoble, qui a jugé que l'infraction politique est celle qui porte atteinte à la sûreté de l'État, à l'ordre politique et à la souveraineté étatique, a été fréquemment reprise. Ainsi reconnaîtra-t-on généralement des infractions purement politiques dans les crimes qui ne lèsent que le droit et l'intérêt politiques⁸⁰⁹.

Le critère objectif, s'il est celui que retiennent majoritairement la doctrine et la jurisprudence, n'est toutefois pas le seul. Selon les tenants de la conception subjective, sont politiques les crimes ou les délits qui, dans *l'intention de leur auteur*, ont un but politique. Selon ce critère beaucoup plus large que le précédent, des infractions qui, prises en elles-mêmes, ne portent pas directement atteinte aux intérêts ou à la sûreté de l'État mais visent des personnes physiques pour des raisons politiques, sont politiques. Ce critère subjectif a cependant maintes fois été rejeté, ce qu'illustre l'arrêt de principe *Gorguloff*⁸¹⁰. Dans cette décision, la Cour de cassation a considéré que l'assassinat du président Doumer par un individu qui voulait ainsi protester contre l'attitude de la France à l'égard des Soviets n'avait pas perdu sa nature de crime de droit commun « par le fait qu'il a été commis sur la personne du Président de la République ».

Le critère objectif est donc celui qui a eu et a la préférence de la jurisprudence, ce qu'a encore mis en évidence récemment une affaire jugée le 28 mars 2017⁸¹¹. En l'espèce, un adversaire de la politique étatique relative au barrage de Sivens, et en particulier du déploiement des forces de l'ordre, avait participé à une manifestation. Il était poursuivi pour attroupement sans arme, la manifestation, organisée par un parti d'extrême-gauche, n'ayant pas été autorisée. En cause, la procédure rapide de convocation sur procès-verbal selon

⁸⁰⁹ On identifiera des infractions politiques dans le fait d'entretenir des intelligences avec l'ennemi, de porter les armes contre son pays, c'est-à-dire dans les faits de trahison, d'espionnage, de divulgation de secrets qui prennent pour cible les intérêts français (sect. 1 du ch. I, relative à la sûreté extérieure de l'État). On reconnaîtra également des infractions politiques dans les conspirations visant à changer la forme du gouvernement ; dans les attentats, les complots, et autres infractions contre l'autorité de l'État ; dans la guerre civile et les mouvements insurrectionnels, dans les crimes tendant à troubler l'État par des massacres ou des dévastations (sect. 2 du Ch. I, relative à la sûreté intérieure de l'État) ; on reconnaîtra enfin des délits politiques dans les infractions réprimées par le Code électoral, dans les règles relatives aux réunions publiques, etc. (Ch. II portant sur les atteintes à la Constitution).

⁸¹⁰ Cass., crim., 20 août 1932, *D.P.* 1932, I, 121, concl. Matter.

⁸¹¹ Cass., crim., 28 mars 2017, n° 1584.940, *D.* 2017, p. 1233, note J. Pradel ; *AJ pénal*, 2017, p. 284, obs. W. Azoulay ; *RSC*, 2017, p. 577, obs. A. Giudicelli.

laquelle le requérant était poursuivi, procédure exclue en matière de délits politiques. La Cour d'appel a jugé que le délit de participation à un attroupement était une infraction de droit commun ne revêtant « aucun caractère politique ». La manifestation interdite, même organisée par un parti politique, ne visait pas à remettre en cause des institutions, ni des intérêts de la Nation. À l'audience, le prévenu avait par ailleurs précisé qu'il ne faisait pas de politique. La chambre criminelle, le 28 mars 2017, a cassé la décision d'appel en qualifiant le délit de politique. En l'absence de toute référence aux mobiles du manifestant, comme aux objectifs de la manifestation interdite et de ses participants, cette position de la Cour de cassation ne peut s'expliquer que par une analyse strictement objective de la nature du délit. Les juges auront probablement considéré que « l'infraction était en lien étroit avec une liberté publique, celle de s'assembler, et qu'à ce titre, elle était politique, à l'image de cette liberté elle-même »⁸¹². En retenant ce critère objectif, le juge s'accorde donc avec la définition donnée en introduction par Merle et Vitu : l'infraction politique est celle qui porte atteinte à l'État et aux droits des citoyens.

2. L'application de ces critères aux peines privatives des droits politiques

Bien que l'infraction politique *stricto sensu* ait pu historiquement être sanctionnée spécifiquement par une déchéance des droits politiques (a), telle n'est pas sa principale caractéristique. S'il existe une singularité des peines privatives des droits civiques en matière politique, c'est celle de leur relèvement : le délinquant politique, contrairement au délinquant ordinaire, est tout au long du XIX^e siècle relevé beaucoup plus facilement des incapacités qu'emporte la dégradation civique (b).

a. La privation des droits civiques, une peine rarement politique à l'exception de la Révolution et de la Libération

Les peines privatives de droits civiques ont constitué des peines spécifiquement politiques lors de deux périodes : la Révolution et la Libération. Dans la mesure où nous les avons toutes deux longuement étudiées dans les chapitres précédents, on sera concis dans nos

⁸¹² CONTE (Philippe), « Infraction de caractère politique », *Dr. pén.* n° 7-8, 2017, comm. 104. Pour une interprétation semblable, v. PIN (Xavier), « Terrorisme et infraction politique en droit pénal », Communication présentée lors de la Journée d'étude « Terrorisme et infraction politique » organisée sous la dir. de Julie Alix et Olivier Cahn, Univ. de Lille 2, 16 nov. 2017.

propos. On se limitera à indiquer que dans les codes pénaux de 1791 et de 1795, la dégradation civique et la déchéance des droits politiques sont principalement prévues comme peine *principale* pour les crimes et attentats contre la Constitution. La dégradation civique s'applique ainsi à « quiconque sera convaincu d'avoir écarté un citoyen d'une assemblée primaire » ; à « tout fonctionnaire, tout citoyen placé sur la liste des jurés, qui sera convaincu d'avoir trafiqué de l'exercice du pouvoir qui lui est confié » ; à quiconque aura signé un acte portant nomination d'un emploi qui, suivant la constitution, ne peut être conféré que par l'élection libre des citoyens ; à toute personne qui aura publié un acte comme loi sans qu'il ait été décrété par le Corps législatif. Il en va de même de la perception de l'impôt qui n'a pas été décrété par le corps législatif ou de l'exercice de fonctions rétablissant des ordres ou des corps que la Constitution a détruit. Il va de soi que les crimes plus graves d'atteintes à la sûreté intérieure ou à la sûreté extérieure de l'État ne pouvaient être punis de la peine de la dégradation civique à titre principal. Ces crimes sont toutefois assortis à titre *accessoire* de la déchéance des droits attachés à la qualité de citoyen actif. La justice d'exception de la Libération fera également de l'infraction punie par la dégradation nationale un délit politique. Ses concepteurs avaient d'ailleurs été explicites : l'indignité nationale ne se situe pas sur le terrain de la justice pénale mais sur celui de la justice politique. Le régime dérogatoire applicable à la peine confirme son caractère politique⁸¹³. On peut donc dire qu'au départ, les peines privatives des droits politiques ont été conçues pour protéger la Nation ou la République.

En dehors de ces deux grands moments de l'histoire, la privation des droits politiques n'a pas constitué cependant une peine véritablement politique. Il est vrai que dans le code de 1810 aussi, les infractions pour lesquelles la dégradation civique peut être prononcée à titre *principal* sont essentiellement politiques⁸¹⁴. La dégradation civique s'applique de la sorte aux crimes et aux délits relatifs à l'exercice des droits civiques⁸¹⁵, aux attentats à la liberté⁸¹⁶ et

⁸¹³ Il résulte de ce caractère politique que la procédure des flagrants délits n'est pas applicable (loi du 20 mai 1863, art. 7) ; que la condamnation intervenue ne fait pas perdre la qualité de délinquant primaire, donc le droit au sursis, pour l'avenir, et n'entraîne pas révocation d'un sursis précédemment obtenu (loi du 26 mars 1891, art. 1^{er}) ; que cette condamnation n'entre pas en ligne de compte dans le calcul du nombre des infractions entraînant la relégation (loi du 27 mai 1885, art. 3) ; que la contrainte par corps n'est pas applicable (loi du 30 déc. 1928, art. 19).

⁸¹⁴ La dégradation civique est également admise comme peine principale pour quelques crimes de droit commun qui renvoient principalement à certains cas de forfaiture (art. 126, 127, 130, 167 et 183, c. pén. 1810).

⁸¹⁵ Art. 109, 111, 112, 113, c. pén. 1810.

⁸¹⁶ Art. 119, 121, 122, c. pén. 1810.

aux coalitions de fonctionnaires⁸¹⁷. Plus qu'une peine principale prévue pour des infractions politiques, on a vu toutefois que la dégradation civique était surtout et avant tout une peine *accessoire* résultant de *toutes* les condamnations criminelles à temps *quelles qu'elles soient*. En matière correctionnelle également, les délits entraînant de plein droit l'interdiction d'inscription sur les listes électorales à partir de 1849 ne sont pas ceux qui portent atteinte à l'État mais ceux qui attentent à la moralité⁸¹⁸.

b. La restitution automatique des droits civiques aux délinquants politiques dans les colonies

Sous l'empire du code pénal de 1810, la dégradation civique n'est donc pas réservée aux infractions politiques. Au contraire : les délinquants politiques qui, comme les criminels ordinaires, la subissent de plein droit, peuvent, contrairement à ces derniers, être restitués dans l'intégralité de leurs droits politiques dans les colonies dans lesquelles ils sont souvent déportés. Le régime dérogatoire plus favorable qui caractérise l'infraction politique (i) s'applique également aux peines privatives des droits politiques (ii).

i. Le régime *in favorem* classique de l'infraction politique

On rappellera que le droit pénal a tout d'abord manifesté une sévérité extrême à l'égard du crime politique⁸¹⁹. À l'origine, on peut même dire que seule cette catégorie d'infraction était, à proprement parler, l'objet d'une répression pénale : comme cela a été évoqué précédemment⁸²⁰, la répression publique n'intervenait que lorsque l'acte criminel était dirigé contre la communauté tout entière, et son auteur était naturellement considéré comme un ennemi que l'on rejetait de cette communauté, d'où le caractère éliminatoire de la peine. À cette notion primitive s'est ajoutée, un peu plus tard, la notion féodale d'allégeance. On concevait le sujet comme lié envers son roi par un serment de fidélité. L'infraction politique, constituée par la rupture de ce serment, était encore ici la plus grave qu'un individu puisse commettre. Ainsi, l'Ancien droit assimilait le régicide et le parricide. Sous l'Ancien Régime, la sévérité a régi la matière par le truchement du concept de « lèse-majesté ». En résumé, ou

⁸¹⁷ Art. 123, c. pén. 1810.

⁸¹⁸ Voir section 2.

⁸¹⁹ ANCEL (Marc), « Le crime politique et le droit pénal du XXème siècle », *Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1938, p. 87-89.

⁸²⁰ Voir chapitre 3.

peut dire que jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, la légitimité de l'État, ou de son chef, n'a pu être mise en doute ; tout changement de régime paraissait donc en soi inconcevable, et aucune volonté de changement, c'est-à-dire aucune discussion du régime établi n'était tolérée. Le criminel politique restait donc, dans cette conception, l'ennemi public par excellence.

Le point de vue a changé, du tout au tout, avec le XIX^e siècle. Si la Révolution et le code pénal de 1810 ont amorcé une timide évolution avec la création implicite de peines *sui generis* pour les infractions politiques, la peine la plus fréquemment encourue pour les infractions portant atteinte à la sûreté de l'État était encore la peine de mort. L'indulgence n'est apparue véritablement qu'avec la Monarchie de Juillet en 1830. En 1832, tout d'abord, est créée la peine politique de la détention (alternative à la réclusion). Dans un second temps, le décret du 26 février 1848 puis la Constitution du 4 novembre 1848 abolissent la peine de mort en matière politique – elle sera rétablie pour cette matière par une ordonnance du 4 juin 1960, jusqu'à l'abolition générale. S'instaure ensuite un régime pénitentiaire au bénéfice des détenus politiques. Par ailleurs, l'extradition est refusée par les différents traités de l'époque pour les délinquants politiques et une condamnation pour infraction politique ne fait pas obstacle à l'octroi d'un sursis pour une infraction commise ultérieurement.

Treilhard, à l'occasion de la discussion, au Parlement, de la peine du bannissement, explique la raison de cette nouvelle indulgence : « certains crimes politiques, qui ne [supposent] pas toujours un dernier degré de perversité, ne doivent pas être punis des peines réservées aux hommes profondément corrompus »⁸²¹. Les mobiles du délinquant politique sont désormais considérés comme nobles. La doctrine se fait l'écho de cette mansuétude du législateur. Pour Ortolan, « si l'on regarde à la personnalité de l'agent, aux sentiments ou aux passions qui le poussent, à l'état moral que dénote en lui le délit politique [...], on y trouvera [...] quelquefois aussi la fidélité dévouée aux personnes ou aux principes, surtout quand le malheur les a frappés ; des illusions ou des entraînements généreux, des indignations vertueuses, un esprit de sacrifice à ses convictions »⁸²². Aujourd'hui, aux termes de l'article 3976 du code de procédure pénale, les procédures accélérées que sont la comparution immédiate et la convocation par procès-verbal ne sont pas applicables aux délits politiques. En cette matière sont exclus non seulement les procédures rapides mais aussi l'extradition, le

⁸²¹ CHAUVEAU (Adolphe), *Code pénal progressif : commentaire sur la loi modificative du code pénal*, Paris, Éditeur Rue Coquillière, 1832, p. 155.

⁸²² ORTOLAN (Joseph-Louis-Elzéar), *Éléments de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, p. 303.

mandat de dépôt à l'audience, le sursis probatoire et le sursis assorti d'un travail d'intérêt général. Cette moindre sévérité du législateur à l'endroit de l'infraction politique a également concerné la peine de la dégradation civique.

ii. L'application du régime *in favorem* aux peines privatives des droits politiques

Les peines politiques sous l'empire du code pénal de 1810 sont essentiellement des peines d'éloignement⁸²³. Garçon relève que le Code édicte deux peines, « la déportation et le bannissement, lesquelles étaient prononcées, le plus souvent, pour des crimes politiques »⁸²⁴. Le bannissement avait été aboli par l'Assemblée constituante dans le code de 1791. Réintroduit par le code pénal de 1810, il est un simple exil puisque le banni n'est pas transporté dans des colonies pénitenciaires, mais simplement conduit sous escorte à la frontière. De l'autre côté de la frontière, le banni jouit de la liberté commune à tous. Le délinquant politique condamné à la déportation est en revanche transporté dans une colonie. Il s'agit d'exclure ceux qui « pourraient encore troubler le repos par leur présence »⁸²⁵ : « la peine de la déportation étant particulièrement réservée aux crimes politiques, plus ces offenses sont graves et susceptibles d'un résultat funeste, plus il importe que ceux qui s'en sont rendus coupables ne soient pas tentés de reparaître sur le territoire »⁸²⁶. Seule la peine de la détention maintient le délinquant politique sur le territoire français.

Dans leur lieu d'exil, les condamnés ordinaires peuvent, comme les délinquants politiques, récupérer la vie civile. Seuls ces derniers peuvent néanmoins se voir restituer leurs droits civiques et politiques. Les rapporteurs du code pénal de 1810 mettent en évidence différentes raisons à cela : en premier lieu, l'idée selon laquelle les mobiles qui animent le délinquant politique sont désintéressés, voire nobles, s'applique ici aussi : « les délits politiques que la déportation atteint, ne supposent point toujours la renonciation entière à tout

⁸²³ Il existe d'autres peines de transportation qui ne s'appliquent qu'aux délinquants ordinaires. Les travaux forcés à perpétuité ou à temps sont par exemple précédés d'une transportation dans une colonie pénale. Cette transportation permettait d'éloigner définitivement du territoire continental les forçats libérés dont la présence constituait, avec le régime des bagnes, un danger permanent pour la tranquillité publique. À l'expiration de leur peine, les forçats sont astreints à la résidence dans la colonie. Par différence avec la transportation qui, au sens strict, n'est pas une peine mais un mode d'exécution de la peine des travaux forcés, la loi du 27 mai 1885 a créé la relégation, peine perpétuelle prononcée comme conséquence de condamnations criminelles ou correctionnelles de droit commun et qui a la particularité d'être exécutée après l'expiration de la peine principale.

⁸²⁴ GARÇON (Emile) *Code pénal annoté, op. cit.*, p. 14.

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁸²⁶ *Ibid.*

principe d'honneur et de morale ; ils n'ont pas, comme les autres crimes, leur cause nécessaire dans la dépravation du cœur ; aussi, ces considérations n'ont-elles pas été étrangères à la disposition qui permet au déporté l'espoir d'être *restitué dans ses droits de citoyen*, dans le lieu de son exil »⁸²⁷. Par ailleurs, contrairement aux délinquants ordinaires, dont le cœur restera dépravé où qu'ils se trouvent, le danger que présentent les délinquants politiques est essentiellement local. Ces infracteurs portent atteinte à un État en particulier. On peut donc s'attendre à ce que, éloignés de celui-ci, ces derniers deviennent de bons citoyens : « un homme, en effet, peut être mauvais citoyen dans un pays, et ne l'être pas dans un autre »⁸²⁸.

Dans l'article 16 §5 de la loi du 25 mars 1873 qui règle la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie, le législateur maintiendra cette orientation générale en autorisant le Gouvernement à accorder aux déportés simples, sur l'avis du gouverneur en conseil, l'exercice, dans la colonie, de « tout ou partie des droits dont ils sont privés par l'art. 34 »⁸²⁹ relatif à la dégradation civique. La déportation ayant été supprimée par une ordonnance du 4 juin 1960 et les peines d'éloignement ayant toutes été abolies, le nouveau code pénal ne contient pas de dispositions similaires. À l'exception de la Révolution et de la Libération, la « notion fonctionnelle » d'infractions politiques n'est donc pas assortie plus que les crimes de droit commun de sanctions d'exclusion du corps politique. Au contraire, cette notion réintègre les délinquants politiques à la communauté, sur un territoire autre toutefois que l'État métropolitain.

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 24 (nous insistons). On soulignera en passant que si les rapporteurs n'évoquent pas les bannis, c'est qu'étant simplement exclus des frontières françaises, et pouvant dès lors s'installer dans n'importe quel pays étranger, la France ne pouvait leur restituer des droits qu'ils n'auraient pas pu exercer dans leur lieu d'exil.

⁸²⁸ *Ibid.*, p. 26.

⁸²⁹ ORTOLAN (Joseph-Louis-Elzéar), *Éléments de droit pénal*, t. 2, *op. cit.*, p. 169-170. L'art. 12 §4 de la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution des travaux forcés permettait également au Gouvernement d'accorder aux forçats libérés, condamnés ordinaires, l'exercice, dans la colonie, de certains droits dont les privait la dégradation civique. Les droits concernés, visés dans les §3 et §4 de l'art. 34, ne sont pas cependant des droits civiques ou politiques mais des droits civils et de famille : ils concernent la capacité d'être juré expert, d'être employé comme témoin dans des actes, de déposer en justice, de faire partie de conseils de famille, d'être tuteur, curateur, etc. Quant aux relégués, il est certain que les droits d'élection et d'éligibilité ne pouvaient leur être rendus. En effet, c'est précisément pour empêcher la remise des droits électoraux que le terme « civils » a été ajouté au texte en seconde délibération. Pour ce qui regarde les autres droits politiques ou assimilés, ils ne semblent pas non plus pouvoir leur être restitués car la restitution des déchéances est une faveur exceptionnelle qui n'est possible que si un texte formel l'autorise.

B. La notion « conceptuelle » d’infraction politique

L’exclusion de la communauté des citoyens a récemment été repensée (2) pour la notion non pas « fonctionnelle » mais « conceptuelle » d’infraction politique (1). On a longuement débattu, à partir de 2015, de la pertinence d’appliquer aux terroristes la peine de la dégradation nationale.

1. La définition conceptuelle de l’infraction politique

Par « notion conceptuelle » d’infraction politique, nous désignons, nous l’avons dit, ces infractions dont le fondement semble politique (a) mais dont le régime, dépolitisé, obéit au droit commun ou à un droit pénal dérogatoire plus sévère (b).

a. Le fondement politique d’infractions de droit commun : l’exemple du terrorisme

Si l’exemple paradigmatique qui vient immédiatement à la pensée est celui du terrorisme, nous en trouvons d’autres illustrations historiques dès la fin du XIX^e siècle. Ainsi notamment des attentats anarchistes qui, à partir des années 1880-1890, en France comme dans le reste de l’Europe, ont opté pour la « propagande par le fait »⁸³⁰. Ces anarchistes luttent d’abord contre l’État, symbole de l’oppression, et militent pour une société sans exploitation où « les individus-producteurs coopèrent librement dans une dynamique d’autogestion et de fédéralisme ». L’anarchisme a alors pour but de développer dans le monde entier des contre-modèles politiques, institutionnels, économiques, sociaux et culturels. À la fin du XIX^e siècle, pour détruire l’ordre social, ils optent pour l’action violente – sabotage, boycott, attentats à la bombe, meurtres : assassinat du tsar Alexandre II le 13 mars 1881, du président Sadi Carnot le 24 juin 1894, etc. La nature politique de leurs crimes et délits ne fait aucun doute : « destinés à propager et à provoquer des idées développées en amont et parallèlement aux actes incriminés, ces forfaits relevaient du débat de l’époque, lequel portait, pour une partie des penseurs, sur les fondements même de la société démocratique "réelle". Concepteurs comme on l’a vu de contre-modèles, les anarchistes étaient clairement des opposants politiques et, à ce titre, de véritables participants à la vie de la Cité »⁸³¹. Dans *L’anarchie et la*

⁸³⁰ DREYFUS (Sophie), *Généalogie du délit politique*, op. cit., p. 421 s.

⁸³¹ Rapport d’information n° 2677 sur l’indignité nationale déposé le 25 mars 2015 à l’Assemblée nationale par la Commission des lois et présenté par M. Jean-Jacques Urvoas, p. 34.

répression, Garraud indique que les dirigeants de la III^e République ont cependant fait le choix délibéré de traiter les anarchistes hors du débat politique⁸³². Les attentats anarchistes sont en ce sens des infractions de nature politique que l'on a dépolitisées pour les besoins de la répression.

Pour une partie de la doctrine, le terrorisme relèverait lui aussi de la notion conceptuelle d'infraction politique. Nonobstant la multiplicité des définitions de ce crime, une constante apparaît. Tout acte de terrorisme, quelle que soit son inspiration ou sa finalité, est un acte de violence commis à des fins idéologiques pour, d'une manière ou d'une autre, tenter d'infléchir les règles ou le modèle de la Cité. Cela le distingue essentiellement de la violence de droit commun. M. Massé, à l'issue du colloque *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme – Implications juridiques*, a ainsi affirmé : « je fais l'hypothèse que l'impossibilité des définitions (du terrorisme) tient peut-être moins aux caractéristiques du phénomène, incompréhensible ou trop compliqué en lui-même, qu'à sa *dimension politique*. C'est le juriste qui parle. Je pense que c'est parce qu'il est fondamentalement un *concept politique* que l'on n'arrive pas à le définir »⁸³³. Si des infractions comme le terrorisme « apparaissent manifestement politiques dans leur nature »⁸³⁴, elles ne sauraient néanmoins, aux yeux de l'État, emporter un régime de faveur pour leurs auteurs. Maxime Brenaut note en ce sens que « certaines infractions sont *tellement* politiques qu'il est hors de question de leur attacher le régime classiquement attaché aux infractions politiques »⁸³⁵.

À partir des années 1970, le terrorisme a progressivement été détaché de la catégorie des infractions politiques, en droit international puis en droit interne. En droit international, on a avant tout cherché à exclure le terroriste du régime favorable de l'extradition. Depuis la Convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977, il est affirmé que « pour les besoins de l'extradition, aucune des infractions mentionnées ci-après ne sera considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques ». Le droit français s'est inscrit dans la continuité des instruments internationaux, sous la pression notamment du Conseil

⁸³² Sur ce point, v. GARRAUD (René), *L'anarchie et la répression*, Paris, L. Larose, 1895.

⁸³³ Dans la version publiée de sa communication, l'auteur se limite à indiquer que « le terrorisme contemporain [...] relève d'une criminalité transnationale collective et politique » : v. ALIX (Julie), CAHN (Olivier) (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Paris, Dalloz, 2017, p. 276 (nous soulignons).

⁸³⁴ BRENAUT (Maxime), « La notion d'infraction politique », *op. cit.*

⁸³⁵ *Ibid.*

constitutionnel⁸³⁶. Le 22 juillet 1992, le législateur en a tiré les conséquences : il a fait du terrorisme une catégorie d'infractions à part entière, non politiques, mais néanmoins insérées dans la catégorie des crimes et délits contre l'État, la nation et la paix publique (art. 421-1 s. c. pén.). Les délits en relation avec une entreprise terroriste ne sont pas davantage politiques. Le contentieux relatif à l'indépendantisme basque nourrit en la matière une jurisprudence abondante. Depuis plus de 30 ans, la formule du Conseil d'État est pour ainsi dire inchangée : « la circonstance que ces crimes [...] auraient été commis dans le cadre d'une lutte pour l'indépendance du pays basque ne suffit pas, compte tenu de leur gravité, à les faire regarder comme ayant un caractère politique »⁸³⁷.

b. La dépolitisation de la violence politique : l'application d'un régime *in defavorem*

Certaines de ces infractions « conceptuellement » politiques sont qualifiées par les juges depuis la fin des années 1970 de « délits anti-sociaux »⁸³⁸. Cette expression souvent utilisée à la fin du XIX^e siècle a acquis un statut juridique avec les attentats anarchistes. La jurisprudence française la reprend pour qualifier les actes terroristes ou les actions d'anciens militants d'Action directe d'infractions *de droit commun*. L'arrêt *Croissant* du 7 juillet 1978⁸³⁹ l'explique clairement : la gravité des faits empêche qu'ils soient considérés comme politiques. C'est principalement sur le problème de la violence qu'achoppe le traitement libéral des infractions politiques⁸⁴⁰. C'est parce qu'elles sont d'une extrême violence et/ou lésives d'intérêts privés que des infractions qui semblent correspondre à des délits ou des crimes politiques sont dépolitisées.

Le régime de ces infractions « conceptuellement » politiques est hybride : on applique à certaines d'entre elles le régime de droit commun. Ainsi par exemple des peines établies par

⁸³⁶ Cons. const., déc. n° 86-213 DC du 3 sept. 1986, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État*, Rec. p. 122.

⁸³⁷ CE, 13 mars 1992, n° 129997, inédit. Mais aussi : CE, 25 nov. 2015, n° 388765, inédit ; CE, 2 avr. 2010, n° 330102, inédit ; CE, 31 janv. 1992, n° 128186, inédit et CE, 31 janv. 1992, n° 127658, inédit ; CE, 10 mars 1989, n° 97226, inédit. Pour une formulation un peu plus prolix : « la circonstance que ce crime, qui ne constitue pas une infraction politique par sa nature, aurait été commis dans le cadre de la revendication d'indépendance des provinces basques espagnoles et au sein d'une organisation visant à porter atteinte aux intérêts de l'État espagnol, ne suffit pas, compte tenu de sa gravité, à lui conférer un caractère politique » (CE, 26 oct. 1988, n° 88786, inédit).

⁸³⁸ Sur les délits anti-sociaux, v. DREYFUS (Sophie), *Généalogie du délit politique*, op. cit., p. 431 s.

⁸³⁹ CE, Ass., 7 juill. 1978, *Croissant*, n° 10079, *Lebon*, p. 292.

⁸⁴⁰ Sur cette question, voir en particulier l'article de KOERING-JOULIN (Renée), « Infraction politique et violence », *JCP*, 1982, I, p. 3066.

les lois anti-anarchistes des 18 décembre 1893 et 28 juillet 1894. Si les actes anarchistes ont nourri un fort sentiment de péril et suscité une réponse pénale implacable des autorités, celle-ci est toujours restée dans le droit commun – non sans quelques aménagements, dont la création de l’association de malfaiteurs et de plusieurs « lois scélérates ». D’autres infractions elles-aussi dépolitisées font au contraire l’objet d’un régime dérogatoire plus sévère. À partir de la Seconde Guerre mondiale, plusieurs textes relatifs à la sûreté de l’État ont ainsi prévu des peines très élevées et instauré des juridictions spéciales. On pense notamment à la Cour de sûreté de l’État, créée en 1963 et supprimée en 1981. Face à la menace terroriste, ce droit pénal d’exception prend aujourd’hui la forme du droit pénal de l’ennemi⁸⁴¹. Le législateur semble avoir en quelque sorte établi une distinction entre l’*adversaire* honorable, respectable dans son engagement et qui bénéficie ce faisant du régime *in favorem* classique de l’infraction politique, et l’*ennemi*, auteur d’infractions de nature politique mais que l’on dépolitise⁸⁴². Si l’on a cherché, au XIX^e siècle, à restituer à l’« adversaire » ses droits politiques, on tente au contraire aujourd’hui d’exclure l’« ennemi » de la communauté politique.

2. L’application des peines privatives de droits civiques aux infractions dont le fondement est politique

C’est ce qu’illustre la volonté du gouvernement de sanctionner, en 2015, ceux qui portent les armes contre les forces françaises par une peine d’indignité nationale. C’est autrement dit par la déchéance de leur qualité de citoyen que l’on a songé à sanctionner à titre de peine complémentaire les auteurs d’infractions terroristes. Par une proposition de loi du 11 février 2015⁸⁴³, il a été envisagé de restaurer la peine de la dégradation nationale pour tout Français n’étant pas binational qui porterait « les armes ou se rend[rait] complice par la fourniture de moyens à des opérations armées contre les forces [...] françaises ou tout civil Français : 1/ sur un théâtre d’opération extérieure [...] ; 2/ ou, sur le territoire français, au profit d’un État ou

⁸⁴¹ Sur les rapports entre infraction politique et droit pénal de l’ennemi, v. GAMBERINI (Alessandro) e ORLANDI (Renzo) (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi, 2007.

⁸⁴² Sur cette distinction entre la figure de l’« adversaire » qu’il associe à la notion fonctionnelle d’infraction politique et la figure de l’« ennemi » qu’il rattache à la notion conceptuelle d’infraction politique, v. BRENAUT (Maxime), « La notion d’infraction politique », *op. cit.*

⁸⁴³ Proposition de loi n° 2570 de M. Philippe Meunier et plusieurs de ses collègues visant à faire perdre la nationalité française à tout individu arrêté ou identifié portant les armes ou se rendant complice par la fourniture de moyens à des opérations armées contre les forces armées ou les forces de sécurité françaises ou tout civil français et à rétablir le crime d’indignité nationale pour les Français sans double nationalité, déposée le 11 févr. 2015 à l’Assemblée nationale.

d'une organisation contre lequel la France est engagée militairement ». Le député Philippe Meunier avait déjà suggéré en 2014, à l'occasion de l'examen en commission de sa proposition de loi du 24 avril 2013 « visant à déchoir de la nationalité française tout individu portant les armes contre les forces armées françaises et de police »⁸⁴⁴, de punir les Français mono-nationaux coupables de ce chef d'infraction pour « crime d'indignité nationale, assorti d'une peine complémentaire de dégradation nationale ». Le rapport d'information sur l'indignité nationale remis le 25 mars 2015 à l'Assemblée nationale par Jean-Jacques Urvoas, alors Président de la Commission des lois, justifie ce choix : « les exactions perpétrées révèlent assurément chez leurs auteurs un mépris envers ces valeurs essentielles qui fondent notre pacte républicain. Elles attestent chez ceux qui s'en rendent coupables une sorte de rébellion caractérisée contre la France. En prenant les armes contre elle, les criminels peuvent sembler se placer eux-mêmes, *de facto*, en dehors de la communauté nationale, faisant la preuve qu'ils ne méritent plus de lui appartenir. Dans ces conditions, il incomberait à la Nation d'en tirer les conclusions qui s'imposent, en condamnant ces individus à une forme de *mort civique* dont la durée et l'intensité seraient déterminées par la gravité des faits commis »⁸⁴⁵. Si l'amendement de 2014 de Philippe Meunier n'a pas prospéré, le débat autour de cette peine d'exclusion de la communauté civique a resurgi et connu un fort retentissement politique à la suite des attentats terroristes des 7 et 9 janvier 2015.

Dans la proposition de loi du 11 février 2015 précitée, il était prévu que compte tenu des faits constitutifs de l'infraction, qui correspondent à des actes de trahison accompagnés de violences contre des personnes dépositaires de l'autorité publique, le crime d'indignité nationale soit puni, en sus de trente ans de détention criminelle et de 450 000 euros d'amende, par une peine complémentaire de dégradation nationale. La dégradation nationale serait une peine complémentaire non pas facultative mais obligatoirement prononcée par le juge, soit à titre définitif, soit par décision spécialement motivée, pour une durée de trente ans au plus. Cette peine complémentaire emporterait un certain nombre d'interdictions, incapacités et déchéances de droit pour le condamné équivalentes à celles que l'on avait instaurées en 1944, à savoir : l'interdiction de tous les droits politiques ; un certain nombre d'incapacités (incapacité d'être expert, arbitre, d'être employé comme témoin dans les actes et de déposer

⁸⁴⁴ Proposition de loi n° 996 de M. Philippe Meunier et plusieurs de ses collègues visant à déchoir de la nationalité française tout individu portant les armes contre les forces armées françaises et de police, déposée le 24 avril 2013 à l'Assemblée nationale.

⁸⁴⁵ Ass. Nat., Rapport d'information n° 2677 sur l'indignité nationale présenté par M. Jean-Jacques Urvoas, 25 mars 2015 p. 26 (nous insistons).

en justice autrement que pour donner de simples renseignements) ; un certain nombre d'interdictions professionnelles (destitution et exclusion des condamnés de tout emploi dans la fonction publique, des professions d'avocat, de notaire et de tous les offices ministériels, interdiction d'être administrateur ou gérant de sociétés, etc.) et une interdiction de séjour. La majorité de la doctrine, sur laquelle s'est fondée le rapport de Jean-Jacques Urvoas⁸⁴⁶, a souligné que le rétablissement du crime d'indignité nationale et de la peine de la dégradation nationale instaurés à la Libération relèverait toutefois d'un contresens historique⁸⁴⁷ et serait inadapté à la lutte contre la menace djihadiste.

En 1944, au sortir du régime de Vichy et de la collaboration, il s'agissait, par l'incrimination de l'indignité nationale, de réparer le passé en évitant une épuration sauvage, de rétablir la légalité républicaine et de restaurer une certaine conception de la Nation. L'incrimination avait alors vocation à être temporaire : le combat des vichystes avait pris fin à la Libération. Par différence, celui des djihadistes n'est pas dépassé, ni sur le plan idéologique, ni sur le plan militaire. Par ailleurs, en 1944, la condamnation à temps était appropriée et l'amnistie possible : le but, à terme, était de réintégrer le vichyste dans la communauté. L'indigne national, une fois purgé sa peine, redevenait citoyen de plein exercice dans la République. En matière de terrorisme djihadiste, ces éléments caractéristiques de la peine de la dégradation nationale ne peuvent trouver à s'appliquer.

Il serait loisible de répondre à ces critiques que ce n'est pas parce que les conditions qui, hier, ont favorisé l'émergence d'une telle incrimination ne sont plus réunies qu'il faut pour autant renoncer à toute tentative visant à l'adapter aux circonstances du temps présent. Il apparaît cependant qu'aussi « politiquement séduisante »⁸⁴⁸ et « moralement compréhensible »⁸⁴⁹ qu'elle soit, la dégradation nationale, même adaptée aux circonstances actuelles, serait inutile à un double titre. Elle le serait en premier lieu au regard des individus

⁸⁴⁶ Le rapport s'est fondé sur les contributions écrites des professeurs d'histoire du droit Boris Bernabé, Éric Gasparini, Jean-Christophe Gaven, Jean-Louis Halpérin, Martial Mathieu, Sébastien Le Gal, François Saint-Bonnet, Laurent Reverso ; sur les contributions écrites des professeurs de droit pénal Philippe Conte, Serge Guinchard, Didier Rebut et Raphaële Parizot et enfin sur la contribution d'Éric Desmons, professeur de droit public.

⁸⁴⁷ SAINT-BONNET (François), « L'idéologie djihadiste et la modernité », *op. cit.* ; DESMONS (Éric), « L'indignité nationale en trompe-l'œil », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 2015 ; LE GAL (Sébastien), « Réflexions sur le crime d'indignité nationale et la peine de la dégradation nationale », *Cahiers Jean Moulin*, 2015, n° 1 ; SIMONIN (Anne), « Rétablir l'indignité nationale ? Une perspective historique », *op. cit.*

⁸⁴⁸ Rapport d'information n° 2677 sur l'indignité nationale, *préc.*, p. 27.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 25.

qu'elle est supposée punir, les djihadistes. Il n'est pas sûr qu'avertir ces derniers qu'ils seront bannis de la communauté les affectent réellement. À rebours de l'effet recherché, une déclaration d'indignité nationale de ceux qui aspirent au martyr risquerait même d'être vécue comme une confirmation de leur non-appartenance à la communauté nationale – comme une gloire, autrement dit. En second lieu, instaurer une peine de dégradation nationale serait superflu compte tenu de l'arsenal répressif qui existe déjà. Les peines complémentaires sanctionnant le terrorisme prévues par les articles 422-3, 422-5 et 422-6 du code pénal sont au moins égales, sinon plus sévères, que les conséquences de la dégradation nationale. La liste inclut en effet : l'interdiction « des droits civiques, civils et de famille » (art. 422-3, 1°) ; l'interdiction « d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise » et « d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale » (art. 422-3, 2°) ; l'interdiction de séjour (art. 422-3, 3°) ; la peine complémentaire de confiscation de tout ou partie des biens leur appartenant (art. 422-6). Il serait par ailleurs possible d'ajouter à cette liste des interdictions professionnelles ou sociales diverses (art. 131-28), l'interdiction de la détention ou du port d'une arme (art. 131-16), l'assignation à résidence, l'obligation de remise du passeport ou encore des mesures de sûreté. Aussi le seul intérêt de la démarche serait-il de regrouper, sous une nouvelle appellation, un ensemble de sanctions qui existent déjà pour l'essentiel.

Aussi nombreuses et fondées que soient les critiques adressées à la proposition de punir les djihadistes à titre complémentaire d'une peine de dégradation nationale ou de dégradation civique, ce projet a le mérite selon nous de mettre en évidence le fait que d'un point de vue théorique, il semble naturel que de tous comportements incriminés dans le code pénal, ce soient les « infractions à caractère politique » que le législateur sanctionne en priorité par les peines d'exclusion de la communauté des citoyens. De ce point de vue, on peut reconnaître quelque cohérence aux initiatives du député Meunier en 2014 et en 2015. Ses initiatives, toutefois, ne sont pas dépourvues d'ambiguïté : elles s'inscrivent en effet dans des propositions de loi visant à faire perdre de préférence la *nationalité* française à tout individu qui se rendrait coupable des faits mentionnés. Autrement dit, ce n'est que par défaut – que parce que depuis la loi « Guigou » n° 98-170 du 16 mars 1998 relative à la nationalité qui interdit l'apatridie, il n'est plus possible de déchoir de leur nationalité les Français mono-

nationaux – qu’a été envisagée, par souci d’égalité, cette alternative de l’indignité nationale. Dans un premier amendement, Philippe Meunier avait substitué à la procédure de déchéance de nationalité qui, en vertu des articles 25 et 25-1 c. civ., n’est applicable qu’aux Français ayant acquis la nationalité française, la procédure de perte de nationalité de l’art. 23-7 c. civ. qui concerne tous les Français, qu’ils soient nés français ou qu’ils aient acquis la nationalité française *a posteriori*. Restait que l’article 23-7 c. civ. ne pouvait s’appliquer qu’aux bi-nationaux : d’où, par défaut, l’idée d’un crime d’indignité nationale pour les autres.

Plus que par la privation des droits politiques, c’est par la déchéance de nationalité, forme hétéronome de déchéance de citoyenneté, que le législateur entend sanctionner les « infractions à caractère politique ».

§2. La déchéance de nationalité des auteurs d’infractions à caractère politique

Cette volonté d’exclure l’auteur d’ « infractions à caractère politique » au sens large non seulement de la communauté civique, mais de la communauté nationale (A) procède, on le verra, d’une confusion entre la notion axiologique de citoyenneté et la notion territoriale de nationalité (B).

A. La déchéance de nationalité, forme hétéronome de déchéance de citoyenneté

Jean Paulin Niboyet, dans son *Cours de droit international privé* de 1946⁸⁵⁰, distingue deux catégories de perte de la nationalité : d’une part, les pertes en dehors de toute faute du national (par acquisition d’une nationalité étrangère, par exemple) ; d’autre part, les cas dans lesquels la nationalité française est perdue comme sanction d’une faute. La déchéance de la nationalité française, que l’on peut définir comme « la sanction qui consiste à retirer à un individu qui l’avait acquise la nationalité française, en raison de son indignité ou de son manque de loyalisme »⁸⁵¹, relève de cette seconde catégorie. Si son origine est plus ancienne (1), c’est essentiellement à partir de l’ordonnance de 1945 qui crée le code de la nationalité que l’on peut considérer à proprement parler que cette sanction va s’appliquer aux infractions à caractère politique (2). C’est en effet à partir de cette date-là que le législateur criminalise,

⁸⁵⁰ NIBOYET (Jean Paulin), *Cours de droit international privé*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1946.

⁸⁵¹ LAGARDE (Paul), *La nationalité française*, *op. cit.*, p. 101.

c'est-à-dire érige en infractions pénales les actes portant atteinte à l'État français qui entraînaient déjà, pour un certain nombre d'entre eux, une perte de la nationalité.

1. La déchéance de nationalité des auteurs d'actes à caractère politique : la politisation des motifs de déchéance

Dans la loi sur la nationalité du 10 août 1927, le législateur sanctionnait déjà des « actes à caractère politique » par une déchéance de la nationalité. Si ces actes (« avoir accompli des actes contraires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État français », par exemple) ne constituent pas encore des infractions pénales, ils n'en sont pas moins cependant *légalement déterminés* (b). On distinguera cette hypothèse, qui s'inscrit dans le cadre républicain, des révisions de naturalisation qui ont lieu sous Vichy et qui, si elles obéissent parfois à un « motif politique » (la chasse aux communistes, par exemple), relèvent de décisions de pure opportunité (a).

a. La révision arbitraire des naturalisations des opposants politiques sous le régime de Vichy

Il en est allé ainsi de la loi du 22 juillet 1940 de révision collective des naturalisations ayant eu lieu depuis la loi sur la nationalité du 10 août 1927. La loi du 7 avril 1915 avait également autorisé en période de guerre le Gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France. Il était toutefois précisé que ces anciens sujets de puissances ennemies devaient « soit [avoir] porté les armes contre la France, soit [avoir] quitté le territoire français pour se soustraire à une obligation d'ordre militaire » ou qu'ils devaient avoir « prêté ou tenté de prêter contre la France, en vue ou à l'occasion de la guerre, une aide quelconque à une puissance ennemie ». Par différence, la loi du 22 juillet 1940 permet de revenir, rétroactivement, sur les mesures engagées par la III^e République dans les douze années précédentes sans indiquer de causes particulières de retrait. Cette loi de Vichy permet de retirer la nationalité pour de simples raisons d'opportunité à toutes les personnes qui l'ont acquise depuis le 10 août 1927. Pour le dire autrement, elle ne sanctionne pas des actes dont la nature est précisée⁸⁵². Pour le Garde des Sceaux, qui s'adresse au maréchal Pétain : « il est indispensable que le Gouvernement

⁸⁵² WEIL (Patrick), *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris, Gallimard, 2005, p. 177.

puisse par décret retirer la nationalité française *même en dehors des hypothèses prévues par les textes en vigueur* »⁸⁵³. Ce ne sont pas des fautes individuelles qui sont sanctionnées. L'État a ainsi ôté discrétionnairement à 15 154 individus⁸⁵⁴ leur nationalité.

Si plus de 7 000 retraits de naturalisation ont concerné des Juifs, cette politique de Vichy a également visé des opposants politiques. Pour identifier les sympathisants de gauche, la Commission de révision des naturalisations s'est appuyée sur la date du décret de naturalisation, associant « naturalisés de 1936 » et « proches du Front populaire ». Les naturalisés signalés en priorité, dès la fin de l'année 1940, sont les militants politiques, déjà connus des autorités de police, et sur lesquels des dossiers sont vraisemblablement déjà constitués. En Isère, département qu'a étudié Claire Zalc, les communistes sont les premiers concernés⁸⁵⁵. Comme l'indique cette dernière, l'appartenance au parti communiste n'est que rarement étayée précisément ; elle est déduite d'indicateurs comme la fréquentation d'autres sympathisants communistes, l'assistance à des réunions, etc.

b. La déchéance de nationalité pour des motifs politiques légalement déterminés dans le cadre républicain

Cette hypothèse de révision arbitraire des naturalisations d'opposants politiques est à distinguer des déchéances sanctionnant les auteurs d'actes à caractère politique légalement déterminés. Des déchéances de cette nature sont prévues notamment dans la loi du 10 août 1927 précitée. Cette loi est l'une des lois les plus ouvertes, les plus libérales de l'histoire de la nationalité française, puisqu'elle restreint à trois années le délai de présence en France, fixé à dix ans par la loi de 1889, pour pouvoir demander la naturalisation. En contrepartie, elle prévoit que les Français par acquisition pourront être déchus de la nationalité pour avoir commis des actes relevant du domaine de la trahison. La loi de 1927 comprend ainsi trois motifs de déchéance : avoir accompli des actes contraires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État français ; s'être livré, au profit d'un pays étranger, à des actes incompatibles avec la qualité de citoyen français et contraires aux intérêts de la France ; s'être soustrait aux obligations résultant des lois de recrutement.

⁸⁵³ Cité par ZALC (Claire), *Dénaturalisés. Les retraits de nationalité sous Vichy*, Seuil, 2016, p. 46 (nous soulignons).

⁸⁵⁴ Chiffre cité par Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, op. cit., p. 143.

⁸⁵⁵ Sur « la chasse aux communistes », v. ZALC (Claire), op. cit., p. 131 s.

Sans critiquer le fondement de la déchéance, certains députés, à l'occasion des débats parlementaires, se sont attachés aux modalités de la mesure. Bien qu'à la différence de ce que l'on a observé sous le régime de Vichy, les motifs de déchéance soient, dans la loi de 1927, déterminés, d'aucuns, à l'instar de Charles Frey, ont soulevé le risque d'« arbitraire politique »⁸⁵⁶. Le député a ainsi relevé qu'un gouvernement qui ne serait pas animé de sentiments libéraux pourrait se saisir des qualifications malléables et imprécises d'« actes contraires à la sûreté intérieure et extérieure de l'État français » ou d'« actes incompatibles avec la qualité de citoyen français » pour prononcer des déchéances fondées sur des appréciations politiques – ce qui s'est par la suite avéré. Nonobstant ces critiques, l'amendement proposant de lier la déchéance à une *condamnation pénale* a encore été repoussé.

2. La déchéance de nationalité des auteurs d'*infractions* à caractère politique : la criminalisation des motifs de déchéance

Le mouvement de criminalisation des actes susceptibles d'entraîner une déchéance de la nationalité a été initié par le décret-loi du 12 novembre 1938¹⁴⁹¹ qui crée un nouveau cas de déchéance du Français par acquisition. En 1938, ce nouveau cas concerne des infractions de droit commun cependant : est ainsi passible de déchéance de la nationalité celui qui a « commis un crime ou un délit ayant entraîné une condamnation à une peine d'au moins une année d'emprisonnement ». C'est une extension particulièrement importante des motifs justifiant la déchéance, dictée ici par les impératifs liés à la préparation de la guerre. La dynamique de criminalisation se poursuit et se renforce dans l'ordonnance du 19 octobre 1945 créant le code de la nationalité qui donne à la déchéance de la nationalité ses principaux traits actuels. L'atteinte à la sûreté de l'État est désormais fondée sur une condamnation pénale (art. 98, 1°), de même qu'est créé un nouveau cas de déchéance suite à la commission d'infractions politiques (art. 98, 2°). La déchéance de la nationalité sanctionne désormais sinon des « infractions politiques » *stricto sensu*, du moins des « infractions à caractère politique ». De la même manière, la soustraction aux lois de recrutement fait l'objet d'une pénalisation puisque la nouvelle rédaction prévoit la nécessité d'une « condamnation » en la matière (art. 98, 3°). Si la déchéance peut encore être prononcée à la suite d'une condamnation de droit commun – dont le *quantum* de peine est toutefois porté de une année à cinq années

⁸⁵⁶ Ass. Nat., Déb. Parl., 2^{ème} séance du 7 avril 1927, *JORF*, p. 1230.

d'emprisonnement (art. 98, 5°) –, ce motif sera supprimé par la loi du 17 mars 1998 relative à la nationalité. Le seul motif non pénal à subsister est donc la commission d'actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France (art. 98, 4°). Depuis 1998, on peut donc dire que tous les motifs de déchéance de nationalité ont à voir avec la protection de l'État et de son administration. Les dispositions du code de la nationalité seront intégrées dans le code civil, sans modification de leur contenu, par la loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité. Prévues aux articles 25 et 25-1 du code civil, la déchéance de la nationalité française ne peut aujourd'hui concerner que les motifs précédemment énumérés.

De nombreuses propositions de loi ont depuis lors cherché à compléter la liste des infractions à caractère politique susceptibles d'entraîner une déchéance ou une perte de la nationalité française : ainsi de la proposition, en 2010, sous la présidence de M. Nicolas Sarkozy, de déchoir de leur nationalité ceux qui auront attenté à la vie d'un dépositaire de l'autorité publique, en particulier un policier ou un gendarme⁸⁵⁷. Ainsi également des propositions de lois précitées de M. Philippe Meunier en 2013 et 2015 visant respectivement « à déchoir de la nationalité française tout individu portant les armes contre les forces armées françaises et de police » (2013)⁸⁵⁸ et « à faire perdre la nationalité française à tout individu arrêté ou identifié portant les armes ou se rendant complice par la fourniture de moyens à des opérations armées contre les forces armées ou les forces de sécurité françaises ou tout civil Français » (2015)⁸⁵⁹. C'est également pour sanctionner un crime constituant une atteinte grave à la vie de la Nation que le projet de loi constitutionnelle n° 3381 de protection de la Nation du 23 décembre 2015 avait prévu d'inscrire dans la Constitution une disposition permettant de déchoir de la nationalité française une personne née française et ayant également une autre

⁸⁵⁷ V. La présentation du projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité devant la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, le 8 sept. 2010, par Éric Besson : celui-ci souligne que « l'objectif de l'amendement est de lutter contre les atteintes aux intérêts essentiels de l'État, c'est-à-dire à la vie de ses agents. Les actes portant atteinte à la vie d'une personne dépositaire de l'autorité publique, par leur nature et par leur gravité, peuvent être rapprochés des "atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation" et des "actes de terrorisme" auxquels l'article 25 du Code civil fait d'ores et déjà référence ». Patrick Weil et Guy Carcassone s'y étaient alors fermement opposés, le second soulignant que « dans notre Constitution, *le mauvais citoyen demeure un citoyen*. La nation ne le renie pas, elle le punit » (nous insistons). Et d'ajouter : « la nationalité, cela fait partie intégrante de l'identité même de n'importe quel individu [...]. *Même un mauvais citoyen reste un citoyen*. On peut le priver de sa liberté, mais pas de sa personnalité, dont la nationalité fait partie » (« Déchéance de nationalité : un non-sens constitutionnel », *Les Échos*, 9 sept. 2010).

⁸⁵⁸ Proposition de loi n° 996 de M. Philippe Meunier du 24 avril 2013, *cit.*

⁸⁵⁹ Proposition de loi n° 2570 de M. Philippe Meunier du 11 févr. 2015, *cit.*

nationalité⁸⁶⁰. Faute de faire l'objet d'un accord entre les deux Chambres comme le requiert l'article 89 du texte constitutionnel, l'article 2 concernant la déchéance de nationalité pour les terroristes n'a cependant pas pu aboutir et être entériné par les parlementaires réunis en Congrès.

Si ces projets, pour diverses raisons, n'ont pas été couronnés de succès, ils marquent la volonté du législateur français de sanctionner spécifiquement la commission d'infractions à caractère politique par la déchéance de nationalité : exclusion de la communauté non seulement politique, donc, mais nationale. Exclusion non seulement civique, mais aussi physique. Le gouvernement a en effet expliqué dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle du 23 décembre 2015 que « l'élargissement des cas de déchéance de nationalité française contribuera[it] en outre à renforcer la protection de la société française, en permettant notamment de procéder à *l'éloignement durable du territoire de la République*, par la voie de l'expulsion, des personnes dont le caractère dangereux est avéré par la condamnation définitive dont elles ont fait l'objet et à interdire leur retour sur le territoire »⁸⁶¹. La déchéance de nationalité de certains individus est donc un moyen de les éloigner du territoire en les renvoyant vers un autre État. Utiliser la déchéance de nationalité dans un tel but, c'est en quelque sorte redonner vie à l'ancienne pratique du bannissement qui consistait à expulser un Français du ressort de la couronne en répression d'une infraction⁸⁶². « La déchéance de nationalité telle qu'elle figure aujourd'hui dans notre droit positif s'apparente à une forme d'ostracisme définitif puisque sa conséquence pratique, au-delà de la symbolique, est l'exclusion de la personne déchue vers un autre pays »⁸⁶³. À la déchéance de citoyenneté, le législateur et le juge préfèrent donc la déchéance de nationalité pour les infractions à caractère politique.

⁸⁶⁰ Sur cette proposition de loi et les débats agités auxquels elle a donné lieu, v. LAGARDE (Paul), « Le débat sur la déchéance de nationalité. Essai de clarification », *JCP G*, 2016, p. 197-200 ; FINCHELSTEIN (Gilles), « Post mortem. Raison et déraison du débat sur la déchéance de nationalité », *Pouvoirs*, 2017/1, n° 160, p. 99-112.

⁸⁶¹ Nous soulignons.

⁸⁶² LEPOUTRE (Jules), « L'impasse de la déchéance de la nationalité », *op. cit.*, p. 23.

⁸⁶³ « Exposé des motifs » de la Proposition de loi n° 3479 de Jean-Luc Laurent et Christian Hutin visant à instaurer une peine de déchéance civique pour les personnes condamnées pour des actes de terrorisme, déposée à l'Ass. nat. le 9 févr. 2016.

B. La confusion entre citoyenneté et nationalité au fondement de la déchéance de nationalité

Ainsi qu'une partie de la doctrine⁸⁶⁴ l'a mis en évidence, appliquer de la sorte la déchéance de nationalité aux infractions à caractère politique relève d'une confusion entre les notions de citoyenneté et de nationalité. La nationalité ici, comme dans le chapitre premier, repose pour ces auteurs sur une conception « institutionnaliste », « objective » ou « sociologique ». Elle se rapproche de la définition donnée par Jules Basdevant en 1909 pour qui « la nationalité, c'est l'expression juridique du fait qu'un individu est plus étroitement rattaché à la population d'un État déterminé qu'à celle de tout autre. Le lien juridique appelé nationalité a à sa base un lien social, un rapport de fait »⁸⁶⁵. La nationalité est envisagée autrement dit comme la traduction juridique d'un rattachement factuel à l'État. Jules Lepoutre⁸⁶⁶ oppose *sur le plan théorique* cette conception qu'il qualifie à la suite d'Henri Batiffol d'« objective »⁸⁶⁷ à la conception « formaliste » ou « normativiste » de la nationalité. Il différencie également cette approche objective, *sur un plan pratique*, d'une approche subjectiviste qui cherche à faire entrer la nationalité « dans le champ de la volonté individuelle, dans lequel la faveur accordée par l'État doit être "méritée" et correspondre à un désir conscient de l'individu »⁸⁶⁸.

Selon cette approche subjectiviste, la nationalité devient une affaire de sentiment, de dignité. Cette approche subjectiviste dénature la notion originare de nationalité : pendant longtemps, la conservation de la nationalité n'a aucunement été liée à des notions de mérite ou de dignité⁸⁶⁹. Sous l'Ancien Régime, l'individu conservait sa qualité de Français tant qu'il

⁸⁶⁴ V. en ce sens TRACHTENBERG, « La déchéance de la nationalité comme pénalité », *Revue de droit international privé*, 1928, t. 23, p. 631-643 ; ZEBALLOS (Estanislao S.), « La nationalité au point de vue de la législation comparée et du droit privé humain : conférences faites à la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Buenos Aires », traduit par André Bosq, 1914-1916, p. 649-757 ; COGORDAN (George), *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, 2^{ème} éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1890, spéc. p. 28 ; WEISS (André), *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. 1, 2^{ème} éd., Paris, L. Larose et L. Tenin, 1912, spéc. p. 492 et 566. Plus récemment, v. LEPOUTRE (Jules), « Entre territoires et valeurs : les origines conflictuelles de la déchéance de nationalité », *op. cit.*, p. 315-321.

⁸⁶⁵ BASDEVANT (Jules), « Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *Revue de droit international privé*, 1909, t. 5, p. 61.

⁸⁶⁶ LEPOUTRE (Jules), *Nationalité et souveraineté*, *op. cit.*, p. 40-41.

⁸⁶⁷ BATIFFOL (Henri), « Évolution du droit de la perte de la nationalité française », in *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. I, Paris, Pedone, 1975, p. 254.

⁸⁶⁸ MADEIRA (Anne-Virginie), *Nationaux et étrangers en droit public français*, th. dactyl., Université Paris II, 2015, p. 262.

⁸⁶⁹ Il convient de préciser que ce « référentiel de valeurs » qui dénature selon Jules Lepoutre la notion même de nationalité n'est pas propre à la perte de la nationalité. Depuis la fin du XIX^e siècle et tout au long du XX^e siècle

résidait habituellement sur le sol de l'État qui l'a vu naître. C'est par l'expatriation définitive vers un autre État et la « perte de l'esprit de retour » que l'on perdait sa nationalité⁸⁷⁰. Après les incertitudes du droit intermédiaire en la matière⁸⁷¹, le code civil a consolidé l'acquis de l'Ancien Droit selon lequel le régime de la perte de la nationalité est territorialement conditionné. Il a confirmé que la qualité de Français ne pouvait se perdre en l'absence de rupture territoriale, à la différence de la citoyenneté.

en effet, l'indignité a constitué aussi un motif de refus d'*acquisition* de la nationalité. La loi sur la nationalité du 22 juillet 1893 modifie l'art. 9 c. civ. en prévoyant que : « l'enregistrement pourra [...] être refusé, pour *cause d'indignité*, au déclarant qui réunirait toutes les conditions légales ». Par cette capacité d'opposition, comme en matière de déchéance, c'est tout le système du code civil, et en particulier du droit du sol qui est bouleversé. On impose désormais au réclamant une condition de dignité, là où auparavant, la simple demande valait nécessairement acquisition. L'indignité est également un des deux motifs pour lesquels peut être refusée une demande de *réintégration* dans la nationalité française. D'après l'article 153 du code de la nationalité : « les personnes de nationalité française qui étaient domiciliées au jour de son accession à l'indépendance sur le territoire d'un État qui avait eu antérieurement à l'indépendance le statut de territoire d'outre-mer de la République française [...] peuvent, à la condition d'avoir établi au préalable leur domicile en France, être réintégrées moyennant une déclaration souscrite après autorisation du ministre chargé des Naturalisations. Celle-ci peut être refusée pour *indignité* ou défaut d'assimilation ». C'est pour indignité que le ministère a par exemple refusé de réintégrer M. Goyi dans la nationalité française. En l'espèce, M. Goyi, né au Congo, de nationalité française d'origine, avait perdu cette nationalité faute pour ses parents d'avoir souscrit en temps de droit la déclaration récongnitive de la nationalité française prévue par l'article 152 du code de la nationalité. Celui-ci a sollicité en 1990 l'autorisation de souscrire la déclaration de réintégration dans la nationalité française. Sa demande a fait l'objet d'une décision de refus au motif qu'il avait eu un comportement *indigne* en se rendant coupable d'escroquerie, de faux et d'usage de faux. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement rappelle que le gouvernement ne peut se fonder, pour décider de l'indignité d'une personne, sur l'article 68 du code selon lequel « Nul ne peut être naturalisé s'il n'est pas de bonnes vie et mœurs ou s'il a fait l'objet de l'une des condamnations visées à l'article 79 du présent code ». Lorsque l'intéressé a fait l'objet d'une condamnation, l'administration doit examiner si les faits qui lui sont reprochés sont constitutifs d'indignité. En l'espèce, le tribunal administratif de Nantes a jugé qu'en raison du délai qui s'était écoulé depuis la commission des faits invoqués – huit ans – et de la sévérité somme toute relative de ces derniers – un seul chèque ayant été falsifié –, les faits n'étaient plus constitutifs d'indignité. V. JACQUIER (Christiane), « La notion d'indignité comme obstacle à une demande de réintégration », concl. sous TA Nantes, 5 nov. 1996, *M. François Goyi, RFDA*, 1997, p. 329. En tout état de cause, ces dispositions nous amènent à nuancer ou du moins à préciser la thèse selon laquelle la dignité relèverait d'une logique propre à la citoyenneté, distincte de la logique territoriale de la nationalité. Plutôt que de parler de « dénaturation » de la notion de nationalité, peut-être conviendrait-il de prendre acte d'une nouvelle nature de la nationalité qui emprunte à la logique de la citoyenneté sans toutefois s'y réduire.

⁸⁷⁰ LEPOUTRE (Jules), « L'impasse de la déchéance de la nationalité », *op. cit.*, p. 20.

⁸⁷¹ L'indistinction formelle entre la qualité de Français et celle de citoyen français dans les différentes Constitutions révolutionnaires était particulièrement nette en ce qui concerne le droit de la perte de la nationalité, puisque les motifs de perte mêlaient à la fois la rupture territoriale – dans la stricte continuité de l'Ancien Droit – et l'indignité – davantage liée à l'exercice de la citoyenneté dans son versant politique (voir chapitre 1). Contrairement aux textes mêmes, les députés dans les débats semblaient distinguer toutefois les deux statuts : ces derniers ont toujours fait une application implicite du critère territorial puisqu'en l'absence de rupture territoriale (dégradation civique, contumace, affiliation à un ordre de chevalerie), ils constataient la perte de la seule citoyenneté, et que face à une rupture (prise d'offices auprès d'un gouvernement étranger), ils constataient davantage la perte de la qualité de Français. On peut donc retenir que si, formellement, nationalité et citoyenneté n'étaient pas distinguées dans les textes, matériellement en revanche, elles l'étaient : la première renvoyait à des critères territoriaux, la seconde à des critères de dignité et d'honneur. Aussi faut-il démêler parmi les différents motifs ceux qui relèvent d'une perte de la qualité de Français et ceux qui relèvent d'une perte de la seule citoyenneté. Sur cette question, v. LEPOUTRE (Jules), *Nationalité et souveraineté*, *op. cit.*, p. 309-312. Dans le même sens, v. WEIL (Patrick), *Qu'est ce qu'un Français ?*, *op. cit.*, p. 37, note 61 ; GAVEN (Jean-Christophe), « La déchéance avant la nationalité. Archéologie d'une déchéance de citoyenneté », *Pouvoirs*, 2017, n° 1, p. 94-95.

La rupture avec cette conception territoriale a été inaugurée par le célèbre décret du 27 avril 1848 relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et les possessions françaises. L'article 8 de ce texte dispose : « à l'avenir, même en pays étranger, il est interdit à tout Français de posséder, d'acheter ou de vendre des esclaves, de participer, soit directement, soit indirectement, à tout trafic ou exploitation de ce genre. Toute infraction à ces dispositions entraînera la perte de la qualité de Français ». Suivant cette perspective, le droit de la perte de la nationalité intervient à l'égard d'individus qui n'ont pas rompu leurs attaches avec le territoire français, mais qui en revanche s'inscrivent en rupture avec l'ordre de valeur défendu par l'État. Le rapport de Josseau en 1858 montre explicitement que la condition territoriale est exclue du champ d'appréciation de ce qui s'analyse en une sanction.

« S'il est difficile d'en surveiller l'observation rigoureuse, et si ses prescriptions s'arrêtent devant le respect dû à des intérêts légitimes, il n'est cependant pas indifférent, au point de vue de la dignité nationale, de consacrer de nouveau, après dix ans d'expérience, le principe que nul Français ne peut, *en quelque pays qu'il habite*, être un marchand ou même un simple acteur d'esclaves ! »⁸⁷²

Le législateur entend par cette mesure protéger « la dignité nationale » de la France et de ses ressortissants.

Il revient à Cogordan d'avoir formulé une première critique de cette utilisation de la perte de la nationalité à titre de peine pour sanctionner une indignité :

« Si on veut bien se rappeler la distinction que nous avons faite entre le citoyen d'un État et le national, on verra promptement que l'idée de punir certains méfaits par la perte de la nationalité ne provient que d'une *confusion entre ces deux termes trop souvent confondus*. La nationalité n'est qu'une aptitude à jouir des droits de citoyen : on peut déclarer déchu de tous leurs droits les individus qui se sont rendus coupables de certains crimes, mais on ne peut enlever la qualité de national qu'à ceux qui se sont rattachés à une nationalité étrangère »⁸⁷³.

Ainsi qu'il ressort de ce texte, inscrire la nationalité dans un référentiel subjectif exclusivement fondé sur les valeurs met en péril l'ordre international : chaque individu doit être rattaché à une nationalité, et la perte de la nationalité ne s'entend normalement que dans la situation où l'individu possède une autre nationalité⁸⁷⁴. En d'autres termes, à l'exception des conflits positifs de nationalité qui témoignent de la prédominance factuelle de la

⁸⁷² JOSSEAU (Jean-Baptiste), « Rapport sur la loi qui modifie le §2 de l'art. 8 du décret du 27 avril 1848 relatif aux propriétaires d'esclaves », *D.P.* 1858, IV, p. 63 (nous soulignons).

⁸⁷³ COGORDAN (George), *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, *op. cit.*, p. 28 (nous soulignons).

⁸⁷⁴ Sur ce point, v. TRACHTENBERG, « La déchéance de la nationalité comme pénalité », *op. cit.*, p. 631.

nationalité étrangère, le Français ne peut pas être privé de sa qualité. Après Cordogan, Zeballos⁸⁷⁵ a soutenu que la déchéance de la nationalité comme pénalité était le résultat d'une confusion entre la « nationalité » (état civil) appartenant à tout ressortissant de l'État et l'ensemble des droits civiques n'appartenant qu'aux citoyens actifs : « on confond la suspension des droits de vote et d'éligibilité prononcée à titre de peine, pour un temps plus ou moins limité, avec la suspension de l'état civil et de l'état politique du national, qui est irrévocable »⁸⁷⁶. Weiss s'est également élevé contre l'application de la déchéance de la nationalité comme pénalité et a considéré le décret de 1848 comme « une anomalie », une exception que rien ne justifie⁸⁷⁷.

Bien loin de se tarir, on sait que cette dynamique va non seulement perdurer mais se développer aux siècles suivants. Cette confusion inaugurée en 1848 est consacrée dans les temps guerriers du premier XX^e siècle et tend à réémerger dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. La pratique, cependant, n'apparaît pas complètement consensuelle. Le projet de loi constitutionnelle relatif à la protection de la Nation du 23 décembre 2015 visant à constitutionnaliser l'état d'urgence et la déchéance de nationalité a en effet conduit à plusieurs prises de position qui démontrent qu'un certain nombre de parlementaires rejettent cette conception subjective. Le Député Jean-Marc Germain soutient à cet égard que :

« Nous devons viser le symbole auquel les terroristes, au-delà des vies arrachées, se sont attaqués. Ce furent, en janvier, la liberté, en particulier celle de la presse, mais aussi l'égalité, garantie par les forces de l'ordre, les policiers, ainsi que la fraternité, puisque des Juifs ont été spécifiquement ciblés. En novembre, ce furent encore la liberté, l'égalité, la fraternité, nos trois boussoles fauchées à travers notre jeunesse. C'est donc aux valeurs de la République que les terroristes se sont attaqués, valeurs auxquelles on adhère en étant citoyen français. *C'est la citoyenneté qu'il faut déchoir, mes chers collègues [...]. Unissons-nous, députés, sénateurs, autour de l'idée non pas d'une déchéance de la nationalité, mais des droits attachés à celle-ci* »⁸⁷⁸.

Le juste symbole à adresser aux terroristes ne concerne en rien la nationalité que l'on ne choisit pas dans la mesure où on l'acquiert par le sang de ses parents ou par le sol sur lequel on naît. Le juste symbole réside dans la la citoyenneté : c'est aux valeurs de la République

⁸⁷⁵ ZEBALLOS (Estanislao S.), « La nationalité au point de vue de la législation comparée et du droit privé humain », *op. cit.*

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 752.

⁸⁷⁷ WEISS (André), *Traité théorique et pratique de droit international privé, op. cit.* : « tout ce que l'État peut faire, c'est de réduire à l'impuissance ceux de ses membres qui lui paraissent constituer un danger pour l'ordre social par la privation de certains droits [...], par des déchéances pénales ou civiles, qui, jamais, en aucun cas, ne sauraient aller jusqu'à l'exclusion totale du droit de nationalité. L'État est maître de les rayer du nombre des citoyens ; il ne peut faire que, malgré eux, ils cessent d'être Français » (p. 428- 429).

⁸⁷⁸ Ass. Nat., Déb. Parl., 2^{ème} séance du 5 févr. 2016, *JORF*, p. 1048 (nous soulignons).

française que les terroristes se sont attaqués, valeurs auxquelles on adhère en étant citoyen français. À cet effet, le député propose, à partir des déchéances des droits civiques prévues par l'article 131-26 c. pén., d'augmenter leur durée pour le terrorisme (durée qui actuellement ne peut dépasser 15 ans), d'y adjoindre d'autres incapacités et de rétablir la dénomination de « dégradation civique » pour souligner l'infamie attachée à la peine. Non majoritaires, les amendements visant à remplacer la déchéance de nationalité par l'indignité nationale ou la dégradation civique ont cependant tous été rejetés. Une nouvelle proposition de loi visant à instaurer une peine de déchéance civique pour les personnes condamnées pour des actes de terrorisme a été déposée à l'Assemblée nationale le 9 février 2016⁸⁷⁹, sans succès.

Contrairement à la logique observable en droit positif, nous retenons à l'issue de cette section que c'est davantage sur le terrain de la citoyenneté et de la privation des droits civiques que sur le terrain de la nationalité et de sa déchéance que devrait se jouer la question de la répression du terrorisme et, plus largement, des infractions à caractère politique. Nous avons certes constaté à l'occasion de l'étude du rapport de Jean-Jacques Urvoas de 2015 sur l'indignité nationale qu'établir une peine de cette nature serait, pour les djihadistes, inutile, voire contre-productif. On peut considérer qu'une peine telle que la dégradation civique viserait moins en réalité à réprimer le djihadiste qu'à exprimer la réprobation publique et à resouder la communauté républicaine. Par ailleurs, le djihadisme ne représente qu'une forme de terrorisme, et le terrorisme ne constitue qu'une « infraction à caractère politique » parmi d'autres. De toutes les incriminations contenues dans le code pénal, ce sont bien ces infractions, dans leur dimension fonctionnelle et conceptuelle, que le législateur et le juge devraient assortir en priorité de peines privatives des droits civiques. Tel n'a pas été leur choix qui s'est davantage porté sur l'atteinte à la moralité. Le mauvais citoyen n'est pas tant celui qui porte atteinte à l'État et aux droits des citoyens que l'individu qui lèse la moralité publique.

⁸⁷⁹ Proposition de loi n° 3479 de Jean-Luc Laurent et Christian Hutin visant à instaurer une peine de déchéance civique pour les personnes condamnées pour des actes de terrorisme, déposée à l'Ass. nat. le 9 févr. 2016.

Section 2 – La protection de la moralité publique

Si le législateur et le juge protègent la moralité du corps politique en général (§1), c'est plus spécifiquement sur la probité du corps de ses représentants qu'ont porté les développements législatifs récents (§2).

§1. La protection de la moralité du corps politique

Ce souci de préserver la moralité de la communauté des citoyens caractérise tant le droit pénal ordinaire (A) que le travail des juges dans la mise en œuvre du droit pénal d'exception de la Libération (B). Comme l'a relevé Anne Simonin, « la morale dans la République est l'affaire de la loi pénale »⁸⁸⁰.

A. La protection de la moralité en temps ordinaire

En temps ordinaire, la moralité, qui a constitué un enjeu essentiellement à partir de la suppression du suffrage censitaire (1), continue d'occuper une place non négligeable sous l'empire du nouveau code pénal (2). Son contenu a cependant évolué.

1. Les valeurs protégées avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal

Danièle Lochack a distingué deux types de situation dans lesquelles le droit se réfère à la moralité, aux bonnes mœurs ou à des notions voisines⁸⁸¹. La référence à la moralité, dans chacun de ces contextes, a une fonction différente. Dans certains cas, « c'est la moralité d'une personne déterminée qui est prise en compte comme condition de son appartenance à un groupe social, l'immoralité étant corrélativement passible de sanctions pouvant aller jusqu'à l'exclusion du groupe »⁸⁸². Ainsi par exemple de l'appartenance à l'Église, à l'administration publique, aux corporations privées ou encore à la collectivité nationale. Dans d'autres hypothèses en revanche, il s'agit, par des dispositions de prévention ou de répression, d'empêcher que ne se produisent ou perdurent des situations considérées comme immorales,

⁸⁸⁰ SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁸¹ LOCHACK (Danièle), « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », *op. cit.*, p. 23.

⁸⁸² *Ibid.*

portant atteinte à des valeurs morales. En l'appliquant au sujet qui est le nôtre, on devrait donc distinguer la question de la moralité de l'infraacteur comme condition d'appartenance au corps politique (*moralité du sujet*) de la question de la moralité des valeurs qu'il est susceptible d'enfreindre (*moralité de l'objet*). En réalité, les deux idées quant à la question qui nous occupe se rejoignent : il apparaît en effet à la lecture des débats parlementaires que le législateur déduit le défaut de moralité du délinquant qui l'exclut de la communauté politique de la valeur morale à laquelle, par son comportement, il a porté atteinte, et inversement : le législateur cherche à identifier les comportements qui portent atteinte à la moralité de l'homme pour décider des infractions qui doivent emporter une incapacité électorale. La communauté politique dans son ensemble – ses membres et les valeurs qui la sous-tendent – a une dimension morale.

Que la moralité soit l'un des intérêts juridiquement protégés par la privation des droits civiques, c'est ce qui ressort expressément des débats ayant entouré l'adoption des lois électorales au lendemain de l'instauration du suffrage universel masculin. Par ces lois, il s'est agi « d'assurer au suffrage universel sa sincérité et sa moralité, sans lesquelles il ne saurait être l'expression de la volonté du pays »⁸⁸³. Le républicain Lamartine l'a parfaitement exprimé : on considère à partir de cette période que « c'est [...] ailleurs que dans le cens qu'il faut chercher le gage et la garantie de l'électeur ; c'est-à-dire qu'au lieu de gages matériels, il faut lui demander des *gages moraux*. Et la société est en droit de lui demander d'autant plus ces gages moraux, qu'elle renonce plus complètement à lui demander des gages matériels de richesse, de cens, de fortune »⁸⁸⁴. On a établi dans le second chapitre qu'en raison du contenu que le législateur lui a donné, ce gage moral a fonctionné dans les faits comme un filtre social. Aussi idéologique qu'elle soit, l'exigence explicitement posée n'en correspond pas moins à une condition de moralité.

« Moraliser le suffrage universel », ce qui est « le but des lois qui [sont] proposées », implique notamment de multiplier les cas d'indignité morale en attachant de plein droit à un nombre croissant de condamnations pénales la perte des droits civiques :

⁸⁸³ « Loi du 31 mai 1850 qui modifie la loi électorale du 15 mars 1849 », in DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, 2^{ème} éd., Paris, A. Guyot, t. 50, p. 172 (citant les propos tenus par le Ministre de l'Intérieur dans son exposé des motifs du projet de loi).

⁸⁸⁴ DE LAMARTINE (Alphonse), *Œuvres de M. A. de Lamartine. Le passé, le présent, l'avenir de la République*, Paris, Éd. Bureau du Conseiller du peuple, 1850, p. 198-199 (nous soulignons).

« Quand le législateur étend ainsi, jusqu'à l'universaliser, la *présomption de moralité* et d'indépendance qui sert de base au droit de l'électeur, il contracte l'obligation de se montrer très difficile envers tous ceux qui ont attiré sur eux les sévérités de la loi pénale [...]. Nous avons voulu, comme le gouvernement, donner une *base morale* à l'exercice des droits électoraux ». ⁸⁸⁵

Les discussions parlementaires du projet de loi électorale de 1849 révèlent que l'objectif était en particulier de définir ceux des délits qui, en raison « de l'atteinte morale qu'ils apportent au caractère du condamné »⁸⁸⁶, devaient être inscrits dans la loi. Un « homme flétri par une condamnation qui attaqu(e) sa moralité » devait être empêché d'exercer son droit d'élire.

On sait que le code pénal de 1810 sanctionnait déjà tous les crimes par la peine automatique et perpétuelle de la dégradation civique. On sait également que par différence, seuls certains délits déterminés pouvaient être punis, lorsque le juge la prononçait, par une interdiction facultative d'exercice des droits civiques (art. 42 c. pén.). Le projet de loi électorale, dans sa rédaction initiale, avait prévu de compléter les dispositions du code pénal en privant *automatiquement* de leurs droits civiques – et non plus de *façon facultative* – les individus condamnés pour les délits de vol, d'escroquerie, d'abus de confiance, d'usure ou encore d'attentat aux mœurs. Après délibération, il est apparu cependant à la Commission que cette rédaction soulevait deux difficultés : d'une part, établir de la sorte une liste de tous les délits « offensants pour la morale » dans la loi électorale eût été chose impossible. Cela eût supposé de multiplier les exceptions spéciales à l'infini. D'autre part, se référer au système organisé par le code pénal qui, pour un certain nombre de délits, dont le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance, autorisait déjà le tribunal correctionnel à ajouter à la peine principale la peine complémentaire de privation du droit de vote et d'élection, paraissait plus équitable : contrairement au projet de loi dont les dispositions étaient sévères et aveugles, c'est au juge lui-même, en présence de l'accusé, que devait revenir le soin d'« apprécier la valeur morale de l'homme et de son méfait [...] et de déclarer s'il était indigne des pouvoirs politiques »⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ « Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi qui a pour objet de modifier la loi électorale du 15 mars 1849, par M. Léon Faucher, représentant du peuple », séance du 18 mai 1850, In *Bulletin officiel du Ministère de l'intérieur*, Paris, Dupont, 1850, n° 5 et 6, p. 177 (nous soulignons).

⁸⁸⁶ « Discussion sur le projet de loi électorale », séance du 16 févr. 1849, in *Procès-verbaux de l'Assemblée nationale - Exposés de motifs et projets de lois présentés par le Gouvernement*, Paris, Panckoucke, 1849, t. 8, p. 100.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 102.

Pour ses contempteurs, ce système de la Commission était contraire à l'esprit général de la législation et à « l'instinct » national. Cet esprit général, c'est que « par cela seul que, même correctionnellement, on avait subi des condamnations [...] qui sont de nature à porter atteinte à la moralité des individus, il y avait *incompatibilité* entre les fonctions politiques de l'électeur et la situation morale de l'homme qui avait ainsi été frappé d'une peine »⁸⁸⁸ : « en général, l'esprit public admet bien naturellement qu'un homme, par cela seul qu'il a été frappé par un acte judiciaire, pour vol, escroquerie, pour des faits qui sont de nature à avilir la moralité humaine, doit être exclu de la fonction d'électeur »⁸⁸⁹. Cette liste, d'ailleurs, ne ferait que reproduire des dispositions existantes de la loi de 1831 sur la garde nationale et de la loi portant sur le jury : la condamnation pour vol, escroquerie, abus de confiance ou autres délits emportait déjà de plein droit interdiction de faire partie de la garde nationale ainsi que d'être juré : « l'Assemblée croy[ait-elle] qu'il ne faille pas une moralité égale pour être électeur ; et surtout pour être éligible ? »⁸⁹⁰. Dans la loi de 1849, c'est ce dernier argument qui l'a finalement emporté.

Les lois de 1850 et le décret de 1852 ne feront que multiplier les causes d'incapacité que l'on considérait comme trop restreintes encore pour assurer une base morale à l'exercice des droits électoraux. Le rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi électorale de 1850 insiste de nouveau sur le fait que :

« Dans un système électoral aussi large que le nôtre, les cas d'indignité, pour l'honneur du pays et pour la moralité du suffrage, doivent être très nombreux. Si nous n'allons pas, à l'exemple de quelques États de l'union américaine, jusqu'à exiger que le citoyen, pour être admis au vote, "ait une bonne renommée", ne laissons pas, du moins, approcher de l'urne qui contient les destinées du pays les honnies qui sont le rebut de la société »⁸⁹¹.

« Tout au long du XIX^e siècle, corollairement à la dépolitisation du concept de citoyenneté, le "méchant citoyen", dont les *mauvaises mœurs* sont immédiatement rapportées à son origine sociale, tend [ainsi] à se substituer au "mauvais citoyen" qui, dans le modèle républicain, était jugé tel pour des raisons civiques »⁸⁹². Or, c'est dans la continuité de ce courant dominant sous la Restauration et la Monarchie de Juillet que la Révolution de 1848 se

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 101.

⁸⁸⁹ *Ibid.*

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 103.

⁸⁹¹ « Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi qui a pour objet de modifier la loi électorale du 15 mars 1849, par M. Léon Faucher, représentant du peuple », *cit.*, p. 177.

⁸⁹² BERNARDI (Bruno), « La République, une idée morale », À propos de : A. Simonin, *Le Déshonneur dans la République, La Vie des idées*, 4 mars 2009, p. 6 (nous soulignons).

situé (et en cela elle sera durablement suivie) : alors même qu'elle institue le suffrage universel, elle définit « l'indignité civique » non comme conséquence de la violation des devoirs de ce que ce droit impose, mais comme effet de l'atteinte à la propriété et des mauvaises mœurs. En d'autres termes, la citoyenneté repose moins sur l'homme vertueux que sur une morale sociale définie par les valeurs de probité – entendue comme le respect des biens d'autrui – et des bonnes mœurs⁸⁹³ – essentiellement sexuelles.

Ce système est demeuré peu ou prou inchangé jusqu'au début des années 1990. Le décret impérial de 1852, dont Gérard Soulier souligne avec justesse qu'il a servi de matrice à toute la réglementation en la matière « jusqu'à nos jours »⁸⁹⁴, a été modifié une première fois par l'ordonnance n° 45-1810 du 14 août 1945. À la suite de l'abrogation de ladite ordonnance par la loi n° 51-519 du 9 mai 1951, le décret de 1852 a cependant de nouveau été en vigueur, et ce jusqu'à la loi n° 55-328 du 30 mars 1955 qui n'a modifié l'article 15 du décret organique que dans des proportions minimales. Renouant avec l'esprit de l'article 15 du décret napoléonien, l'article L. 5 du code électoral, comme les articles L. 6, L. 7 et L. 8 issus d'un décret du 27 octobre 1964, a repris et ajouté aux déchéances prévues dans le code pénal un certain nombre de délits⁸⁹⁵. Résumant ces articles, Philippe Ardant constate que comme par le passé, « le législateur a opéré une distinction selon la nature du délit. Seuls sont retenus ceux qui mettent en cause l'honnêteté, l'honneur, la moralité des individus »⁸⁹⁶. Les vertus civiques ont un peu évolué à travers les âges, tout au moins depuis le Second Empire : ont disparu par exemple les incapacités électorales prononcées pour mendicité, vagabondage, ou pour outrage à la morale religieuse. Cependant, « les règles de conduite imposées au citoyen ont changé [...] dans des

⁸⁹³ Les bonnes mœurs font référence à la sensibilité d'une collectivité particulière. « Elle[s] tire[nt] leur pouvoir de contrainte moins de la valeur éthique des règles qui les composent que de la pression sociale qui s'exerce en faveur de leur stricte observance » (CHÉRIGNY Bernard, *Le juge administratif, gardien de la moralité des administrés*, th. dactyl., Université de Poitiers, 1968). Elle se définissent en termes négatifs plutôt que positifs : « elle[s] [sont] l'absence de scandales publics, ou plus exactement l'absence d'atteintes publiques au minimum d'idées morales communément admises, à une époque donnée, par la moyenne des individus, et qu'elle tient à voir respecter » (TEITGEN Pierre-Henri, *La police municipale*, th. dactyl., Université de Nancy, 1934). Sur le concept de « bonnes mœurs » et son lien avec le domaine de la sexualité, on se référera en particulier à LOCHACK (Danièle), « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », *op. cit.* ; ALLAND (Denis), « Ouverture : Les mœurs sont-elles solubles dans le droit ? », *Droits*, vol. 19, 1994 ; CARBONNIER (Jean), « Morale et droit », *op. cit.* ; BUEB (Renaud), « La peine en droit familial. La pénalisation des mœurs de 1810 à 2010 : de l'attentat aux mœurs au crime sexuel », in Yves JEANCLOS (dir.), *La dimension historique de la peine, 1810-2010*, Economica, 2013, p. 345-385.

⁸⁹⁴ SOULIER (Gérard), « Citoyenneté et condamnation pénale : l'incapacité électorale », *op. cit.*, p. 352.

⁸⁹⁵ Pour une présentation détaillée de ces articles sous l'empire des décrets de 1955 et 1964, v. ARDANT (Philippe), « Les exclus », *op. cit.*, p. 49 s.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 49.

limites assez étroites touchant au respect d'un certain ordre moral évanoui »⁸⁹⁷. Les valeurs protégées par le code pénal restent les mêmes, bien que l'ordre moral ait quelque peu évolué.

L'essentiel des dispositions des articles cités du Code électoral sera abrogé par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal. Au lieu et place des différentes condamnations pénales qui entraînaient automatiquement, à titre de peines accessoires, la radiation des listes électorales, le nouvel article L. 5 ne maintiendra que l'interdiction d'inscrire sur les listes électorales « les majeurs sous tutelle ».

2. Les valeurs protégées dans le nouveau code pénal

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, l'interdiction des droits civiques est une peine complémentaire facultative prévue par la loi pour un grand nombre des crimes et des délits contre les personnes⁸⁹⁸ et contre les biens⁸⁹⁹. L'étude statistique⁹⁰⁰ de la nature des infractions les plus sanctionnées par cette peine révèle que les crimes sont proportionnellement beaucoup plus représentés que les délits. Le crime le plus concerné est le viol en général, et le viol sur mineur de moins de quinze ans en particulier. En 2004, c'est au viol que le juge a appliqué plus de trois fois sur cinq l'article 131-26 c. pén. En 2008, le viol représente plus de la moitié des condamnations sur le fondement de cet article.

⁸⁹⁷ *Ibid.*

⁸⁹⁸ Sont ainsi passibles de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille de l'article 131-26 du code pénal les infractions suivantes : crime contre l'humanité ; assassinat ; empoisonnement ; provocation au meurtre ou à l'empoisonnement ; tortures ou actes de barbarie ; violences ; administration de substances nuisibles ; agressions sonores ; appels téléphoniques malveillants ; menaces ; viol ; agressions sexuelles ; exhibition sexuelle ; harcèlement sexuel ; trafic de stupéfiants ; délaissement d'une personne vulnérable ; entrave aux mesures d'assistance et omission de porter secours ; recherche biomédicale illicite ; interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée ; provocation au suicide ; abus d'ignorance ou de faiblesse ; enlèvement ou séquestration ; détournement de moyens de transports ; proxénétisme ; atteintes à la vie privée ; atteintes à la représentation de la personne ; dénonciation calomnieuse ; atteinte au secret professionnel ; atteintes au secret des correspondances ; fraudes informatiques portant atteinte à la personne ; atteintes à la filiation ou encore mise en péril des intérêts d'un mineur.

⁸⁹⁹ En matière d'infractions contre les biens, les crimes et délits concernés sont le vol ; l'extorsion ; le chantage ; l'escroquerie ; les fraudes aux enchères ; l'abus de confiance ; le recel et les infractions assimilées ; les destructions, dégradations, ou détériorations et les menaces de telles atteintes ; les fausses alertes ; les fraudes informatiques portant atteinte aux systèmes et le blanchiment.

⁹⁰⁰ Ces données sont issues de l'Exploitation du Casier Judiciaire National par la Sous-direction de la statistique et des études du Ministère de la justice. Chaque année est publié un rapport intitulé « Les condamnations ». Nous avons eu accès à ces rapports de l'année 2004 à l'année 2017. Nous avons complété ces chiffres par ceux des « Annuaire statistiques » publiés chaque année depuis 2006 par le Ministère de la justice, qui couvrent toutes les juridictions. Les tableaux (*infra*) ont été établis par nos soins, à partir de ces données.

Nombre de peines d'interdiction des droits civiques prononcées selon la nature du crime.

	2004	2008	2012	2016
Toutes condamnations pour crimes	505	288	60	15
Atteintes à la personne (homicides volontaires, coup et violences volontaire, viols et attentats à la pudeur)	412	234	37	6
Dont viols et attentats à la pudeur	295	149	20	5
Atteintes aux biens (vols, recels, destructions)	87	42	14	4
Atteintes à la sûreté publique	0	0	9	0
Autres crimes	6	12	0	0

Ce chiffre est constant (56%) si l'on établit une moyenne sur dix ans allant de 2004 à 2014 (cf. tableau suivant). Afin de ne pas mésestimer ces chiffres, il convient de préciser que le viol représente entre les mêmes dates 48% des crimes condamnés. Ces pourcentages indiquent autrement dit que les statistiques relatives aux infractions criminelles les plus sanctionnées par la peine complémentaire de l'article 131-26 reflètent peu ou prou les statistiques portant sur les infractions criminelles les plus condamnées.

Répartition du prononcé des peines d'interdiction des droits civiques en fonction de la nature du crime.

MOYENNE 2004-2014		
	% des crimes	% des déchéances civiques pour crimes
Crimes contre les personnes	76%	81%
Dont viols	48%	56%
Crimes contre les biens	22%	18%
Crimes contre la sûreté publique	0.6%	0.2%
Autres crimes	0.4%	0.8%

N'était sa faiblesse relative, cette surreprésentation du viol n'en reste pas moins significative. Que le viol porte atteinte à une valeur que les juges cherchent particulièrement à protéger par la peine de l'interdiction des droits civiques, c'est d'ailleurs ce que confirme une lecture des condamnations en matière correctionnelle. Par la peine de l'art. 131-26 c. pén., le juge sanctionne davantage les délits contre la personne que les délits contre les biens. Pour la période 2004-2014, les atteintes à la personne constituent 15% des condamnations correctionnelles. Elles représentent 31% des délits punis d'une interdiction des droits civiques.

Répartition du prononcé des peines d'interdiction des droits civiques en fonction de la nature du délit.

	MOYENNE 2004-2014	
	% des délits	% des déchéances civiques pour délits
Atteintes aux biens	25%	33%
Atteintes à la personne	15%	31%
Atteintes à la santé (Stupéfiants)	9%	16%
Atteintes à l'ordre administratif et judiciaire	5%	9%
Infractions à la législation économique et financière	3%	5%
Atteintes à la sûreté publique	2%	2%
Atteintes à l'ordre public général	1%	3%
Infractions à la circulation routière	40%	1%

Les atteintes aux mœurs, et parmi elles les atteintes ou agressions sexuelles sur mineur constituent en 2004 près de la moitié des délits contre la personne réprimés par une privation des droits civiques.

Il est à noter que ces données sont invariables depuis l'adoption de l'article 131-26 c. pén. en 1992. L'examen, par Jacky Galvez⁹⁰¹, des arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation entre 1993 et 1997 en matière de viol révèle que dans 42% des cas, les juges ont appliqué la peine complémentaire de la privation des droits civiques aux auteurs de ce crime. En matière de délits, l'analyse par Jacky Galvez de l'ensemble des arrêts rendus par les 5^e et 13^e chambres correctionnelles de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence entre 1996 et 1999 établit que 100% des agressions sexuelles commises sur mineur de moins de 15 ans par une personne ayant autorité sur la victime ont donné lieu à une déchéance des droits civiques⁹⁰².

Cette position des juges français n'est pas sans évoquer celle de la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans l'arrêt *P.I c/ Oberbürgermeisterein der Stadt Remscheid*⁹⁰³ prononcé en Grande chambre le 22 mai 2012, fait du viol sur mineur par une personne ayant

⁹⁰¹ GALVEZ (Jacky), *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de moralisation de la vie politique*, op. cit., p. 376.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 372.

⁹⁰³ CJUE, gde ch., 22 mai 2012, *P.I contre Oberbürgermeisterein der Stadt Remscheid*, aff. C-348/09, ECLI:EU:C:2012:300. Sur cet arrêt de la Cour de justice, v. AZOULAI (Loïc) et COUTTS (Stephen), « Restricting Union citizens' residence on grounds of public security: where Union citizenship and the AFSJ meet », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 2, p. 553-570.

autorité sur la victime l'une des causes de perte des droits associés à la citoyenneté de l'Union. En l'espèce M. I, né en Italie, résidait en Allemagne depuis 1987. Par jugement du 16 mai 2006, le tribunal régional de Cologne l'a condamné à une peine privative de liberté de sept ans et six mois pour atteinte sexuelle, agression sexuelle et viol sur mineure commis dans un contexte familial. Il s'agissait de déterminer à l'occasion d'une question préjudicielle si les faits litigieux constituaient une « raison impérieuse de sécurité publique » pouvant justifier une mesure d'éloignement d'un citoyen de l'Union ayant séjourné dans l'État membre d'accueil pendant les dix années précédentes au sens du paragraphe 3 de l'article 28 de la directive 2004/38⁹⁰⁴. On rappellera que dans la mesure où l'éloignement des citoyens de l'Union représente une amputation grave de leur qualité de citoyen de l'Union, le législateur a jugé bon, en la matière, de distinguer, d'une part, les « motifs graves » d'ordre public de l'article 27 §2 opposables à tous les citoyens et, d'autre part, les « raisons impérieuses de sécurité publique » concernant les citoyens résidant de longue durée. Plus l'intégration du citoyen européen est forte dans l'État d'accueil, plus sera difficile son expulsion. La directive distingue donc nettement la notion d'ordre public et celle de sécurité publique, la seconde revêtant une gravité supérieure à la première.

Dans ses conclusions⁹⁰⁵, l'avocat général Yves Bot a considéré que les faits, qui portaient atteinte aux valeurs fondamentales de la société, étaient constitutifs d'un trouble grave à l'ordre public et non à la sécurité publique : si M. I. constituait incontestablement un danger dans la sphère familiale, il n'était pas établi, par la nature de l'acte commis, qu'il constitue une menace pour la sécurité des citoyens de l'Union comme le serait un prédateur sexuel. Pour autant, dans le cas présent, M. I. n'était pas à l'abri d'une mesure d'éloignement. Yves Bot a en effet souligné que le comportement de l'intéressé dénotait « une absence totale de volonté d'intégration dans la société où il se trouve et dont il a si consciencieusement méprisé, pendant des années, certaines des valeurs fondamentales »⁹⁰⁶. Or, pour l'avocat général, la disposition de l'art. 28 §3 de la directive 2004/38, qui constitue le tout dernier degré de protection contre l'éloignement, contient une présomption simple d'intégration. Si l'intégration du citoyen de l'Union est effectivement fondée sur des facteurs spatiaux et temporels, elle l'est, aussi, sur des facteurs qualitatifs. Dans l'espèce considérée, les faits eux-

⁹⁰⁴ Directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *JOUE*, 30 avril 2004, L158/77.

⁹⁰⁵ Concl. de l'avocat général M. Yves Bot, présentées le 6 mars 2012, dans l'affaire C-348/09, *P.I contre Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, ECLI:EU:C:2012:123.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, point 60.

mêmes révélaiient le mépris de l'individu pour les valeurs de la société dans laquelle il résidait. Les « valeurs » sur lesquelles repose la citoyenneté de l'Union se heurtaient alors à un abus de droit, au fait que l'intéressé ait pu tirer bénéfice du droit de l'Union par la durée du délit perpétré pour éviter les conséquences de son comportement criminel. Pour le dire autrement, si ces faits, compte tenu de leur date, avaient été connus dès qu'ils ont été commis, M. I. aurait été poursuivi et éloigné sans pouvoir bénéficier de la protection prévue par la directive. Il ne peut donc se prévaloir de la protection accordée au terme d'un séjour de dix ans, ce délai n'ayant pas été interrompu parce que son comportement est resté caché. Aussi convenait-il de tirer les conséquences d'une telle fraude.

Si elle est parvenue à la même conclusion que l'avocat général concernant la conformité d'une mesure d'éloignement dans cette espèce au regard du droit de l'Union européenne, la Cour a adopté un raisonnement différent. C'est en s'appuyant sur l'article 83 §1 TFUE qui énumère « les domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontalière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes » que la Cour a interprété la directive 2004/38. L'exploitation sexuelle des enfants étant expressément mentionnée dans cette disposition-clé pour la réalisation de l'espace pénal européen, le juge de l'Union a estimé qu'il était « loisible aux États membres de considérer que des infractions pénales telles que celles figurant à l'article 83 §1 al. 2 du TFUE constituent une atteinte particulièrement grave à un intérêt fondamental de la société, susceptible de représenter une menace directe pour la tranquillité et la sécurité physique de la population, et, partant, de relever de la notion de raisons impérieuses de sécurité publique pouvant justifier une mesure d'éloignement au titre de l'article 28 §3 de la directive 2004/38 »⁹⁰⁷.

Contrairement aux conclusions précitées, le fait que le crime commis n'ait pris place que dans le cadre familial et n'ait pas de répercussion économique ou ne présente pas de menace pour la sécurité au-delà de la victime individuelle ne figure pas dans l'analyse de la Cour. La Cour donne ici une définition de la sécurité publique qui ne se réduit pas à l'acception classique de « menaces pour la sécurité intérieure et extérieure de l'État, comprise comme la pérennité de l'État avec ses institutions et ses services publics essentiels, la survie de la

⁹⁰⁷ CJUE, gde ch., 22 mai 2012, *P.I*, *cit.*, point 28.

population ainsi que les relations extérieures et la cohabitation pacifique des peuples »⁹⁰⁸. Faisant sienne l'analyse conduite par Yves Bot dans ses conclusions de 2010 relatives à l'arrêt *Tsakouridis* où était en cause un trafic de drogue, la Cour met en évidence dans l'arrêt *P.I.* que la notion de sécurité publique « recouvre également les atteintes graves portées à un intérêt fondamental de la société tel que les *valeurs essentielles* de protection de ses citoyens, individualisées par cet État à travers les infractions érigées par lui pour leur protection »⁹⁰⁹. La sécurité publique est donc définie comme une notion large incluant les valeurs fondamentales spécifiquement inscrites dans la société et protégées par le droit pénal. En formulant de la sorte le concept de sécurité publique en termes de société et de ses valeurs, on peut se demander si la Cour ne retire pas toute pertinence à la distinction entre sécurité publique et ordre public et par là-même à la différence établie entre les paragraphes 2 et 3 de l'article 28. Pour justifier le recours à pareille expression, la Cour relève en l'espèce les « circonstances exceptionnelles » de l'affaire, à la fois la nature particulièrement sérieuse du crime et la nature exceptionnelle de la perpétration du crime et du criminel en eux-mêmes. La Cour complète ainsi les droits de la directive par des obligations corrélatives. « De ce point de vue, la citoyenneté est un statut qui n'est pas constitué seulement de droits mais de devoirs. Cela reflète le fait que la citoyenneté de l'Union ne doit pas être considérée comme une prérogative individuelle, mais comme faisant partie d'un processus plus large de l'interaction par laquelle à l'obligation de l'État membre de reconnaître le migrant correspond l'obligation de ce dernier de reconnaître l'espace de valeurs dans lequel il lui est donné de vivre, sous la forme qui est particularisée dans la société d'accueil »⁹¹⁰.

La nature du crime, le viol sur mineur, est donc constitutive sinon d'atteinte à la sécurité publique comme en l'espèce, du moins de trouble à l'ordre public susceptible de justifier plus généralement l'expulsion du criminel de son État de résidence, autrement dit la perte des droits qu'il tire de sa citoyenneté de l'Union. Pareillement, le viol en général, et le viol ou les agressions sexuelles sur mineur en particulier sont en France surreprésentés parmi les infractions sanctionnées par la perte des droits de citoyenneté. Quelle conception de la moralité sous-tend ici la citoyenneté ? Comment expliquer cette sévérité à l'endroit des

⁹⁰⁸ *Ibid.*, point 14.

⁹⁰⁹ Concl. de l'avocat général M. Yves Bot, présentées le 8 juin 2010, dans l'affaire C-145/09, CJUE, gde ch., 23 nov. 2010, *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, point 97 (nous soulignons).

⁹¹⁰ AZOULAI (Loïc) et COUTTS (Stephen), « Restricting Union citizens' residence on grounds of public security ... », *op. cit.*, p. 569. Sur le sujet, voir également AZOULAI (Loïc), « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in Gérard COHEN-JONATHAN (éd.), *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010.

crimes sexuels en général, en particulier lorsqu'ils sont commis sur des mineurs ? En premier lieu, on relèvera, comme nous l'avons évoqué, la parenté qui a existé entre la sexualité et le concept de « bonnes mœurs ». Jusqu'à l'adoption du nouveau code pénal en 1992, le viol (art. 332), avec l'outrage public à la pudeur (art. 330), l'attentat à la pudeur (art. 331), le proxénétisme (art. 334), l'excitation à la débauche et la corruption de mineurs (art. 334-2), relevait de la section qui réprime les « attentats aux *mœurs* ». Commettre un viol, c'était *attenter aux mœurs*. Dans son rapport au Corps législatif le 17 février 1810, préalablement à l'adoption du code pénal de 1810, Montseignat soulignait que « le plus grand des attentats qui puisse outrager les *mœurs* est celui qui emploie la force et l'audace contre la faiblesse et la pudeur, qui anéantit la liberté dans son plus doux exercice, qui imprime à la vertu la tâche du déshonneur »⁹¹¹. Selon Valérie Malabat, cette référence aux mœurs pouvait laisser penser qu'il était question de définir, en incriminant certains comportements, une « morale sexuelle normale »⁹¹². Les législations antérieures à l'ancien code pénal ne distinguaient d'ailleurs pas vice, péché et délit et sanctionnaient ainsi des pratiques sexuelles sans qu'elles portent atteinte à autrui (la sodomie par exemple).

Dans le nouveau code pénal, il n'est plus question d'« attentats aux mœurs », non plus que d'outrage public ni d'attentat à la pudeur. La catégorie des « attentats aux mœurs » a été remplacée par celle des « agressions ou atteintes sexuelles » qui figurent aujourd'hui dans le chapitre consacré aux atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne. À suivre ce plan, les agressions sexuelles « ne seraient donc pas tant sanctionnées aujourd'hui en ce qu'elles constituent un comportement sexuel anormal mais parce qu'elles portent atteinte à autrui »⁹¹³. Parmi les infractions sexuelles en général, l'incrimination du viol en particulier témoigne selon Valérie Malabat d'une « modification de la valeur protégée »⁹¹⁴ : « la définition restrictive posée du viol avant 1980 et le classement de cette infraction parmi les attentats aux mœurs pouvaient amener à considérer que l'infraction sanctionnait sans doute l'atteinte à la liberté de la femme mais peut-être davantage encore l'atteinte à son honneur et à celui de sa famille du fait du risque de la naissance d'un enfant issu de ce viol. En élargissant le domaine du viol à des actes de pénétration inaptes à la conception, le législateur déplace

⁹¹¹ « Rapport de Montseignat au Corps législatif », 17 févr. 1810, *Rép. Dalloz*, V, 1847, « Attentat aux mœurs », p. 405 (nous soulignons).

⁹¹² MALABAT (Valérie), « Morale et droit pénal », *op. cit.*, p. 223.

⁹¹³ *Ibid.*, p. 222.

⁹¹⁴ *Ibid.*

ainsi la valeur protégée, l'éloigne des mœurs sexuelles pour la concentrer exclusivement sur l'atteinte au corps »⁹¹⁵.

Cette évolution générale qui caractérise les crimes et délits sexuels ne signifie pas pour autant que le droit pénal ne protège plus d'interdits moraux⁹¹⁶. Ainsi, les atteintes sexuelles commises sur mineur de 15 ans ne protègent pas l'intégrité du consentement du mineur, contrairement à ce qui est souvent affirmé, mais posent bien plutôt l'« *interdiction morale* »⁹¹⁷, pour un majeur, d'avoir des relations sexuelles avec un mineur particulièrement jeune. Cet interdit moral qui subsiste dans le nouveau code pénal quant aux infractions sexuelles sur mineurs n'est pas nouveau. Dès le XIX^e siècle en effet, le code pénal a connu plusieurs réformes visant à mieux protéger les enfants. L'exposé des motifs de la loi du 13 mai 1863 qui aggrave les pénalités applicables à ce type d'infractions dit des infractions sexuelles sur mineurs : « les attentats de ce genre se multiplient, et leur nombre toujours croissant prouve que la dépravation des mœurs l'emporte sur la réserve que l'enfance doit inspirer et sur le respect qu'elle mérite »⁹¹⁸. En sanctionnant prioritairement ce type d'infractions par la peine de la privation des droits civiques, les juges défendent une certaine conception de la moralité publique associée à la citoyenneté : les crimes et délits sanctionnés ne sont plus tant les atteintes à la propriété que les atteintes sexuelles. Les valeurs protégées par l'incrimination des infractions sexuelles ont elles-mêmes évolué. Plus qu'il ne réprime aujourd'hui des mauvaises mœurs qui, par définition, sont contingentes et relatives à une époque et à une société données, le juge pose des interdits moraux « universalisables » relatifs à l'intégrité de l'homme en général, et de l'enfant en particulier.

Au terme de ces développements relatifs à la moralité de la communauté politique, on saisit la distance qui nous sépare des codes pénaux révolutionnaires dans lesquels les seules infractions passibles de la dégradation civique à titre principal étaient des infractions politiques. Le mauvais citoyen n'est plus tant ou du moins plus seulement celui qui porte atteinte à des valeurs politiques qu'à des valeurs morales. On mesure d'autant plus ce glissement que même l'infraction politique de l'indignité nationale au XX^e siècle a donné lieu

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 223-224.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 227.

⁹¹⁷ *Ibid.*

⁹¹⁸ « Exposé des motifs de la loi du 13 mai 1863 », *D.* 1863, IV, 91, n° 5.

à des interprétations moralisantes : plutôt que de réprimer « l'indignité », on a en effet sanctionné dans certains cas le « manque de dignité »⁹¹⁹.

B. La protection de la moralité en temps d'exception

Les infractions politiques ont parfois donné lieu à des considérations étrangères aux intentions initiales du législateur. C'est le cas notamment de l'indignité nationale. L'incrimination, entre autres, des rapports sexuels avec les Allemands⁹²⁰ sur ce fondement illustre que les juges ont gommé la dimension politique du crime au profit de l'atteinte à la morale publique et plus exactement aux bonnes mœurs.

Que cette question relève de la moralité plus que du droit, c'est ce qu'a mis en évidence la Cour d'appel d'Aix dans une affaire concernant une femme condamnée le 18 septembre 1945 par la chambre civique de Marseille à la peine de la dégradation nationale comme coupable de débauche avec les Allemands⁹²¹. La chambre d'accusation de la Cour d'appel d'Aix saisie a en effet infirmé le jugement au motif que ce fait n'entraîne pas juridiquement dans le champ d'application des articles de l'ordonnance du 26 décembre 1944 mais qu'il « relèv[ait] du domaine de la morale »⁹²². Henri Faucher, commissaire adjoint du Gouvernement près la Cour de justice de la Seine, a justifié cette décision en se référant aux deux grands principes du droit criminel que sont la légalité des peines et l'interprétation restrictive des textes pénaux : pour être punis, il est nécessaire que les faits entrent dans la définition légale d'une infraction, sans que l'on puisse raisonner par analogie et étendre arbitrairement cette définition. En l'espèce, les relations d'ordre public ne figuraient pas dans la liste de l'article 2 de l'ordonnance codifiant l'indignité nationale ; pour ce qui est par ailleurs de la définition générale de l'article 1^{er}, il visait notamment « l'aide directe ou indirecte à l'Allemagne ». Comme l'indique le commissaire, « il [eût fallu] singulièrement étendre le sens du texte pour faire entrer [...] sous cette qualification, en y voyant une source d'amélioration du moral des troupes », le fait d'assister à une réception chez un occupant, le fait d'être l'ami d'un Allemand ou d'avoir des relations sentimentales ou intimes avec lui. Par

⁹¹⁹ SIMONIN (Anne), « Rendre une justice politique : l'exemple des chambres civiques de la Seine (1945-1951) », *op. cit.*, p. 85. Du même auteur, voir également « De l'indignité nationale au manque de dignité nationale : a-t-on jugé le bon crime ? », *op. cit.*, p. 90-106.

⁹²⁰ Sur l'incrimination des rapports sexuels avec les Allemands, voir notamment SIMONIN (Anne), « Rendre une justice politique ... », *op. cit.*, p. 81 s.

⁹²¹ Chambre des mises en accusation, Aix, 8 nov. 1945, *Grasse, JCP*, II, 1946, n° 3000.

⁹²² *Ibid.*

ailleurs, l'indignité nationale est une infraction intentionnelle. En conséquence, « l'aide à l'Allemagne » doit avoir été apportée sciemment. Or, cet élément moral semblait faire totalement défaut en l'espèce. Par suite, le crime n'était pas constitué. Pour Henri Faucher, la chambre civique de Marseille avait donc bien fait une fausse application de la loi : « c'est bien en définitive à la morale – et à elle seule – que ressorti[ssait] cette question »⁹²³.

À la lecture de cet arrêt, il semble de prime abord que les juges aient refusé de sanctionner par la peine de la dégradation nationale des faits relevant purement de la moralité. C'est là toutefois conclusion trop hâtive. En effet, en la matière, les jugements des chambres civiques sont loin d'être uniformes⁹²⁴. Des femmes ont été condamnées à de lourdes peines de dégradation nationale pour avoir uniquement entretenu des « relations intimes » avec l'occupant. Contrairement à la position du commissaire adjoint du Gouvernement Faucher, la chambre des mises en accusation de Lyon a ainsi déclaré en 1946 dans l'affaire *Terrade* qu'« il ne peut être soutenu que des relations scandaleuses avec l'ennemi n'ont pu porter une aide directe ou indirecte à celui-ci » ; qu'« en effet de telles relations ont facilité son installation dans notre pays, l'ont fortifié dans son opinion d'un écroulement moral de la France, ont été un mauvais exemple pour les hésitants sur l'attitude à prendre devant l'occupant et une source de découragement pour les résistants »⁹²⁵. Les juges ont donc justifié l'usage de la peine pour sanctionner une conduite considérée comme immorale.

Des arrêts qui, à l'instar de la décision *Terrade*, assimilent les « rapports sexuels avec les Allemands » ayant eu un caractère public à une « aide indirecte à l'Allemagne », Henri Faucher va tirer la règle suivante : les chambres civiques ne doivent pas poursuivre les relations sexuelles avec l'occupant « sauf si elles sont accompagnées d'autres actes répréhensibles [...] (et elles interviennent alors comme *circonstances aggravantes de moralité*), ou si elles sont manifestement si scandaleuses et prennent un tel caractère de publicité qu'elles peuvent être assimilées à une propagande par l'action »⁹²⁶. L'ordonnance codificatrice de l'indignité nationale du 26 décembre 1944 incriminait la propagande par le texte ou par la parole. Par analogie, Henri Faucher admet qu'elle incrimine également la « propagande par le fait » que représentent les relations sexuelles avec l'ennemi qui ont revêtu un caractère public. « Ce faisant, il crée une nouvelle incrimination, et donne à la législation

⁹²³ *Ibid.*

⁹²⁴ SIMONIN (Anne), « Rendre une justice politique ... », *op. cit.*, p. 83.

⁹²⁵ Chambre des mises en accusation, Lyon, 23 mai 1946, *Terrade*, *JCP*, II, 1947, n° 3457.

⁹²⁶ *JCP*, II, 1946, n° 3000 et *JCP*, II, 1947, n° 3457, cités (nous soulignons).

concernant l'indignité nationale une *connotation morale* qu'elle n'avait pas dans le texte de la loi »⁹²⁷. Anne Simonin, dans son étude des décisions rendues par les chambres civiques de la Seine entre 1945 et 1951, souligne qu'en cumulant les « circonstances aggravantes de moralité » – les propos pro-allemands additionnés aux relations avec les Allemands par exemple –, on a créé *ipso facto* de nouvelles infractions, celles-là purement morales⁹²⁸. « Dans le cadre de l'indignité nationale, la technique de l'aggravation, en moralisant la loi, a changé son esprit en dépolitisant l'infraction de lèse-République »⁹²⁹. On peut dès lors se demander « qu'ont fait d'autre les chambres civiques, au lieu de juger la lèse-République, que [de] réprimer l'outrage à la morale publique et aux bonnes mœurs introduit dans la législation [sous la Restauration] »⁹³⁰.

Le législateur et le juge excluent donc en temps ordinaire et en temps d'exception les auteurs de comportements contraires à la moralité publique et aux bonnes mœurs. C'est plus particulièrement le cas encore quand l'auteur de l'infraction est un « agent public » au sens large, incluant les élus. « La conjugaison de la "moralisation" et de la "juridicisation" de la vie politique s'inscrit dans un mouvement de consécration de la règle morale »⁹³¹. Lors des débats parlementaires relatifs au nouveau code pénal, le Garde des Sceaux a souligné que « la prise en compte des valeurs [par le législateur] appar[aisait] également dans le livre IV, avec notamment la répression aggravée des actes de corruption, qui témoigne du souci de l'ensemble de notre société de *moraliser la vie publique* et, ainsi, de mieux asseoir la vie démocratique dans notre pays »⁹³².

§2. La protection de la probité du corps des représentants politiques

Cette moralisation de la vie publique passe d'une part par le développement des incriminations qui concernent les agents publics⁹³³. Ces incriminations ont trait

⁹²⁷ SIMONIN (Anne), « Rendre une justice politique ... », *op. cit.*, p. 85 (nous soulignons).

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 88.

⁹²⁹ *Ibid.*

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 89.

⁹³¹ BELIGH (Nabli), « Fondements de la « moralisation-juridicisation » de la vie politique », *Pouvoirs*, 2015/3, n° 154, p. 152.

⁹³² Ass. Nat., Déb. Parl., 1^{ère} séance du 2 juill. 1992, *JORF*, 3 juill. 1992, p. 3087 (nous soulignons).

⁹³³ MATSOPOULOU (Haritini), « L'éthique et le droit pénal », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 318.

essentiellement à la probité qui renvoie selon Daniel Gutmann à une « morale du devoir »⁹³⁴. Cette moralisation se traduit également par le type de sanctions que le législateur y attache : l'inéligibilité et la démission d'office pour les fonctionnaires et les élus locaux ou la déchéance du mandat de parlementaire pour les élus nationaux. Pour Antony Taillefait, pouvoir priver de son mandat un élu qui n'est pas digne d'exercer cette fonction constitue un « élément de la morale républicaine »⁹³⁵. C'est par deux grandes dispositions (B) que le législateur fait de la notion de probité et à travers elle de cette morale républicaine (A) un intérêt juridiquement protégé par la perte des droits de citoyenneté.

A. La notion de probité

La consécration depuis 1992 dans le code pénal d'une section relative au « devoir de probité » – devoir déontologique emprunté au monde des groupements professionnels –, traduit une volonté de moraliser la vie publique. Au travers de cette notion, la morale et la déontologie viennent irriguer le droit pénal (1). Par elle, le législateur entend sauvegarder la confiance publique, fondement de la démocratie représentative (2).

1. L'origine de la notion de probité

Probe signifie, d'une part, « qui a soin de respecter le bien d'autrui, de remplir les devoirs de la justice »⁹³⁶ et, d'autre part, « qui est plein d'exigence, de rigueur vis-à-vis de soi-même, par rapport à quelque chose ». Aujourd'hui, c'est davantage le sens de l'observation des devoirs, des règles morales, qui l'a emporté. La probité ainsi entendue s'est appliquée dans l'histoire à différentes catégories : elle peut être privée ou publique, s'appliquer aux professionnels, à la politique, etc. Dès le XVIII^e siècle, Domat estimait que ceux qui exercent une charge ne peuvent le faire sans probité. La probité devait, selon l'auteur, être appréhendée comme « la disposition d'esprit et de coeur où il doit être en mesure de s'acquitter dignement de ses fonctions »⁹³⁷.

⁹³⁴ GUTMANN (Daniel), « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Archives de philosophie du droit*, 2000, n° 44, p. 115 s.

⁹³⁵ TAILLEFAIT (Antony), « La déchéance des parlementaires », *RDP*, 2001, n° 1, p. 175.

⁹³⁶ *Dictionnaire de la langue du XIX^e et XX^e siècles*, Paris, Gallimard, 1988, p. 1232-1233.

⁹³⁷ DOMAT (Jean), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Durand, 1777, p. 237.

Si elle s'applique à différents domaines, le cadre d'émergence de la notion reste celui des professions. Ainsi que Jean-Marie Brigant l'a mis en évidence dans sa thèse⁹³⁸, il ressort d'un certain nombre de dispositions juridiques que la probité a pour première caractéristique d'être indissociable de l'exercice d'une profession, c'est-à-dire d'un ensemble de personnes exerçant un même métier. La profession est proche ici de la notion de corporation ou de groupe professionnel. L'auteur remarque que toutes les professions n'éprouvent pas cependant le besoin de se doter d'une exigence morale de probité. Celle-ci n'apparaît que « lorsqu'une activité a, par sa nature, une forte dimension morale potentielle parce qu'elle met aux prises des intérêts humains majeurs et sensibles »⁹³⁹. La probité a pour seconde caractéristique de ne pouvoir émerger qu'au sein d'une profession présentant un certain degré d'organisation⁹⁴⁰ : une organisation professionnelle en mesure de contrôler et de sanctionner la probité exigée est nécessaire. Ce sont ces instances qui pourront prononcer le cas échéant des sanctions disciplinaires. La probité est autrement dit à la fois conçue et mise en œuvre par les ordres professionnels eux-mêmes. Elle relève en ce sens du corporatisme. La probité implique enfin que le groupement professionnel ait un but commun. En tant que règle sociale, elle nécessite « une configuration stable et permanente d'un groupe social consacré à un but commun et organisé autour d'une idée directrice ou d'une source de pouvoir »⁹⁴¹. L'élément fondamental qui fait qu'un groupe devient un groupement réside en effet dans la poursuite de l'« intérêt collectif » : cet intérêt collectif permet d'exprimer et de protéger la raison d'être du groupement, la fonction sociale pour laquelle il s'est constitué.

Déclarer que le cadre d'émergence de la probité est celui 1) d'un groupement professionnel 2) qui présente un certain degré d'organisation et 3) a un but commun, autrement dit que la probité est secrétée, à l'origine, par les professions libérales réglementées en Ordre, c'est avancer que la nature de la probité, au départ, n'est pas juridique *au sens étatique du terme* mais déontologique : « la probité appartient à la morale professionnelle ou plus exactement à la déontologie »⁹⁴². On relèvera qu'à l'origine, la déontologie elle-même n'est pas juridique *tout court* (que la norme juridique soit étatique ou relève d'autres

⁹³⁸ BRIGANT (Jean-Marie), *Contribution à l'étude de la probité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012.

⁹³⁹ REVET (Thierry), « Rapport de synthèse n° 382 », in *Les Déontologies des professions du droit : quel avenir ? Droit interne. Droit comparé*, Paris, Lamy, 2010.

⁹⁴⁰ STOFFEL-MUNCK (Philippe), « Déontologie et droit », in Jean-Louis BERGEL (dir.), *Droit et déontologies professionnelles*, Aix Marseille, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 65.

⁹⁴¹ HAURIUO (Maurice), « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, vol. 2, p. 134.

⁹⁴² BRIGANT (Jean-Marie), *Contribution à l'étude de la probité*, *op. cit.*, p. 29.

instances). Elle est une norme distincte du droit⁹⁴³. Dans son acception originelle, elle ne désigne pas même une morale pratique et professionnelle mais une morale individuelle et philosophique⁹⁴⁴ dont la paternité est attribuée à Jeremy Bentham. Celui-ci aborde ce thème dans son ouvrage posthume de 1834 *Deontology or the science of morality*. Selon l'auteur anglais, le mot Déontologie est dérivé de deux mots grecs, « deontos » (ce qui est convenable) et « logos » (connaissance). La déontologie est donc la connaissance de ce qui est juste ou convenable⁹⁴⁵. Pour le père de l'utilitarisme, « une action est bonne ou mauvaise, digne ou indigne, elle mérite approbation ou le blâme, en proportion de sa tendance à accroître ou à diminuer la somme du bonheur public »⁹⁴⁶. La théorie de Bentham repose sur le principe de maximisation de l'utilité. Le principe d'utilité est identifié avec la maximisation du plaisir, étant entendu que le plaisir en question est celui de toutes les personnes affectées par l'acte qu'on essaie d'évaluer. Nulle pratique n'est intrinsèquement morale ou immorale ; ce sont ses conséquences sur l'utilité totale qui lui donnent un statut éthique : « pour le partisan du principe de l'utilité, la vertu n'est un bien qu'à cause des plaisirs qui en dérivent ; le vice n'est un mal qu'à cause des souffrances qui en sont la suite »⁹⁴⁷. La valeur d'un acte, son utilité, dépendent en conséquence de sa capacité à accroître le bonheur public. La fonction du moraliste est alors de « faire ressortir les rapports qui unissent l'intérêt au devoir, dans toutes les choses de la vie »⁹⁴⁸, de sorte que l'homme trouve un intérêt personnel à la rectitude de son action⁹⁴⁹. La déontologie, dans son acception première, est ainsi une « morale privée, dont l'objectif est de garantir le bien commun »⁹⁵⁰.

La déontologie aujourd'hui s'est éloignée de cette conception originelle. Si l'on utilise plus fréquemment le terme d' « éthique », celui de déontologie apparaît toutefois en tant que doctrine, dans son acception professionnelle, dans l'ouvrage de C. D. Broad, *Five Types of Ethical Theory*, publié en 1930⁹⁵¹. Selon la théorie de l'Institution de Maurice Hauriou, après

⁹⁴³ GUTMANN (Daniel), « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *op. cit.*

⁹⁴⁴ V. KERLEO (Jean-François), « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *Revue d'études benthamiennes*, vol. 13, 2014.

⁹⁴⁵ BEIGNIER (Bernard), « Déontologie », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture juridique*, *op. cit.*, p. 361.

⁹⁴⁶ BENTHAM (Jeremy), *Déontologie et science de la morale*, in *Œuvres de J. Bentham, Jurisconsulte anglais*, t. 3, 3^{ème} éd., Bruxelles, Société belge de librairie, 1840, p. 359.

⁹⁴⁷ BENTHAM (Jeremy), *Traité de législation civile et pénale*, Paris, Bossange, 1802, vol. 1, p. 127.

⁹⁴⁸ BENTHAM (Jeremy), *Déontologie et science de la morale*, *op. cit.*, p. 356.

⁹⁴⁹ GUERIN-BARGUES (Cécile), « La déontologie des ministres au prisme de la Charte du 18 mai 2012 », *Politeia*, n° 26, 2014, p. 30.

⁹⁵⁰ KERLEO (Jean-François), « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *op. cit.*

⁹⁵¹ BROAD (Charlie Dunbar), *Five Types of Ethical Theory*, New York, Harcourt, Brace and Co, 1930, p. 288.

s'être fondées par la force, les organisations créent leurs règles d'organisation et leur déontologie : « les rapports sociaux commencent par s'organiser de façon brutale, par l'activité extérieure ou par la force ; peu à peu, ils se doublent de représentations mentales, les organisations se créent, et les fonctions, puis elles font leur théorie et leur déontologie. En un mot, à l'organisation brute succède l'Institution qui n'est autre que l'organisation pénétrée et entourée des représentations mentales corrélatives »⁹⁵². La déontologie correspond donc à un ensemble de normes qui apparaissent de manière spontanée, et qui régissent les comportements à tenir à l'intérieur d'une organisation, dans notre cas une profession. Elle a pour finalité de préserver la réputation d'une profession.

Cet ensemble de normes apparaît, on l'a dit, indépendamment de toute formalisation juridique. Bentham lui-même envisageait déjà la déontologie comme un ensemble de règles éthiques qui régissent le comportement individuel, indépendamment de toute intervention juridique : pour lui, « il [était] désirable sans doute d'élargir le champ de la morale et de rétrécir celui de l'action politique. La législation n'a que trop empiété sur un territoire qui ne lui appartient pas »⁹⁵³. La déontologie professionnelle, comme la déontologie benthamienne, constitue à l'origine un système normatif distinct du système juridique. Elle va se juridiciser peu à peu par l'introduction de règles et d'instances disciplinaires. On peut donc désormais la définir comme « l'ensemble des règles élaborées par les membres d'un groupe particulier revêtant certains caractères singuliers, prescrivant des devoirs et la conduite à adopter lors de la pratique d'une activité donnée ; *ces obligations étant potentiellement sanctionnées par le droit disciplinaire* »⁹⁵⁴. Si ce devoir déontologique ne s'applique qu'aux membres de la profession, il est un devoir absolu qui déborde le cadre professionnel. Le caractère absolu de la règle déontologique peut s'expliquer par le fait que la profession exercée constitue un état ou un ministère⁹⁵⁵. Qu'est-ce à dire ?

Léon Husson, relativement aux activités professionnelles, a défini trois notions distinctes⁹⁵⁶ : d'une part, la profession ; d'autre part, le métier ; enfin, l'état, mot « qui déborde le domaine des activités professionnelles : il s'applique tout aussi bien qu'à la

⁹⁵² HAURIUO (Maurice), *Leçons sur le Mouvement Social* [1899], Paris, Broché, janv. 2014, p. 99.

⁹⁵³ BENTHAM (Jeremy), *Déontologie et science de la morale*, *op. cit.* p. 360.

⁹⁵⁴ CABROL (Valérie), « Déontologie et droit », *Droit écrit*, n° 2, 2002, p. 49. Du même auteur, v. *Déontologie et droit. Contribution à l'étude des rapports entre ordres normatifs*, L'Harmattan, 2004.

⁹⁵⁵ BRIGANT (Jean-Marie), *Contribution à l'étude de la probité*, *op. cit.*, p. 87.

⁹⁵⁶ HUSSON (Léon), « Les activités professionnels et le droit », *Archives de philosophie du droit*, 1955, t. 2, p. 4.

condition professionnelle, à la condition civile, à la condition politique [...]. Un état, *status*, c'est une façon de se tenir, et par dérivation une manière d'être relativement fixe et durable »⁹⁵⁷. Dire qu'un métier ou une profession est un état, c'est affirmer qu'il entraîne une certaine condition, qu'il assure une certaine position dans la vie sociale. L'exercice d'une profession-état assujettit l'individu dans sa vie personnelle car « la dignité de la fonction rejaillit sur la dignité personnelle, de manière exactement parallèle l'accomplissement de la fonction rejaillit sur l'accomplissement de l'individu »⁹⁵⁸. En même temps qu'elle éclaire le fait que la probité déborde pour le professionnel le cadre de sa fonction, cette référence au terme d'« état » qui s'applique également à la condition politique permet de comprendre comment la probité, de la sphère professionnelle, a pu s'« exporter » dans la sphère publique et politique.

Cette « exportation » s'est faite principalement à travers le code pénal⁹⁵⁹. Si la probité est une production originale ne procédant pas initialement de l'État mais des professions elles-mêmes, elle a fait récemment l'objet d'une consécration juridique autonome dans l'ordre étatique en se diffusant au travers notamment du droit pénal. À travers lui, on apprend que les fonctionnaires entendus au sens large sont tenus à un devoir de probité. On pourrait objecter que la référence au devoir de probité dans le droit étatique préexiste au code pénal de 1992 : dans le droit de la fonction publique justement, la notion semble connue depuis le XIX^e siècle. On ne peut en conclure pour autant que le législateur, dans le code pénal, n'ait fait que transposer une obligation statutaire à laquelle seraient tenus les fonctionnaires par leur déontologie. D'une part, l'existence d'une exigence de probité en droit de la fonction publique n'est que partielle : les mentions qui en sont faites n'apparaissent pas dans les statuts mais seulement dans la jurisprudence. D'autre part, les contours du devoir de probité ne sont pas identiques en droit pénal et en droit de la fonction publique ; la notion même de fonctionnaire n'a pas le même sens d'ailleurs dans les deux disciplines. Le droit administratif, retenant une approche *statutaire*, définit le fonctionnaire en des termes restrictifs. Le critère retenu pour qualifier une personne de fonctionnaire n'est pas celui des fonctions occupées par l'agent mais celui de la soumission au statut. Le droit pénal a au contraire une vision extensive des personnes physiques exerçant une fonction publique fondée sur un critère non

⁹⁵⁷ *Ibid.*

⁹⁵⁸ GUINOT (Thierry), *L'huissier de justice, normes et valeurs. Éthique, déontologie, discipline et normes professionnelles*, Paris, 2004, p. 127.

⁹⁵⁹ Sur la probité en particulier publique en droit pénal, v. BAVITOT (Alexis), *La probité publique en droit pénal*, PUAM, 2019.

pas statutaire mais *fonctionnel* : est fonctionnaire celui qui exerce une mission participant à la gestion des affaires publiques, ce qui inclut aussi les personnes investies d'un mandat électif.

Cette inscription ou réception dans l'ordre juridique étatique de la probité à travers le droit pénal appelle trois remarques : en premier lieu, il n'est pas étonnant que des différentes branches du droit, ce soit le droit pénal qui manifeste une attention particulière à l'égard de ce devoir déontologique qu'est la probité. Le droit pénal, à l'instar du droit disciplinaire, a le souci de préserver l'ordre au sein d'une collectivité. Il est par ailleurs la discipline juridique la plus sensible aux valeurs émanant d'une collectivité. En second lieu, le fait de ne plus parler de « forfaiture et de crimes et délits commis par des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions », comme dans le code pénal de 1810, mais de « manquements au devoir de probité », traduit la volonté de moraliser la vie publique. Le choix d'une expression plus déontologique que juridique pour qualifier ce type d'atteintes révèle que la morale vient irriguer le droit pénal et, à travers lui, la sphère publique et politique. En dernier lieu, cette catégorie des atteintes à la probité regroupe des infractions qui constituent des « abus de fonction ». Jean-Marie Brigant relève que de ce point de vue, les peines les plus adaptées sont les interdictions professionnelles et l'inéligibilité car elles touchent à l'essence même de la probité : sa dimension professionnelle, ou du moins fonctionnelle. Dans les faits, c'est entre autres par la sanction de l'inéligibilité que le législateur, par différentes lois successives, va chercher à moraliser la vie publique.

2. Le fondement de l'exigence de probité

Le fondement de cette exigence de probité est moral. Derrière chaque infraction du bloc contenu dans le code pénal apparaît la volonté de sanctionner des pratiques qualifiées en elles-mêmes d'immorales. Le fondement est aussi et avant tout politique : ces pratiques qualifiées d'immorales abolissent en effet la confiance qui rend possible le mécanisme de la représentation. En érigeant la probité comme valeur supérieure au sein du code pénal, le législateur cherche à faire respecter la confiance qui doit exister entre l'autorité et ses agents et l'autorité et le public. À l'instar des professions libérales, l'exercice d'une fonction publique y compris élective fait appel aux mécanismes que sont la relation de confiance et la mission sociale. La confiance « occupe [d'ailleurs] une place centrale dans les discours relatifs au suffrage [...] de Mounier à Sieyès, de Thouret à Robespierre et de Duport à

Roederer, tous ont célébré dans l'élection le moyen [...] grâce auquel le peuple serait rassuré d'être toujours dirigé par des hommes dignes de sa confiance »⁹⁶⁰. Thème central du discours politique, la confiance serait, pour Patrice Gueniffey, une notion permettant de « tempérer le caractère virtuellement absolu de l'indépendance de la représentation »⁹⁶¹. La notion de confiance est en effet fondatrice du système représentatif à la fin du XVIII^e siècle.

Dès 1789, la démocratie représentative s'est appuyée sur la confiance du peuple, dont Emmanuel Joseph Sieyès disait que, « si le pouvoir vient d'en haut, elle doit venir d'en bas ». Que ce soit chez Hobbes, qui fait de la confiance, de la foi dans l'autre, « la deuxième loi de nature » ou chez Locke, pour qui la confiance, qui est le devoir naturel de « tenir promesse », est le lien essentiel qui unit les gouvernants et les gouvernés mais aussi le critère de l'éventuel renversement d'un gouvernement, la confiance politique est la « vertu centrale » d'une société fondée sur le contrat. La confiance est « l'autre face de la vertu » en tant que principe politique⁹⁶². S'exprimant à Albi le 30 juillet 1903, Jean Jaurès imaginait en ce sens la République comme « un grand acte de confiance »⁹⁶³. L'exigence d'exemplarité des responsables politiques qui se pose traditionnellement en termes de probité participe à la qualité du rapport de confiance entretenu avec les citoyens.

Loin d'être obsolète, cette notion continue aujourd'hui encore de structurer les rapports entre les citoyens et leurs gouvernants au sens large. On relèvera que c'est le terme de « confiance » qu'a choisi l'auteur du rapport *Renouer la confiance publique* rendu en 2015 par Jean-Louis Nadal et sur lequel prend appui la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique qui crée un nouvel article 131-26-2 dans le code pénal instituant une nouvelle peine d'inéligibilité. C'est ce même vocable que l'on retrouve dans l'intitulé de la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique qui élargit la peine d'inéligibilité posée par l'article 131-26-2 à de nouvelles infractions. La privation des droits civiques vient sanctionner la rupture du lien de confiance. C'est d'ailleurs parce qu'« alors qu'il était investi d'un mandat électif public, il a trompé la *confiance* du peuple souverain » en

⁹⁶⁰ GUENIFFEY (Patrice), *Le nombre et la raison : la Révolution française et les élections*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1993, p. 128.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 129

⁹⁶² PETTIT (Philip), *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, trad. P. Sévidan et J.-F. Spitz, Paris, Gallimard, 2004, p. 351.

⁹⁶³ Cité par DUCLERT (Vincent), *Réinventer la République. Une constitution morale*, Paris, Armand Colin, 2013, p. 1.

commettant une infraction portant atteinte au devoir de probité (prise illégale d'intérêts) qu'Alain Juppé, condamné en 2004, a été déchu de ses droits électoraux⁹⁶⁴. La privation des droits politiques en général, et l'inéligibilité en particulier constituent un des moyens de mise en œuvre de la notion de probité.

B. La mise en œuvre de la probité

En commémoration de la Révolution française de février 1848, ont été mises en circulation la même année des pièces de monnaie portant la devise républicaine « *Liberté – Égalité – Probité – Fraternité* »⁹⁶⁵. Après la corruption et la méfiance qui ont marqué la Monarchie de Juillet, la II^{de} République a voulu symboliser l'avènement d'une certaine éthique de la part de tous, et notamment des serviteurs de l'État⁹⁶⁶. Le débat sur cette morale républicaine s'est précisément cristallisé autour de la probité⁹⁶⁷. La mise en œuvre de cette morale républicaine posait cependant un problème de fond : « d'un côté, la République d[evait] être conduite par des hommes vertueux, d'un autre côté, la souveraineté du suffrage sembl[ait] écartier tout contrôle de cette vertu en dehors du suffrage »⁹⁶⁸. Déchoir de son mandat législatif⁹⁶⁹ en raison d'une condamnation entraînant l'inéligibilité un homme élu par le peuple, c'était semble-t-il remettre en cause le suffrage universel. Pour un certain nombre de députés, la déchéance du mandat législatif était inconcevable dans un régime représentatif. Aucun motif, aucune autorité ne pouvait dépouiller les élus du suffrage universel de leur fonction. Responsables devant leurs électeurs, seul le vote pouvait les exclure de la Chambre, en leur préférant un autre candidat.

À l'encontre de cette thèse, Déroulède fut déclaré en 1901 déchu de son mandat par 332 voix contre 117. La majorité a en effet considéré que la déchéance du mandat législatif était possible compte tenu des caractères du régime parlementaire désormais admis par la France. Ce que résume parfaitement Esmein en écrivant que « les principes suffiraient à eux seuls

⁹⁶⁴ Trib. corr. de Nanterre, 30 janv. 2004, *Alain Juppé*.

⁹⁶⁵ Cité par BRIGANT (Jean-Marie), *Contribution à l'étude de la probité*, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁶⁶ POIRMEUR (Yves), « L'homme politique et les bonnes mœurs. Construction et usages d'un répertoire de stigmatisme », in CURAPP, *Les bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 306.

⁹⁶⁷ BRIGANT (Jean-Marie), *Contribution à l'étude de la probité*, *op. cit.*, p. 11 (citant notamment *Réflexions sur la probité publique*. Signé : *Un avocat*, Douai, Impr. Adam d'Aubers, 1848 ; FONTAINE Adolphe-Louis, *Liberté, Égalité, Fraternité, Probité. De Melun aux électeurs de Seine-et-Marne*, 1848).

⁹⁶⁸ TAILLEFAIT (Antony), « La déchéance des parlementaires », *op. cit.*, p. 175.

⁹⁶⁹ Sur le sujet, v. LEBLANC (Louis), *La déchéance du mandat législatif*, th. doct., Université de Paris, Paris, Mesnil-sur-l'Estrée, Firmin-Dido et Cie, 1906.

pour reconnaître aux Chambres le droit de déclarer [...] un de leurs membres déchu de ses fonctions. Mais les textes ne manquent pas »⁹⁷⁰. Nous verrons plus longuement dans le chapitre 5, lorsque l'on parlera de la vérification des pouvoirs, que la thèse de la souveraineté du suffrage universel qui place ledit suffrage au-dessus de l'application de la loi n'a en général pas été acceptée par les Chambres. Pour Antony Taillefait, ce débat met en évidence une phase de la formation de la morale républicaine. La Troisième République de 1877 jusque vers 1910 est une période de lutte pour la fondation de la République, « un combat pour la fondation d'une morale républicaine »⁹⁷¹. Pour l'auteur, cette morale est « très clairement une morale néo-kantienne »⁹⁷², « une morale du devoir éclairé par la raison »⁹⁷³. Dans certaines hypothèses que la morale condamne, le représentant de la Nation doit pouvoir être déchu de sa fonction en cours de mandat. La morale républicaine fait donc admettre un système de déchéances des parlementaires qui a été prévu pour la première fois en droit français par la loi électorale du 15 mars 1849. Aux termes de l'article 80 de ladite loi, « tout membre de l'Assemblée nationale qui, pendant la durée de son mandat législatif, aura été frappé d'une

⁹⁷⁰ ESMEIN (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 934. Esmein, pour qui la Chambre est obligée de respecter et d'appliquer la loi, a bien mis en évidence la double erreur sur laquelle repose la thèse de la souveraineté du suffrage universel (V. ESMEIN Adhémar, « Notes de jurisprudence parlementaire - La déchéance des députés et des sénateurs », *Revue politique et parlementaire : questions politiques, sociales et législatives*, Paris, 1894, p. 295-314). En premier lieu, celui-ci démontre que le souverain est obligé de respecter la Constitution et les lois. Quand bien même ce serait réellement la nation, la nation souveraine qui élirait les députés, elle ne saurait revendiquer un droit d'élire ceux que la loi déclare inéligibles à ce moment-là ou un droit de conserver comme ses représentants ceux que la loi déclare incapables d'en exercer les fonctions. Le souverain, comme les citoyens, est obligé de respecter la Constitution ou les lois. Il peut les abroger ou les changer ; mais tant qu'elles existent, il ne peut substituer sa volonté arbitraire à la règle de droit qu'elles ont édictée. Le droit que cette thèse voudrait établir au profit du peuple n'est autre que celui revendiqué pour les rois dans l'ancienne monarchie : quand le roi intervenait en personne, à propos d'une affaire déterminée, pour décider un acte de gouvernement, d'administration ou de justice, il pouvait le faire librement, arbitrairement, sans tenir compte des lois en vigueur. S'inscrivant en rupture avec l'Ancien Régime, la Constitution de 1791 proclame à l'inverse le principe qu'« il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle [...] ». En second lieu, la thèse de la souveraineté du suffrage universel admet qu'une circonscription électorale, ou plutôt même la majorité des électeurs qu'elle comprend, est, quant à son autorité, identique à la souveraineté nationale. Mais cela est contraire au principe fondamental contenu à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel : « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». Aussi, lorsque l'Assemblée Constituante a établi en France un gouvernement représentatif et que, par la force des choses, elle a dû diviser les électeurs en groupes régionaux pour l'élection des députés, elle a eu soin d'établir que chaque collège électoral n'était point une fraction indépendante de la souveraineté nationale agissant en cette qualité ; qu'il exerçait seulement les droits que la nation lui confiait et qu'elle le chargeait simplement d'élire pour elle un certain nombre de députés. Ainsi que l'a bien dit le rapporteur Laferre, « la Chambre ne pourra jamais admettre que, si une circonscription électorale s'obstinait à envoyer ici des inéligibles, nous fussions obligés de les accepter sans avoir le droit de les expulser. Il n'a jamais été admis qu'une fraction du peuple pût représenter la souveraineté nationale tout entière » (*JO* du 5 mars 1901, p. 610).

⁹⁷¹ TAILLEFAIT (Antony), « La déchéance des parlementaires », *op. cit.*, p. 178.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 179.

⁹⁷³ BADINTER (Robert), « Morale et politique », *Revue administrative*, 1995, p. 575.

condamnation emportant [...] l'incapacité d'être élu », sera déchu de son mandat. Le système de la déchéance ne connaîtra par la suite que des ajustements.

Aujourd'hui, sur le fondement de l'article L.O 136 c. élect., la déchéance frappe le parlementaire dont l'inéligibilité se révèle après son élection. La déchéance est prononcée par le Conseil Constitutionnel à la demande du bureau de l'Assemblée concernée ou du ministre de la Justice. Dans l'hypothèse où l'inéligibilité résulte d'une sanction pénale, le Conseil est saisi par le ministère public de la juridiction qui a prononcé la condamnation. S'agissant des députés européens, la déchéance de mandat est constatée par décret du Premier ministre⁹⁷⁴. La déchéance se distingue de la démission d'office prononcée par le Conseil constitutionnel soit lorsque le parlementaire méconnaît le régime des incompatibilités (art. L.O 151 al. 6 c. élect.) soit lorsqu'il est déclaré inéligible par le même Conseil Constitutionnel pour n'avoir pas déposé son compte de campagne ou avoir dépassé le plafond autorisé des dépenses de campagne (art. L. 118-3 et L. 136-1 c. élect.). On ajoutera que la déchéance du mandat n'est pas propre aux parlementaires. Elle concerne toutes les élections politiques. L'article L. 236 du code électoral par exemple dispose que tout conseiller municipal qui, pour une cause survenue postérieurement à son élection, se trouve dans un cas d'inéligibilité, doit être déclaré démissionnaire d'office par le préfet.

Pour mettre en œuvre et garantir la probité aujourd'hui, le législateur va comme par le passé instaurer des peines d'inéligibilités s'appliquant à ceux qui contreviennent à ce devoir : ainsi des dispositions de l'article L. 7 c. élect. (a) qui sera remplacé, après son abrogation, par de nouvelles peines d'inéligibilité en 2013, 2016 et 2017 (b). Cette inflation législative, dans un contexte d'« affaires », marque l'importance de la valeur de la probité et plus généralement de la morale républicaine pour la notion contemporaine de citoyenneté.

1. L'ancien article L. 7 du code électoral

L'article L. 7, issu de la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, ressuscite le système abrogé en 1992 de l'article L. 5 c. élect. On rappellera qu'au lendemain de l'adoption du nouveau code pénal de 1992, l'ensemble des incapacités électorales définitives ou temporaires attachées de plein droit à une condamnation pénale ont

⁹⁷⁴ CE, 8 janv. 1997, *Tapie*, *AJDA*, 1997, p. 288.

disparu tant du code pénal que du code électoral. C'était sans compter cependant sur ce que le législateur, moins d'un an après l'entrée en vigueur du code pénal, réintroduise dans le code électoral une interdiction automatique d'inscription sur la liste électorale pour les personnes condamnées du chef d'infractions portant atteinte à l'administration : le nouvel article L. 7 dispose que « ne doivent pas être inscrites sur la liste électorale, pendant un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive, les personnes condamnées pour l'une des infractions prévues par les articles 432-10 à 432-16, 433-1, 433-2, 433-3 et 433-4 du code pénal ou pour le délit de recel de l'une de ces infractions, défini par les articles 321-1 et 321-2 du code pénal ». Outre le recel, cette énumération concerne essentiellement les atteintes à l'administration commises par les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public⁹⁷⁵. Regroupées dans la section du code pénal intitulée « des manquements au devoir de probité », les infractions visées comptent parmi les plus graves dans le domaine économique et financier : ne doivent pas être inscrits sur les listes électorales les personnes exerçant une fonction publique au sens large condamnées du chef de concussion, délit protégeant les citoyens contre les abus d'autorité commis par les agents publics chargés de recouvrer ou de gérer l'argent public ; de trafic d'influence et de corruption passive, infraction complexe qui peut se définir, pour le secteur public, « comme l'agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite, propose ou agréée, cède à un don, une offre ou une promesse, en vue d'accomplir, retarder ou omettre d'accomplir un acte entrant, d'une façon directe ou indirecte, dans le cadre de ses fonctions »⁹⁷⁶ ; de prise illégale d'intérêts, délit qui réprime la confusion entre les intérêts privés d'un agent public ou d'une personne investie d'un mandat électif public et les intérêts de la collectivité à laquelle il appartient ; de violation des règles de passation des marchés ; de délégations de service public et de soustraction ou de détournement de biens.

La probité politique commande de ne pas user de son pouvoir pour se servir soi-même. Mais rendre un service désintéressé, c'est aussi ne pas servir ses amis ou à tout le moins ne pas faire de favoritisme. La loi pénale vient surtout rappeler aux femmes et aux hommes

⁹⁷⁵ L'énumération de l'article L. 7 recouvre également les atteintes contre l'administration commises par des particuliers reconnus coupables de corruption active et de trafic d'influence, de menaces et d'actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique ainsi que de détournement de biens contenus dans un dépôt public.

⁹⁷⁶ Service central de prévention de la corruption, « La prévention de la corruption en France : état des lieux, chiffres clés, perspectives, jurisprudence », Rapport pour l'année 2013 au Premier ministre et au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, La Documentation française, 2013, p. 105.

politiques qu'ils sont au service de l'intérêt général⁹⁷⁷. Une condamnation définitive du chef de l'une de ces infractions entraînait la radiation des listes électorales et donc la perte de la qualité d'électeur pour cinq ans. Celle-ci, à son tour, emportait de plein droit, en vertu de l'article L.O. 130 c. élect., une inéligibilité d'une durée de 10 ans. Par comparaison, l'interdiction d'exercer une fonction publique élective prononcée par le juge en tant que peine complémentaire sur le fondement de l'article 131-26 al. 2 c. pén. ne pouvait excéder 5 ans en cas de délit⁹⁷⁸.

L'article L. 7 a pu être critiqué au motif que pour la plupart des infractions visées, le code pénal prévoyait déjà que le juge pouvait, en application de l'article 131-26 du c. pén., prononcer la peine d'interdiction des droits civiques. Cette faculté laissée au juge n'est cependant d'aucune incidence sur l'incapacité prévue par l'article L. 7 qui s'applique automatiquement. C'est ce qu'a rappelé fermement la Cour de cassation dans l'arrêt *Ferrari* du 3 février 2000⁹⁷⁹. En l'espèce, pour rejeter la tierce opposition formée par un tiers électeur contre un jugement ordonnant la réinscription d'un intéressé sur la liste électorale d'une commune, la Cour d'appel a considéré que dans la mesure où le tribunal correctionnel, alors qu'il avait la possibilité de priver l'intéressé de ses droits de vote et d'éligibilité, n'avait pas usé de cette faculté, celui-ci ne devait pas, de plein droit et par le seul effet de l'article L. 7, être radié de la liste électorale. La deuxième chambre civile a cassé cette décision en faisant observer que l'exigence posée par le tribunal du prononcé d'une peine complémentaire était contraire à l'article L. 7 qui, par son seul effet, entraîne la radiation de plein droit de la liste électorale. L'article L. 7 s'applique nonobstant la circonstance que le juge n'a pas prononcé de peine restrictive de l'exercice des droits civiques⁹⁸⁰. Le juge de l'élection qui, hors le cas de manœuvre, n'est pas compétent pour apprécier la régularité des inscriptions sur les listes électorales, a *compétence liée* pour tirer les conséquences d'une décision judiciaire entraînant une déchéance de plein droit du droit de vote – et par suite d'éligibilité – d'un électeur⁹⁸¹. Il en va de même de la démission d'office que l'administration est tenue de déclarer lorsque la personne condamnée pour l'une des infractions visées dans l'art. L. 7 c. élect. exerce un

⁹⁷⁷ PIN (Xavier), « Propos conclusifs », in Evan RASCHEL (dir.), *Politique et droit pénal*, Lexbase Pénal, déc. 2018, n° 11.

⁹⁷⁸ En cas de crime, la durée de l'inéligibilité peut aller jusqu'à 10 ans.

⁹⁷⁹ Cass., 2^e civ., 3 févr. 2000, *Mme Ferrari c. Menut*, n° 99-60350, *Bull. civ. II.*, n° 24.

⁹⁸⁰ CE, 24 nov. 2008, *Él. mun. de Thérines*, n° 317732 ; *AJDA*, 2009, p. 1304, chron. Liéber et Botteghi.

⁹⁸¹ V. en ce sens TA Versailles, 27 sept. 2001, *Él. mun. de Carrières-sous-Poissy*, n° 01.1350/1355/1356.

mandat⁹⁸². Les articles L. 7 du code électoral et 131-26 du code pénal sont donc bien deux sanctions distinctes qui ont des régimes et des implications différentes.

L'article L. 7, contrairement à l'article 131-26 c. pén., s'applique donc de plein droit. Il doit être mis en œuvre même s'il semble de prime abord contrevenir à l'article 132-21 al. 1^{er} c. pén. qui dispose que « l'interdiction de tout ou partie des droits civiques, civils et de famille mentionnés à l'article 131-26 ne peut, *nonobstant toute disposition contraire*, résulter de plein droit d'une condamnation pénale ». La chambre civile de la Cour de cassation en a ainsi jugé le 1^{er} mars 2001⁹⁸³. Dans cette espèce, le requérant avait été condamné pour délit de favoritisme. Le sous-Préfet avait dès lors saisi le tribunal d'instance pour que celui-ci soit radié des listes électorales. Le tribunal a cependant débouté le sous-préfet de sa demande en affirmant que « ce texte est contraire au principe de prohibition absolue de toute interdiction des droits civiques résultant de plein droit d'une condamnation pénale prévu par l'article 132-21 (alinéa 1, c'est important) du Code pénal ». La Cour de cassation a cassé ce jugement, affirmant que « les dispositions de l'article L. 7 du Code électoral, dans sa rédaction issue de la loi du 19 janvier 1995, *déroge* au principe antérieurement posé par l'article 132-21 du Code pénal ».

En décidant d'instituer l'article L. 7 c. élect. alors que le code pénal prévoyait déjà une sanction similaire et prohibait par ailleurs le principe des peines accessoires, le législateur a souhaité renforcé la protection de la moralité politique. Que par la déchéance des droits électoraux, l'article L. 7 vise à préserver l'intégrité, la probité du corps politique, c'est ce qui ressort de la lecture des travaux préparatoires de la loi de 1995 sur le financement de la vie politique : issu d'un amendement gouvernemental (n° 76), l'article L. 7 du code électoral a été conçu avant tout comme un instrument de moralisation de la vie politique. « Tent(er) d'étayer la morale par le droit »⁹⁸⁴, c'était là l'unique voie semble-t-il pour « réagir à (la) gangrène » causée par les scandales politico-financiers, la mise en examen de hautes personnalités, en somme par les « affaires liées de près ou de loin au financement des activités politiques », qui « étaient de nature à faire naître dans l'opinion une suspicion généralisée à l'encontre des

⁹⁸² V. par ex. CE, 10 janv. 2001, *M. Paeamara*, n° 225564, *Lebon*, p. 11 ; *Dr. adm.*, 2001, comm. n° 60, note Maugué : dans cette espèce, le Conseil d'État a décidé que le Haut-Commissaire de la République en Polynésie française était tenu de déclarer l'intéressé démissionnaire d'office de son mandat de conseiller territorial, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que la commission administrative compétente ne l'avait pas préalablement rayé des listes électorales.

⁹⁸³ Cass, 2^e civ., 1^{er} mars 2001, n° 01-00584, *Bull. civ.*, n° 33.

⁹⁸⁴ Ass. Nat., Déb. Parl., 1^{ère} séance du mardi 13 déc. 1994, *JORF*, p. 8927.

responsables politiques »⁹⁸⁵. Les trois propositions de lois présentées à cet effet à l'Assemblée nationale cherchaient pour l'essentiel à encadrer davantage les règles de financement des campagnes et des dépenses électorales ainsi que le financement des partis politiques.

Lors de la première séance de discussion du projet, le député M. Ernest Moutoussamy proposa un moyen supplémentaire pour moraliser la vie politique : à savoir, l'inéligibilité à vie et l'interdiction d'exercer dans la fonction publique territoriale ou d'État⁹⁸⁶. Le gouvernement présenta dans la deuxième séance de la journée l'amendement à l'origine de l'article L. 7, qui reprenait la proposition n° 16 du rapport de Mme Rozès⁹⁸⁷, relative à l'inéligibilité des élus convaincus de corruption, de trafic d'influence ou de recel. Le rapport de la Commission présidée par Simone Rozès, premier président honoraire de la Cour de Cassation, justifie ainsi ladite proposition : « il est apparu souhaitable à la Commission qu'un élu convaincu d'agissements contraires à l'intégrité soit privé de tous ses mandats électifs. La Commission propose donc que soient insérées dans le Code électoral des dispositions qui rendent inéligibles les élus »⁹⁸⁸. À l'instar de Mme Rozès, le ministre de l'intérieur M. Pasqua affirma, au Sénat, que « la moralisation de la vie publique suppose [...] que les personnes convaincues de corruption, de trafic d'influence, d'ingérence ou de recel ne puissent plus participer à la vie politique »⁹⁸⁹. Les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public ayant manqué à leur devoir de probité doivent être exclues de la vie politique, du corps des électeurs et des élus.

Si cet amendement, adopté sans débat à l'Assemblée et au Sénat, ne retint pas comme on le sait l'inéligibilité à vie mais l'interdiction d'inscription sur les listes électorales pour une durée de cinq ans – laquelle entraînait une inéligibilité de dix ans –, il révèle que pour le Parlement, les manquements au devoir de probité font par eux-mêmes obstacle à la participation à la chose publique et au pouvoir politique : comme le disait le rapport de Mme Rozès, « la corruption publique altère le lien entre gouvernant et gouverné, élu et électeur, défait le contrat social »⁹⁹⁰. Les juges le mettront d'ailleurs en évidence à l'occasion de l'affaire dite des emplois fictifs de la ville de Paris : « la nature des faits commis est

⁹⁸⁵ Ass. Nat., Rapport n° 1776, au nom de la Commission des Lois, de M. Béteille, déposé le 7 déc. 1994, p. 5.

⁹⁸⁶ Ass. Nat., Déb. Parl., 2^{ème} séance du mardi 13 déc. 1994, *JORF*, p. 8962.

⁹⁸⁷ *Ibid.*

⁹⁸⁸ « Propositions de lutte contre la corruption : les rapports Seguin et Rozès », in *Regards sur l'actualité : mensuel de la vie publique en France* n° 207, La Documentation française, 1995, p. 3-27.

⁹⁸⁹ Sénat, Déb. Parl., séance du 21 déc. 1994, n° 121, *JORF*, p. 7897.

⁹⁹⁰ « Propositions de lutte contre la corruption : les rapports Seguin et Rozès », *op. cit.*

insupportable au corps social comme contraire à la volonté générale exprimée par la loi ».

Dans cette affaire, le principal protagoniste avait le 30 janvier 2004 été reconnu coupable, en première instance, de prise illégale d'intérêts pour la période du 19 janvier 1995 au 30 avril 1995. Il a dès lors été condamné à une peine d'emprisonnement de dix-huit mois avec sursis. Par ailleurs, le tribunal correctionnel avait refusé la non-inscription de la peine au bulletin n° 2 du casier judiciaire qui aurait relevé le condamné de toute incapacité. Par conséquent, par l'effet de l'article L. 7 du code électoral qui inclut le délit de prise illégale d'intérêts parmi les causes de déchéance, le condamné ne devait pas être inscrit sur la liste électorale pendant un délai de 5 ans et devenait inéligible pour une durée de 10 ans. Au-delà de sa solution, la rédaction même de la décision mérite que l'on s'y attache. Les termes employés par les juges dans cette affaire confirment en effet la portée morale que les parlementaires ont entendu donner à l'article L. 7. Relevant qu'Alain Juppé avait agi sciemment pour prendre directement ou indirectement un intérêt, se rendant coupable « d'un abus de fonction », le jugement va ensuite beaucoup plus loin en situant certains attendus sur le terrain de la moralité :

« Attendu que les valeurs de la République et les valeurs du service public constituent le cœur de l'enseignement dispensé dans les grandes écoles de la République, qu'Alain Juppé a précisément été formé dans celles-ci, qu'il a ensuite exercé comme haut fonctionnaire puis joué un rôle éminent dans la vie publique notamment comme membre du Parlement, ceci excluant qu'il ait ignoré l'état du droit au regard des faits dont il est déclaré coupable [...]. Que la nature des faits commis est insupportable au corps social comme contraire à la volonté générale exprimée par la loi ; qu'agissant ainsi, Alain Juppé a, alors qu'il était investi d'un mandat électif public, trompé la confiance du peuple souverain. [...] »

L'intéressé a interjeté appel : la Cour d'appel de Versailles⁹⁹¹ a confirmé la culpabilité et l'inscription de la peine au casier et l'a condamné également à une peine d'emprisonnement avec sursis. Toutefois, bien que prononçant une peine complémentaire d'interdiction des droits de vote et d'éligibilité pour une durée d'un an, la Cour a relevé le requérant de l'interdiction de l'article L. 7 en application de l'article 132-21 du code pénal. Nous l'avons mentionné précédemment : le législateur, dans l'alinéa 1 de cet article, a cherché à prohiber et ce, « nonobstant toute disposition contraire », l'interdiction des droits civiques, civils et de famille résultant de plein droit d'une condamnation pénale. Cette prohibition posée, il a entendu, en outre, réserver au condamné la faculté d'obtenir le relèvement d'une interdiction, déchéance ou incapacité quelconque résultant de plein droit, en application de dispositions

⁹⁹¹ CA Versailles, 1^{er} déc. 2004, *Alain Juppé et autres*, n° 04/00824, *AJDA*, 2005, p. 435, note J.-Y. Vincent.

particulières, d'une condamnation pénale (C. pén., art. 132-21 al. 2). Les juges étaient-ils dès lors autorisés, sur le fondement de cet alinéa, à relever l'intéressé des déchéances résultant de plein droit de l'application de l'article L. 7 c. élect. ?

La doctrine, sur ce point, est divisée. Dans ses conclusions sous les arrêts du Conseil d'État du 1^{er} juillet 2005 *Ousty* et *Gravier*, Emmanuel Glaser fait part de ses doutes quant à la solidité juridique de la solution de la Cour d'appel de Versailles⁹⁹². D'une part, nous avons vu que la Cour de cassation a jugé que l'article L. 7 était applicable nonobstant le principe de prohibition de toute interdiction des droits civiques résultant de plein droit d'une condamnation pénale⁹⁹³. D'autre part, on peut remettre en question le fait que la procédure de relèvement instituée par le second alinéa de l'article 132-21 soit applicable à l'incapacité de l'article L. 7 : en effet, il résulte des travaux préparatoires du nouveau code pénal que cet alinéa ne visait que les interdictions, déchéances ou incapacités autres que l'interdiction des droits civiques, civils et de famille mentionnés au premier alinéa, à savoir les interdictions professionnelles. L'arrêt s'expliquerait selon cette hypothèse par la « mort politique » qu'une inéligibilité de 10 ans eût entraîné pour l'intéressé, ce qu'ont voulu éviter les juges.

Les dispositions de l'article L. 7 c. élect. seront censurées en 2010 par le Conseil constitutionnel en ce qu'elles méconnaissent le principe d'individualisation des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁹⁹⁴. Par une décision d'Assemblée en date du 11 décembre 2006⁹⁹⁵, le Conseil d'État en avait déjà limité la portée en matière de droit de la fonction publique. Dans l'arrêt *Nicolai*, le Conseil d'État a en effet établi que les dispositions de l'art. L. 7 n'entraînent plus la radiation des cadres de la fonction publique par application de l'art. 24 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. En l'espèce, M. Nicolai, régisseur des recettes d'un musée, avait organisé une fausse billetterie grâce à laquelle il avait détourné des sommes importantes d'argent. Mme Nicolai, qui était agent d'entretien de la commune, avait pour sa part été condamnée pour recel des sommes ainsi détournées. Sur le fondement de l'art. L. 7, elle a été déchue de plein droit de son droit de vote. Or, les articles 5 al. 2 et 24 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prévoient que « nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire [...] 2° S'il ne jouit

⁹⁹² GLASER (Emmanuel), concl. sous CE, 1^{er} juill. 2005, *Ousty* et *Gravier*, *RFDA*, 2006, p. 258.

⁹⁹³ Cass. 2^{ème} civ., 3 févr. 2000, n° 99-60.350, *Bull. civ. II*, n° 24 et 1^{er} mars 2001, n° 0100.584, *Bull. civ. II*, n° 33.

⁹⁹⁴ Voir chapitre 6.

⁹⁹⁵ CE, Ass., 11 déc. 2006, *Mme Nicolai*, n° 271029, *Lebon*, p. 15.

de ses droits civiques » et qu'il doit être radié de la fonction publique. En application de l'article 24, le maire a radié Mme Nicolai des cadres de la commune.

Contre toute attente, le Conseil d'État a considéré que « faute pour la condamnation de Mme Nicolai d'avoir été assortie d'une peine complémentaire de privation des droits civiques prise sur le fondement de l'article 131-26 du code pénal, celle-ci ne pouvait être regardée comme déchu de ses droits civiques au sens et pour l'application de l'article 24 de la loi du 13 juillet 1983 ». En d'autres termes, la déchéance des droits civiques de nature à entraîner la radiation des cadres ne peut résulter selon le Conseil d'État que d'une condamnation prononcée sur le fondement de l'art. 131-26 C. pén et non plus de l'article L. 7 c. élect. Faisant siennes les conclusions à juste titre qualifiées d'« audacieuses »⁹⁹⁶ du Commissaire du Gouvernement, la haute juridiction retient que « la privation du droit de vote et d'éligibilité résultant de l'article L. 7 c. élect. ne constitue pas une privation des droits civiques au sens de l'art. 5 du statut de la fonction publique »⁹⁹⁷. Pour Emmanuel Glaser, une telle distinction n'a rien d'inédit. On sait que le Conseil d'État avait déjà dissocié en 2002⁹⁹⁸ la notion de privation des droits civiques au sens du code électoral et au sens de l'article 5 du statut de la fonction publique. Rappelons qu'il avait estimé en l'espèce que le fait qu'un fonctionnaire ait perdu une partie de ses droits civiques du fait de sa mise sous tutelle ne suffisait pas à justifier sa radiation des cadres au sens du statut de la fonction publique. Il apparaissait clair en effet que « le législateur n'a[vait] entendu proscrire l'occupation d'un emploi public qu'à raison du déficit de moralité que révèle chez une personne la privation de ses droits civiques intervenue en raison d'une condamnation pénale »⁹⁹⁹. Les dispositions de la loi de 1983 ne devaient dès lors s'appliquer que dans le cas où la privation des droits civiques revêtait un caractère répressif.

Dans ses conclusions sur l'affaire *Nicolai*, E. Glaser propose de faire un pas supplémentaire en considérant que lesdites dispositions ne s'appliquent que lorsque la déchéance revêt un caractère répressif *et* qu'elles ont été prononcées par le juge pénal. Pour le

⁹⁹⁶ PEISER (Gustave), « La radiation des cadres pour perte des droits civiques face au nouveau code pénal », *AJDA*, 2007, p. 545.

⁹⁹⁷ GLASER (Emmanuel), « Privation de droits civiques et perte de la qualité de fonctionnaire », concl. sous CE, 11 déc. 2006, *Mme Nicolai*, *RFDA*, 2007, p. 498.

⁹⁹⁸ CE, 22 févr. 2002, *Mutualité de Meurthe et Moselle, Lebon*, p. 56. Voir chapitre 2.

⁹⁹⁹ AUSTRY (Stéphane), « Un majeur placé sous tutelle peut-il être radié des cadres en raison de la perte de ses droits civiques ? », concl. sous CE, 22 févr. 2002, *Mutualité de Meurthe et Moselle*, *Bull. juridique des Collectivités locales*, mai 2002, p. 38.

commissaire du gouvernement, l'examen des travaux préparatoires de la loi du 19 janvier 1995 montrait que le Parlement n'avait jamais envisagé les effets de ricochet de la mesure qu'il adoptait sur la situation des fonctionnaires, dont il n'avait jamais été question dans le débat. Surtout, des raisons laissaient penser que l'article L. 7 c. élect. pouvait ne pas être constitutionnel. Dans ce contexte, « donner la portée la plus grande à l'article L. 7 en lui faisant produire ses effets, par ricochet, à l'encontre des fonctionnaires, [serait revenu] à en aggraver la probable inconstitutionnalité »¹⁰⁰⁰. Aussi le Conseil d'État a-t-il limité la portée de l'article L. 7 au domaine électoral.

Face à la limitation, dans un premier temps, de la portée de l'article L. 7 c. élect. ; confronté, dans un second temps, en 2010, à sa suppression, le législateur, animé par un souci de moralisation de la vie politique, a adopté de nouvelles peines de privation des droits civiques dans le code pénal.

2. Les nouveaux articles 131-26-1 et 131-26-2 du code pénal

En 2015, dans *Le bon gouvernement*, Pierre Rosanvallon a appelé de ses vœux le rétablissement du principe de l'infamie à travers la création d'une peine d'« indignité démocratique » pour les élus coupables de « lèse-démocratie »¹⁰⁰¹. Cette réponse représenterait selon l'auteur une solution possible à l'inefficacité de la sanction du « balai électoral »¹⁰⁰² aux fins d'écarter les politiciens corrompus. Il n'est pas rare en effet de voir des candidats fortement soupçonnés de corruption, voire condamnés pour de tels faits, être absous par les électeurs. Plus qu'électorale, la réponse devrait être morale et fondée sur le déshonneur. Serait par exemple constitutif de « lèse-démocratie » pour Pierre Rosanvallon la fraude fiscale commise par un agent public – infraction pour laquelle le député Emmanuelli suggérait d'appliquer la peine de l'indignité nationale. Selon que l'auteur de l'infraction est un simple particulier – auquel cas la sanction purge la faute – ou un élu du suffrage universel, la différence de portée de la fraude fiscale n'est pas la même. Dans cette dernière hypothèse, la faute rejaillit sur toute la classe politique. Ce qui a été violé n'est pas seulement une règle

¹⁰⁰⁰ Concl. E. Glaser, *préc.*

¹⁰⁰¹ ROSANVALLON (Pierre), *Le bon gouvernement*, Paris, Éditions Point, 2015, p. 374.

¹⁰⁰² Pierre Rosanvallon indique que l'image du balai a été omniprésente dans les années où l'antiparlementarisme s'installait comme une donnée essentielle de la vie politique française au tournant du XX^e siècle : « le balai, c'est-à-dire le balai électoral : tel était pour beaucoup le remède pour écarter les politiciens corrompus, la "pourriture parlementaire" que dénonçait une presse satirique et critique alors en plein essor » (*ibid.*, p. 372).

fiscale mais la confiance publique à laquelle nous avons fait référence précédemment. Pour restaurer la confiance, l'auteur suggère donc d'établir une « peine d'indignité démocratique », sans en préciser toutefois le contenu (éventuellement pénal). Regrettant l'abandon du principe de l'infamie de droit – abandon qui affaiblirait la conception républicaine de la citoyenneté –, Anne Simonin se dit elle aussi convaincue de la nécessité, en droit français, d'instaurer un délit d' « indignité civique » pour certains agissements d'hommes politiques qui ne sont pas concevables dans le cadre républicain¹⁰⁰³. Un tel délit permettrait de répondre à des indignations vertueuses, en sanctionnant ce qui heurte profondément la conscience collective.

Pour assurer la probité des représentants publics sans sacrifier au principe d'individualisation des peines, le législateur n'a pas rétabli le principe de l'infamie. Il a cependant institué une nouvelle sanction pénale-morale en 2016, une peine complémentaire *obligatoire* d'inéligibilité consacrée à l'art. 131-26-2 c. pén¹⁰⁰⁴.

Une première série de lois adoptées en matière de moralisation de la vie politique en 1988, en 1990, en 1993 et en 1995 formait un corpus contraignant pour les responsables politiques. Le rapport de la Commission de réflexion présidée par M. Jean-Marc Sauvé pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique du 26 janvier 2011 puis le rapport de la commission présidée par M. Lionel Jospin pour la rénovation et la déontologie de la vie publique du 9 novembre 2012 ont toutefois souligné les limites du droit en la matière. Ces insuffisances ont donné lieu à un nouveau document remis le 7 janvier 2015 par Jean-Louis Nadal, Président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). Cette autorité a été créée par la loi relative à la transparence de la vie publique du 11 octobre 2013 après l'affaire Cahuzac, en remplacement de la Commission pour la transparence financière de la vie politique. Jean-Louis Nadal a été saisi par le Président de la République à la suite de l'affaire Thévenoud afin de fournir un rapport sur l'exemplarité des « responsables publics » – expression qui inclut dans un même ensemble les membres du Gouvernement et leurs conseillers, les parlementaires, les députés européens, les élus locaux et les agents publics, fonctionnaires ou non.

¹⁰⁰³ Anne Simonin a défendu cette idée dans des interviews radiodiffusées sur France Culture : cf interviews du 29 janv. 2015, « Les peines infamantes ont-elles un avenir ? » ; du 28 février 2015, « L'indignité nationale, résurgence d'une peine infamante » ; du 5 janv. 2016, « Que recouvre la notion d'indignité nationale ? ».

¹⁰⁰⁴ Sur les nouvelles peines d'inéligibilité en droit pénal, v. BAVITOT (Alexis), « Les mutations de la peine d'inéligibilité », in Jean-Marie BRIGANT (dir), *Le risque de corruption*, Paris, Dalloz, 2018, p. 139-147.

Selon les propos de son auteur, « la première préoccupation fut que les [...] recommandations [...] se fondent sur un constat objectif et partagé de la situation du droit de la probité »¹⁰⁰⁵. L'amélioration de la sanction des manquements à la probité constitue dès lors l'un des quatre axes du rapport. Celle-ci¹⁰⁰⁶ comporte trois enjeux. Le premier est celui du perfectionnement des dispositifs permettant de détecter les infractions à la probité commises par les responsables publics. Ces dernières restent en effet actuellement trop souvent méconnues ; dans la mesure où le maniement de fonds publics doit faire l'objet d'une attention particulière, elle implique par ailleurs la responsabilisation des ordonnateurs, par la modernisation de la Cour de discipline budgétaire et financière. Elle requiert enfin et surtout que ceux qui se rendent responsables de graves manquements à leurs obligations soient plus systématiquement écartés de la vie publique, sur décision de leurs pairs ou par l'intervention du juge répressif. À cet effet, Jean-Louis Nadal préconise d'associer à la sanction pénale une sanction politico-morale, sous la forme d'une peine d'inéligibilité.

La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique avait déjà renforcé les conditions d'application de l'inéligibilité pour les élus. Le projet de loi créait une nouvelle peine d'inéligibilité complémentaire de certaines infractions commises par les membres du gouvernement ou les élus du suffrage universel. Contrairement à ce qui avait été proposé, la Commission des lois de l'Assemblée nationale a renoncé à ce que l'inéligibilité puisse être prononcée à titre définitif : d'une part, cette peine pourrait faire l'objet d'une réhabilitation judiciaire ou légale qui, limitant ainsi ses effets dans le temps, rendrait la durée essentiellement symbolique. La Commission doutait par ailleurs de la conformité d'une sanction perpétuelle au regard du principe de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines¹⁰⁰⁷. La Commission a donc jugé plus adapté de relever la durée maximale de l'inéligibilité prévue à l'article 131-26 de cinq à dix ans en matière de délits. Le nouvel article 131-26-1 c. pén. prévoit que par dérogation à l'article 131-26 c. pénal, une peine d'inéligibilité pouvant atteindre dix ans peut être prononcée « à l'encontre d'une personne

¹⁰⁰⁵ NADAL (Jean-Louis), *Renouer la confiance publique. Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, La Documentation française, 2015, p. 8.

¹⁰⁰⁶ Pour une analyse du droit positif en matière d'atteintes à la probité et son évolution récente, v. BRIGANT (Jean-Marie), « Les atteintes à la probité revues et corrigées », *JCP A*, 2014, n° 23 ; CUTAJAR (Chantal), « Analyse du droit positif en matière d'atteintes à la probité », *AJ Pénal*, 2013, p. 70 ; SALOMON (Renaud), « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *Dr. pén.*, 2012, n° 1, étude 2.

¹⁰⁰⁷ Question écrite n° 67990 de M. Christophe Premat, *JO* du 4 nov. 2014, p. 9224 ; Réponse publiée au *JO* le 11 août 2015, p. 6190.

exerçant une fonction de membre du Gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits », lorsque la loi le prévoit expressément.

Le débat sur la durée de la peine a cependant été ravivé par une proposition de loi établissant une inéligibilité définitive contresignée par une trentaine de députés, déposée à l'Assemblée nationale le 19 novembre 2014¹⁰⁰⁸. Le 4 novembre 2014, un parlementaire avait déjà, par une question écrite, demandé au Garde des Sceaux de déterminer la position qu'adopterait le Conseil constitutionnel à l'égard d'une disposition légale instituant une peine d'inéligibilité définitive. La réponse publiée le 11 août 2015 indique qu'il n'était pas possible à ce jour d'y répondre, le Conseil constitutionnel s'étant limité à considérer que seul le juge peut décider de l'incapacité pour un élu d'exercer un mandat public.

En tout état de cause, l'enjeu véritable, pour Jean-Louis Nadal, n'était pas de rendre l'inéligibilité définitive mais d'en faire une sanction plus systématique. Les magistrats sont en effet souvent réticents à prononcer ce type de sanctions, estimant que la décision d'écarter un responsable public de la vie politique appartient aux seuls électeurs¹⁰⁰⁹. En 2010, 2011 et 2012, seules 2,2%, 1,5% et 1,7% des peines prononcées du chef de manquement au devoir de probité ont été assorties d'une privation de la totalité des droits civiques, civils et de famille. En 2012 plus précisément, la privation du seul droit de vote a représenté 0,6% des peines et la privation du seul droit d'éligibilité 1,1%¹⁰¹⁰. En 2013, sur 149 condamnations pour atteinte à la probité publique, seules 2 peines d'inéligibilité ont été prononcées. Entre 1958 et 2016, vingt-trois parlementaires ont été déchus pour inéligibilité survenue en cours de mandat¹⁰¹¹. Les difficultés soulevées par le régime des inéligibilités ne concernent donc pas tant la durée prévue par la loi que l'application trop peu systématique par les juges d'une sanction qui demeure facultative. S'appuyant sur la proposition n° 18 du président de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la

¹⁰⁰⁸ Proposition de loi visant à instaurer une peine complémentaire d'inéligibilité pouvant être perpétuelle pour tout élu condamné pour des faits de fraude fiscale ou de corruption, présentée à l'Assemblée nationale le 19 nov. 2014 par M. Dino Cinieri.

¹⁰⁰⁹ En juillet 2010 par exemple, un sénateur-maire a été condamné pour prise illégale d'intérêt par la Cour d'appel de Nîmes à 15 000 euros d'amendes, sans qu'aucune peine d'inéligibilité ne soit prononcée. De même, en juin 2012, un sénateur-maire a été condamné par la Cour d'appel de la Réunion à quatre mois de prison avec sursis et 10 000 euros d'amende pour détournement de biens publics et favoritisme sans qu'aucune peine d'inéligibilité ne soit prononcée (v. NADAL Jean-Louis, *Renouer la confiance publique*, *op. cit.*, p. 138, note 114).

¹⁰¹⁰ Service central de prévention de la corruption, « La prévention de la corruption en France : état des lieux, chiffres clés, perspectives, jurisprudence », Rapport pour l'année 2013, *cit.*, p. 33-34.

¹⁰¹¹ « Bilan statistique au 31 mars 2016 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 3/2016, n° 52, p. 245.

transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a donc fait de l'inéligibilité une peine complémentaire *obligatoire*. La différence avec les peines accessoires prohibées par le Conseil constitutionnel est ténue. Si elles ne sont pas « automatiques », les peines obligatoires sont « quasi systématiques ». Ces peines dites obligatoires se distinguent toutefois des peines accessoires en ce qu'elles doivent être *prononcées* par le tribunal. Alors que la juridiction de jugement devait auparavant choisir de prononcer une peine complémentaire facultative, elle doit désormais justifier le choix de ne pas infliger la peine complémentaire obligatoire.

Ce mécanisme ne valait que pour quelques délits limitativement énumérés et présentant un caractère d'infraction économique : la concussion ; la corruption passive ou le trafic d'influence commis par ou à l'égard d'une personne dépositaire de l'autorité publique ; la prise illégale d'intérêts ; le favoritisme ; la soustraction ou le détournement de biens publics commis intentionnellement ; la corruption active et le trafic d'influence commis par les particuliers. Consécutif à un engagement du Président de la République, le projet de loi pour la confiance dans la vie politique du 15 septembre 2017¹⁰¹² a fait le choix dans son article 1^{er} d'une *extension* du champ de la peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité. Les infractions donnant lieu au prononcé de cette peine, sauf décision spécialement motivée prenant en considération les circonstances de sa commission et la personnalité de son auteur, ne sont désormais plus seulement économiques : la peine obligatoire d'inéligibilité est élargie à toutes les infractions qui trahissent une *violation caractérisée des valeurs les plus fondamentales de la société française* : les infractions de nature criminelle, que le code pénal juge les plus graves pour l'ordre social et qu'il réprime d'une peine de réclusion ; les violences aggravées envers les personnes et les délits d'ordre sexuel (agression sexuelle, harcèlement sexuel et moral, proxénétisme, infractions attentatoires au principe d'égalité entre les femmes et les hommes) ; les discriminations, qui mettent en péril la communauté nationale. Les infractions visées sont aussi celles qui révèlent un défaut d'intégrité incompatible avec l'exercice d'un mandat électif et, par extension, le recel et le blanchiment de ces infractions ainsi que leur commission dans le cadre d'une association de malfaiteurs : outre les manquements au devoir de probité déjà visés par la loi de 2016, on y ajoute les faux en écriture publique et délits assimilés, les délits constitutifs de fraude électorale réprimés

¹⁰¹² Sur cette loi, v. GOUTAL (Yvon), « La peine complémentaire d'inéligibilité issue de la loi ordinaire du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique », *Actualité juridique. Collectivités Territoriales*, 2017, p. 606.

d'emprisonnement, la fraude fiscale aggravée et les manquements aux obligations déclaratives des élus auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. La loi du 15 septembre 2017 a aussi systématisé la mention de ces infractions au casier judiciaire des personnes condamnées.

La circulaire du 21 septembre 2017¹⁰¹³ vient préciser les modalités d'application de cette disposition. Elle rappelle également que le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation¹⁰¹⁴. Il précise que la peine obligatoire d'inéligibilité prononcée en application de l'article 131-26-2 du code pénal ne peut entraîner de plein droit l'interdiction ou l'incapacité d'exercer une fonction publique prévue à l'article 131-26 du même code. Au regard du principe de proportionnalité des peines, c'est au juge d'en décider. En revanche, toute peine complémentaire d'inéligibilité entraîne une déchéance d'office du mandat pour les élus en exercice.

De ces développements consacrés à la moralisation de la vie publique et politique, on retiendra trois idées. En premier lieu, au cours des six dernières années, le dispositif pénal applicable aux représentants et aux membres du gouvernement en répression des atteintes à la probité a été considérablement renforcé. La mise en cause de personnalités politiques de premier plan à l'occasion d'affaires judiciaires au fort retentissement médiatique a conduit le législateur à préciser régulièrement – et à accroître significativement – l'inéligibilité encourue à la suite d'infractions pénales jugées incompatibles avec l'exercice de fonctions publiques. Ce mouvement ne tarit pas puisqu'en 2018, une nouvelle proposition de loi n° 788 visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale a été déposée. Elle porte à trente ans la peine d'inéligibilité prévue par la loi du 15 septembre 2017. Cette sanction peut même être infligée à titre définitif lorsque l'auteur des faits a multiplié les infractions. Contrairement à toute attente, le Conseil d'État, saisi de la présente proposition de loi en application du dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution, a estimé que « les exigences constitutionnelles et conventionnelles [...] ne font pas obstacle à ce qu'une peine complémentaire d'inéligibilité à vie » soit créée par le législateur¹⁰¹⁵. Il a par ailleurs considéré que « la peine d'inéligibilité de trente ans encourue en cas de commission, par un

¹⁰¹³ Circulaire du 21 sept. 2017 de présentation de la peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité, créée par la loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, *BOMJ* n° 2017-10 du 31 oct. 2017.

¹⁰¹⁴ Cons. const., déc. n° 2017-752 DC du 8 sept. 2017, *JORF* n°0217 du 16 sept. 2017.

¹⁰¹⁵ CE, avis du 14 févr. 2019 sur la proposition de loi visant à renforcer l'intégrité des mandats électifs et de la représentation nationale, n° 395384, point n° 12.

membre du Gouvernement ou un élu, d'un crime ou d'un des délits énumérés à l'article 131-26-2 n'apparaît pas manifestement disproportionnée au regard de la finalité que poursuit la proposition de loi, de la nature des infractions que la peine complémentaire obligatoire vient sanctionner et de la place particulière qu'occupent leurs auteurs dans la démocratie »¹⁰¹⁶. Le Conseil d'État avait en réalité déjà approuvé, en 2013, la disposition comparable proposée par le Gouvernement dans le projet de loi relatif à la transparence de la vie publique¹⁰¹⁷. La Commission a cependant rejeté cette proposition de loi au nom, essentiellement, du risque d'inflation législative dans le domaine.

Parallèlement à la prolifération des normes, on assiste à une évolution du *contenu de la morale républicaine* qui n'inclut plus seulement les infractions économiques contenues dans la section du code pénal consacrée aux manquements au devoir de probité : elle s'élargit aux infractions sexuelles ainsi qu'aux discriminations. Par cet élargissement, elle se rapproche du contenu de la morale publique applicable aux citoyens ordinaires. La citoyenneté française ne se fonde plus seulement sur l'article 3 de la Constitution mais aussi sur son article 1^{er} aux termes duquel « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».

On relèvera enfin que si, par la déchéance des droits politiques, le droit protège la moralité du corps des représentants, le fondement de cette exigence de moralité est lui-même essentiellement politique. Il vise à garantir le bon fonctionnement de la démocratie représentative. C'est donc en privant les agents publics de leur droit d'éligibilité plus qu'en excluant les auteurs d'infraction à caractère politique de la communauté civique que le législateur et le juge protègent indirectement l'État et les droits des citoyens.



¹⁰¹⁶ *Ibid.*, point n° 16.

¹⁰¹⁷ CE (commission permanente), avis du 22 avril 2013.

Conclusion de la deuxième partie

L'objet de cette seconde partie était pluriel : nous avons en premier lieu cherché à démontrer que si pour certains, l'histoire du droit de la nationalité « n'apporte pas grand-chose à la compréhension profonde » de la notion de citoyenneté, on ne peut en dire de même de l'histoire du droit pénal. L'étude historique, théorique et de droit positif des justifications données à la peine de la privation des droits civiques ainsi que des valeurs que le législateur et le juge entendent protéger par l'exclusion des délinquants nous éclaire sur la « substance » du corps politique dont les frontières ont été délimitées dans la première partie.

Il ressort de cette étude que la citoyenneté moderne, au prix de certains ajustements, emprunte certaines normes à la logique de la *dignitas* romaine. La citoyenneté peut ainsi être pensée comme une fonction publique qui, en contrepartie de l'honneur qu'elle confère, implique le respect d'obligations spécifiques : obligation de se comporter avec dignité, à la hauteur de l'honneur que confère la fonction ; obligations inhérentes à la fonction elle-même. Ces obligations font l'objet de sanctions, celles-ci pouvant aller jusqu'à la déchéance de ladite fonction. La logique des normes d'honneur n'a donc pas été totalement subvertie par la Révolution. Plus : la généralisation de l'honneur, l'égalisation « par le haut » n'a pas été portée à son terme. D'une part, tous ne sont pas citoyens. Ces normes autrement dit ne s'appliquent pas à tous. D'autre part, parmi ceux qui bénéficient de ce statut, la citoyenneté autorise à ce que la nation établisse une discrimination juridique entre les citoyens dignes et ceux qui ne le sont pas. Cette discrimination dans la capacité politique et dans l'honneur fait apparaître au sein de la citoyenneté ce que l'on a proposé de nommer après Max Weber des « ständische Lage », des groupes de statut qui sont définis par « la chance de bénéficier d'un honneur social positif ou négatif, tel qu'il est conditionné d'abord par des différences dans la conduite de vie de certains groupes humains »¹⁰¹⁸. Les groupes de statut, qui constituent des hiérarchies de prestige et d'honneur, ne se fondent pas dans le cas qui nous intéresse sur l'instruction ou le prestige de la naissance et de la profession mais sur les comportements, les manquements aux devoirs des citoyens. Ces devoirs sont triples : outre un devoir d'obéissance, outre des « droits-devoirs », la citoyenneté comme statut repose sur le respect de devoirs moraux. Ces derniers révèlent que la civilité, norme sociale et non politique, est

¹⁰¹⁸ WEBER (Max), « L'introduction à l'éthique des religions mondiales » [1915], in Max WEBER, *Sociologie des religions*, textes de Max Weber réunis et traduits par J.-P. Grossein, 1996, Gallimard, p. 331-378.

une composante de la citoyenneté politique qui nécessite un certain comportement dans l'espace public.

La citoyenneté ainsi entendue a une dimension fortement axiologique. Pour reprendre la célèbre distinction qu'établit Hart lorsqu'il parle de la justification de la loi pénale, à savoir la distinction entre les questions « *about morality* » (consistant à savoir si la loi pénale doit incriminer les comportements immoraux) et les questions « *of morality* » (dont l'enjeu est de savoir si le législateur est justifié à promouvoir des valeurs déterminées, et ce faisant, à faire des choix moraux)¹⁰¹⁹, on peut dire que la privation des droits civiques des condamnés révèle que la citoyenneté est « a question *of morality* » et « *about morality* ». « *Of morality* » : le juge Gonthier qui, dans l'arrêt *Sauvé*, a démontré que les peines privatives des droits civiques reflétaient une « prise de position morale » de la part du législateur, a mis en évidence dans l'affaire *Butler*¹⁰²⁰ le pouvoir légitime qu'a l'État d'agir en se fondant de la sorte sur la moralité : certes, « dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de ce qui est bien. [...]. Cependant, si les tenants de ces diverses conceptions reconnaissent qu'une conduite donnée n'est pas bonne, alors le respect du pluralisme [...] devient une objection moins insurmontable à l'intervention de l'État [...]. En ce sens, il doit exister un *vaste consensus* entre les tenants des diverses conceptions du bien pour que l'État puisse intervenir en invoquant la moralité »¹⁰²¹.

En se fondant sur ce consensus, le législateur et le juge sont donc fondés à décider des valeurs qui méritent d'être protégées afin de déterminer les comportements à incriminer. Il apparaît qu'en matière de citoyenneté, ces valeurs ont un contenu essentiellement moral. En ce sens, la privation des droits civiques est aussi une « question *about morality* », qui relègue aujourd'hui à un second plan la protection de l'État et de ses institutions. À l'exception de certaines périodes déterminées (la Révolution française et la Libération), la privation des droits civiques est rarement une peine spécifiquement politique prévue pour les infractions portant atteinte à l'État et aux droits des citoyens. Le régime *in favorem* qui caractérise la répression des infractions politiques *stricto sensu* (notion *fonctionnelle* d'infraction politique) s'applique également aux peines privatives des droits civiques. Quant aux auteurs

¹⁰¹⁹ À ce sujet, Hart a en effet affirmé : « it is plain that the question is one *about morality*, but it is important to observe that it is also itself a question *of morality*. It is the question whether the enforcement of morality is morally justified » : v. HART (Herbert L.A.), *Law, Liberty and Morality*, *op. cit.*, 1963, p. 17.

¹⁰²⁰ Cour suprême du Canada, *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 523-524 (nous soulignons).

d'infractions portant atteinte à la sûreté de l'État et à la nation que le législateur et le juge, ne souhaitant pas leur appliquer un régime favorable, ont dépolitisées (notion *conceptuelle* d'infraction politique), le droit ne se limite pas à les exclure du corps des citoyens. Il vise à les déchoir de leur nationalité. L'exclusion politique est redoublée par une exclusion physique du territoire de l'État.

Le domaine propre à la citoyenneté est donc celui de la moralité publique, dont on a vu qu'elle avait dans les lois électorales adoptées au lendemain de l'adoption du suffrage universel masculin un contenu clairement idéologique. Le droit punit par la privation des droits civiques l'atteinte aux valeurs morales dont le contenu a évolué au cours de l'histoire : aux bonnes mœurs et au respect de la propriété qui avaient pour effet d'exclure certaines couches ciblées de la société s'est substituée la probité publique. L'exercice de la citoyenneté est subordonné à un respect de la moralité comme *objet* et à une exigence de moralité du citoyen comme *sujet* : la morale conventionnelle dont l'État est le gardien est à la fois une valeur à protéger et une condition d'appartenance à la communauté politique. Dans la mesure où le droit infère de l'immoralité d'un acte à l'immoralité de son auteur, et inversement, les deux propositions se rejoignent.

Le Conseil constitutionnel mettra un coup d'arrêt en 2010 à cette conception en indiquant que l'exercice de la citoyenneté ne peut pas être soumis à une condition de moralité. La subjectivisation des droits politiques, sous l'influence du droit des droits de l'homme, entraîne une évolution de la conception de la citoyenneté. C'est dès lors au contenu matériel de la citoyenneté, à la nature des droits politiques qu'il convient de s'intéresser.

PARTIE III.

**LE CONTENU DE LA CITOYENNETÉ : L'ÉVOLUTION DE LA CONCEPTION DES
DROITS POLITIQUES À L'ÉPREUVE DU DROIT PÉNAL**

L'étude de l'évolution du contenu matériel de la citoyenneté (évolution des droits et des devoirs qu'il inclut, évolution de la nature et du régime de ces derniers) met en évidence une tension quant à la conception de la citoyenneté exposée. La vision de la citoyenneté comme *dignitas* reposant sur une représentation morale du contrat social tend en effet à être aujourd'hui remise en cause par les Cours suprêmes sous l'influence du développement des droits de l'homme. De « droits appartenant au souverain » pensé comme l'universalité des citoyens, les droits politiques sont devenus dans les années 1980 des « droits appartenant au citoyen » pensé comme individu¹⁰²². Qu'est-ce à dire ?

« Droits qui appartiennent au souverain » *versus* « droits qui appartiennent aux citoyens » : nous reprenons cette distinction à une jurisprudence du XIX^e siècle portant sur la question de l'application dans le temps des lois modifiant les conditions de jouissance des droits. Si la doctrine s'accordait pour considérer que les lois intéressant l'ordre public n'étaient pas soumises au principe de non-rétroactivité, il restait à identifier les caractéristiques de ces dernières. Dans une décision en date du 7 mai 1885, la Cour de Montpellier a considéré que « toutes les lois sont plus ou moins inspirées par des motifs d'ordre public ; mais [...] parmi les lois, il faut distinguer de celles directement d'ordre public qui disposent sur des droits qui n'appartiennent qu'au souverain, et qui sont par elles-mêmes des lois rétroactives [...], celles indirectement inspirées par l'ordre public, qui disposent sur des droits qui *appartiennent au contraire aux citoyens* »¹⁰²³. Cette jurisprudence se fonde sur le critère de la distinction entre « droits qui n'appartiennent qu'au souverain » et « droits qui appartiennent aux citoyens » afin de déterminer si la loi nouvelle peut être appliquée immédiatement, privant le cas échéant « rétroactivement » des individus de droits dont ils jouissaient auparavant. Il apparaît que, jusqu'à la V^e République, les lois politiques attachant des incapacités de plein droit à de nouvelles condamnations se sont appliquées de la sorte. On en conclut donc que les droits politiques étaient des droits du souverain, des droits « dans la

¹⁰²² Il peut de prime abord sembler contradictoire d'opposer de la sorte le Souverain aux citoyens dès lors que le premier n'est autre que l'universalité des seconds. Étienne Picard relève en ce sens que « contrairement au sujet, il [le citoyen] n'a rien à opposer ou à réclamer à la puissance publique, puisqu'il en est une part essentielle, et même déterminante, idéalement ou dogmatiquement – mais ici la dogmatique est surpuissante ; il ne se pose pas avec ses droits *contre* l'autorité publique, puisque c'est lui qui, en corps, dispose de cette autorité et de cette puissance pour en déterminer la volonté souveraine » (PICARD Étienne, « Doit-on, en droit, distinguer droits subjectifs et citoyenneté ? », in Olivier BEAUD, Catherine COLLIOT-THELENE et Jean-François KERVEGAN (dir), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*, p. 140-141). De la même façon, pour l'auteur, « on ne saurait [...] dire que c'est le souverain qui accorde les droits de citoyenneté : ce sont les citoyens qui instituent la souveraineté en se l'attribuant collectivement, en corps, mais aussi le cas échéant, sélectivement » (*ibid.*, p. 143). En opposant le citoyen au souverain, nous entendons souligner la nature *individuelle* du droit du citoyen.

¹⁰²³ C. Montpellier, 3^e ch., 7 mai 1885, *Lignière c. Voisse*, S. 1886, I, 5 (nous soulignons).

main du législateur qui les accord[ait], les retir[ait] ou les modifi[ait] suivant les circonstances »¹⁰²⁴ (chapitre 5).

Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale s'appliquera sous la V^e République – et en amont, les mesures privatives de droits civiques seront qualifiées par les juges de *punition* et non plus de *mesures de sûreté* visant à préserver la moralité du corps politique – lorsque les droits politiques et civiques – alors devenus des droits « appartenant aux citoyens » – seront considérés non seulement comme des droits fondamentaux, mais comme des droits fondamentaux de premier rang, c'est-à-dire devant faire l'objet d'une protection renforcée. La citoyenneté ne sera alors plus perçue comme une fonction publique, ni comme un privilège. On ne pourra plus en priver quelqu'un discrétionnairement, ni même « rétroactivement ». Le Conseil constitutionnel énoncera pour la première fois implicitement cette importance des droits politiques parmi les droits fondamentaux en élargissant à toute mesure privative des droits civiques autre que la perte des facultés mentales¹⁰²⁵ les garanties du droit pénal : le droit pénal se fait « bouclier » de la citoyenneté (chapitre 6).

Les droits civiques et politiques, qui étaient identifiables par leur objet (*critère ratione materiae*) et par leur régime spécifique, tendent à perdre leur singularité. Loin de ne concerner que la question du contenu matériel de la citoyenneté, cette évolution a des conséquences sur les qualités que l'on est en droit d'attendre des citoyens. La subjectivisation des droits politiques a pour corollaire un changement de paradigme de la citoyenneté : pour les Sages, celle-ci ne peut plus être subordonnée à une condition de moralité. Certaines Cours suprêmes étrangères vont jusqu'à abandonner la notion de *dignitas institutionnelle* du citoyen pour fonder la citoyenneté sur la dignité *individuelle* de l'homme : « si la dignité du scrutin semble encore justifier l'exclusion du vote des personnes coupables d'une infraction, soit que la loi, soit que le juge décide de cette suppression, c'est également, au nom de la dignité, mais cette fois-ci de l'individu, que certains juges ont pu considérer que retirer le droit de vote à des personnes parce qu'elles ont fait l'objet d'une condamnation était inconstitutionnel »¹⁰²⁶.

¹⁰²⁴ Cass., civ., 28 oct. 1885, *Canoussamy-Dumont*, D.P. 1885, I, 458.

¹⁰²⁵ Mesures résultant de la faillite, de la destitution des notaires ou de la violation de règles relatives aux campagnes électorales.

¹⁰²⁶ FATIN-ROUGE STEFANINI (Marthe), « Le droit de vote des détenus en droits canadien, sud-africain et conventionnel européen », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n° 3, 2007, p. 627.

On assisterait donc à la substitution d'une conception des droits politiques, et plus largement d'un modèle de la citoyenneté à un autre. Cette conclusion provisoire appelle deux remarques. La première concerne la périodisation retenue. Nous avons indiqué que cette évolution s'était opérée sous la V^e République. Deux indices (un arrêt en date du 13 avril 1951¹⁰²⁷ et la circulaire relative à l'application de la loi du 30 mars 1955) mettent en évidence qu'à la veille de la V^e République, les lois politiques qui s'appliquent encore de façon immédiate dans le temps sont toujours dans la main du Souverain. S'il faut attendre les années 2000 pour que cette jurisprudence soit renversée, on suppose que l'évolution a commencé bien avant sans qu'il soit possible de la dater précisément.

En second lieu, ce changement, il convient de le préciser, n'est pas achevé. L'évolution du paradigme de la citoyenneté n'est pas complète : une analyse détaillée du contenu de la citoyenneté droit par droit révèle que l'abandon de la condition de moralité notamment ne concerne que certains droits déterminés. Plus qu'à une véritable succession dans le temps de deux modèles distincts de la citoyenneté, on a donc affaire en réalité à une tension entre deux conceptions dans le régime actuel de la citoyenneté.

¹⁰²⁷ Cass., civ., 13 avril 1951, *D.* 1950, I, 362.

CHAPITRE 5. DES DROITS APPARTENANT AU SOUVERAIN

Dans un article séminal sur la citoyenneté, D. Lochak souligne, ainsi que nous l'avons mentionné dans l'introduction, que celle-ci « est devenue juridiquement introuvable ; seule subsiste dans le droit positif la notion de droits civiques, qui ne relève plus de la Constitution mais du Code pénal, où ils apparaissent en creux »¹⁰²⁸.

On trouve bien, dans la Déclaration de 1789, le substantif personnel « citoyen », mais pas l'impersonnelle « citoyenneté ». Le mot « citoyen » n'y est cependant pas défini formellement, le texte ne se montrant pas toujours très ferme dans le choix des mots « Homme » ou « Citoyen », qui sont quelquefois pris l'un pour l'autre. Le sens du mot « citoyenneté » n'est pas non plus précisé dans le corps même de la Constitution de 1958 qui ne la mentionne qu'à l'article 77, à propos de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie. Quant au terme de « citoyens », il est utilisé à plusieurs reprises de façon générique pour désigner des droits, des obligations ou des situations qui bénéficient aussi aux non-citoyens¹⁰²⁹. La qualité de « citoyens » est ainsi mentionnée dans la Constitution pour souligner qu'ils bénéficient de l'égalité devant la loi¹⁰³⁰ (dont peuvent aussi, en principe, se prévaloir les non-citoyens pour les droits autres que de citoyenneté) ; elle l'est aussi à propos des « garanties qui leur sont accordées pour l'exercice des libertés publiques »¹⁰³¹ (lesquelles bénéficient aussi aux non-citoyens) ; elle l'est encore pour spécifier que s'imposent à eux « les sujétions de la Défense nationale »¹⁰³² (mais ils ne sont pas les seuls à les supporter). Ce sont encore ceux que la Cour des comptes doit informer¹⁰³³ (mais les non-citoyens en profitent tout autant). La Constitution désigne enfin ces « citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun »¹⁰³⁴ dans les collectivités d'outre-mer.

Dans le silence de la Constitution, c'est à partir du code pénal que l'on identifiera le contenu de la citoyenneté. Le code pénal peut être considéré comme un « code civique » (section 1). L'étude de la nature et du régime des « droits » ainsi identifiés en révélera le caractère dérogoratoire. En France, il a existé une longue tradition législative et jurisprudentielle

¹⁰²⁸ LOCHAK (Danièle), « La citoyenneté : un concept juridique flou », *op. cit.*, p. 190.

¹⁰²⁹ PICARD (Étienne), « Doit-on, en droit, distinguer droits subjectifs et citoyenneté ? », *op. cit.*, p. 132.

¹⁰³⁰ V. Art. 1^{er} Const.

¹⁰³¹ V. Art. 34 Const.

¹⁰³² *Ibid.*

¹⁰³³ Art. 47-2 Const.

¹⁰³⁴ Art. 75 Const.

qui a accordé aux droits politiques un statut dérogatoire et a montré l'emprise du législateur en la matière¹⁰³⁵. À la veille de la V^e République, le législateur peut encore à tout moment modifier les conditions d'accès ou d'exercice de l'électorat. L'électeur n'a pas un droit opposable à l'État. Il n'a qu'une compétence dépendant des variations des lois constitutionnelles (section 2). Les droits civiques et politiques ne se caractérisent donc pas uniquement par leur objet, mais aussi par leur régime.

Section 1 – L'identification des droits politiques et civiques à partir du code pénal

Parce que la citoyenneté n'est plus définie que de façon indirecte, le texte de référence n'est plus la Constitution mais le code pénal (§1). Ce dernier permet d'identifier avec clarté certains droits politiques et civiques constitutifs de la citoyenneté (§2).

§1. Du droit constitutionnel au droit pénal

Nos anciennes Constitutions définissaient directement la citoyenneté par la détermination positive de certaines conditions. Les Constitutions accordaient la qualité de Citoyen aux individus remplissant des conditions déterminées. Et à cette qualité correspondait l'exercice de droits civiques¹⁰³⁶. Notre droit actuel ne définit plus la citoyenneté que de façon indirecte, par le fait de jouir des droits politiques : « autrefois, possédait le droit de vote celui qui était citoyen. Aujourd'hui, est citoyen celui qui possède les droits politiques »¹⁰³⁷.

Les droits civiques n'apparaissent dans le texte de la Constitution qu'à l'article 34 alinéa 3 – « la loi fixe les règles concernant : les droits civiques [...] » – et à l'article 73, al. 4 – les

¹⁰³⁵ BEAUD (Olivier), « La liberté d'expression, face méconnue de la citoyenneté en démocratie », Communication présentée à l'occasion du colloque international *La démocratie, du crépuscule à l'aube ?* organisé à l'Université de Nanterre les 13 et 14 juin 2013. Cette communication a donné lieu à une publication. Dans la version publiée, l'auteur, pour des raisons de concision, a supprimé cette remarque. Pour le texte publié, v. BEAUD (Olivier), « La liberté d'expression, face méconnue de la citoyenneté en démocratie », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Jean-Marie DENQUIN (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare et Martin, 2019.

¹⁰³⁶ Bon nombre des Constitutions du XIX^e siècle, depuis la Charte de 1814, consacrent un de leurs titres au « Droit public des Français » (Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, art. 1^{er} à 12 ; Charte constitutionnelle du 14 août 1830, art. 1^{er} à 11), aux « Droits des citoyens » (Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, art. 59 à 67) ou aux « Droits des citoyens garantis par la Constitution » (Constitution du 4 nov. 1848, art. 2 à 17). Cette énumération cependant n'assimile pas la citoyenneté aux droits électoraux, et semble de plus très confuse, mêlant droits civils et droits « politiques ».

¹⁰³⁷ LAFERRIÈRE (Julien), *Manuel de Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Domat-Montchrestien, 1947, p. 470-471.

départements et les régions d'outre-mer ne peuvent être habilités par la loi à fixer les règles applicables sur leur territoire relatives aux « droits civiques ». A.-S. Michon Traversac a mis en lumière que cette « compétence pour définir les droits civiques réservée au législateur par l'article 34 de la Constitution [était] en réalité une compétence pour établir l'énumération des cas de privation de droits qualifiés de civiques, civils et de famille »¹⁰³⁸. La doctrine considère que les droits civiques mentionnés dans la Constitution mais aussi dans certains textes législatifs recouvrent les droits par référence aux articles du code pénal qui définissent la peine de la dégradation civique et la peine d'interdiction des droits civiques, civils et de famille¹⁰³⁹.

Pour comprendre par exemple la notion de droits civiques au sens de l'article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant statut de la fonction publique, il faut également s'en tenir strictement à une lecture de l'article 42 du code pénal de 1810. L'article 5, 2° du statut de la fonction publique prévoit que nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire s'il ne jouit des « droits civiques ». J.-Y. Plouvin relève que le législateur n'a pas cru devoir définir les droits civiques en cause, ni préciser les condamnations à la base de cette perte. Il faut se référer à d'autres textes que le statut général : d'une part, le code pénal pour l'énumération des droits civiques, d'autre part, le code électoral et le code de procédure pénale pour les condamnations entraînant la déchéance desdits droits : « la notion de droits civiques au sens de l'article 5, 2° de la loi du 13 juillet 1983 n'est l'objet d'aucune définition légale autre que celle annoncée par le code pénal en ses articles 34 et 42 »¹⁰⁴⁰. La méthode la plus usitée pour établir le contenu des droits civiques mentionnés dans la législation et la Constitution est alors sans nul doute l'examen des dispositions du code pénal prévoyant la privation des droits civiques, civils et de famille. Dans sa thèse sur *La citoyenneté administrative*¹⁰⁴¹, Gilles Dumont permet une classification fondée, comme l'ensemble de la doctrine s'y emploie, sur les dispositions législatives du code pénal.

Aux termes de l'article 34 du code pénal de 1810 tel que modifié par la loi du 28 avril 1832, la dégradation civique consiste :

¹⁰³⁸ MICHON-TRAVERSAC (Anne-Sophie), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 153.

¹⁰³⁹ LE PORS (Anicet), *Le nouvel âge de la citoyenneté*, op. cit., p. 59.

¹⁰⁴⁰ PLOUVIN (Joël-Yves), « Droits civiques des agents publics et application de l'article 5 du statut général », *D.* 1989, chron. p. 61.

¹⁰⁴¹ DUMONT (Gilles), *La citoyenneté administrative*, op. cit., p. 147.

- 1° Dans la destitution et l'exclusion des condamnés de toutes fonctions, emplois ou offices publics ;
- 2° Dans la privation du droit de vote, d'élection, d'éligibilité, et en général de tous les droits civiques et politiques, et du droit de porter aucune décoration ;
- 3° Dans l'incapacité d'être juré-expert, d'être employé comme témoin dans des actes, et de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements ;
- 4° Dans l'incapacité de faire partie d'aucun conseil de famille, et d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants, et sur l'avis conforme de la famille ;
- 5° Dans la privation du droit de port d'armes, du droit de faire partie de la garde nationale, de servir dans les armées françaises, de tenir école, ou d'enseigner et d'être employé dans aucun établissement d'instruction, à titre de professeur, maître ou surveillant.

L'article 42 du même code dispose que :

Les tribunaux jugeant correctionnellement pourront, dans certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques, civils et de famille suivants :

- 1° De vote et d'élection ;
- 2° D'éligibilité ;
- 3° D'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration ou d'exercer ces fonctions ou emplois ;
- 3° bis D'être appelé pour faire partie du conseil d'administration d'un établissement public pénitentiaire défini dans l'article 3 de la loi n. 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ou d'exercer des fonctions de membre du conseil d'administration ainsi que de se voir confier, dans ces établissements, des fonctions selon la procédure d'habilitation prévue dans le dernier alinéa de l'article 2, ou d'exercer lesdites fonctions relevant de l'habilitation ;
- 4° Du port d'armes ;
- 5° De vote et de suffrage dans les délibérations de famille.

Quant à l' « interdiction des droits civiques, civils et de famille » prévue à l'article 131-26 du nouveau code pénal, elle porte sur :

- 1° Le droit de vote ;
 - 2° L'éligibilité ;
 - 3° Le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice ;
 - 4° Le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations ;
 - 5° Le droit d'être tuteur ou curateur ; cette interdiction n'exclut pas le droit, après avis conforme du juge des tutelles, le conseil de famille entendu, d'être tuteur ou curateur de ses propres enfants.
- [...]
- L'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcées en application du présent article emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique.

L'énoncé de ces trois dispositions appelle une remarque. Il est à regretter que le législateur n'ait pas pris soin d'énumérer les droits que l'on doit considérer comme civiques, et d'établir nettement la séparation entre ces droits et ceux notamment qui sont purement civils. Au regard de l'étymologie du mot civique, la dégradation civique semblerait ne devoir

comprendre que les droits de cité. Et cependant, si l'on parcourt la nomenclature des privations qu'emporte cette peine, on verra que le législateur mentionne plusieurs interdictions qui sont purement civiles ou de droit privé. S'il évoque explicitement dans les titres des deux autres peines qu'elles contiennent des droits civils et de famille, il ne nous éclaire pas davantage sur les différences qui distinguent ces droits. Il faut donc recourir à des critères extérieurs au code pénal pour identifier, dans le code pénal, les droits civiques. Le raisonnement est donc circulaire. Aussi nous faut-il préciser notre méthodologie. Le code pénal servira de *point de départ* pour identifier les droits politiques et civiques. L'identification se fera « à partir » de lui et non « grâce à » lui. La détermination des droits civiques et politiques contenus dans le code pénal s'effectuera essentiellement à partir de la doctrine.

§2. Les droits civiques et politiques dans le code pénal

L'alinéa 2 de l'article 34 du code pénal de 1810 établit une distinction entre les termes de « droits civiques » et « droits politiques ». Le code pénal en vigueur jusqu'en 1994 différencie les droits qui font participer directement le citoyen à la désignation ou à l'exercice du pouvoir politique (A) des droits qui le font participer à la gestion des affaires publiques (B).

Cette distinction, fondée sur l'objet des droits (*critère ratione materiae*) présente un double enjeu. Un enjeu théorique tout d'abord : la doctrine a pu se demander si, comme pour les droits politiques, on devait admettre au titre de droits civiques les seuls droits dont jouit le citoyen. Le fait que la femme qui, au XIX^e siècle, n'était pas citoyenne, ait pu occasionnellement accéder à des fonctions publiques signifiait-il que le droit d'accès à la fonction publique n'était pas un droit civique ou bien que les droits civiques n'étaient pas propres aux citoyens ? La distinction entre droits politiques et droits civiques présente également un intérêt pratique qui apparaîtra à la fin du chapitre 6 : les droits civiques, contrairement aux droits politiques, peuvent aujourd'hui encore être soumis à une condition de moralité.

A. Les droits politiques (art. 34 al. 2 et art. 42 al. 1 et 2 c. pén 1810 ; art. 131-26 al. 1 et 2 c. pén.)

S'ils partagent des caractéristiques communes, formant ainsi une catégorie homogène (1), le droit de vote et le droit d'éligibilité n'en présentent pas moins des spécificités, lesquelles se révèlent notamment quand on envisage la question sous l'angle de leur privation (2).

1. Une catégorie homogène

L'article 34 fait de la privation des droits dits « politiques » un des aspects de la dégradation civique. Une partie de la doctrine constitutionnaliste a distingué, après le Doyen de Toulouse, les droits politiques, lesquels « permettent la participation au pouvoir de domination politique, autrement dit à la souveraineté nationale »¹⁰⁴², des droits qui « permettent la participation à l'autorité publique, à la fonction publique, à la chose publique et non pas au pouvoir de domination politique »¹⁰⁴³. Commentant les articles 34 et 42 du code pénal de 1810, la doctrine pénaliste a elle aussi isolé les « droits politiques » des autres droits, qualifiés de « publics » et de « civils ou de famille ». Parmi les déchéances qu'emportent la peine de la dégradation civique et celle de l'interdiction des droits civils, civils et de famille, Garraud distingue ainsi « la privation de tous les droits politiques », c'est-à-dire « les droits en vertu desquels chaque citoyen contribue au gouvernement du pays »¹⁰⁴⁴, de la privation des droits civils et d'un certain nombre de « droits publics » qui sont, pour ces derniers, « soit des facultés assurées à tous, comme le droit de port d'armes ; soit des distinctions accordées ou autorisées par le chef de l'État, comme le droit de porter des décorations ; soit une participation à la puissance publique, comme le droit d'occuper une fonction, un emploi ou un office public, le droit de servir dans les armées, et d'être juré, expert, témoin, professeur ou surveillant dans une maison d'enseignement ».

Dans ses *Éléments de droit pénal*¹⁰⁴⁵, Ortolan identifie également, à côté d'« une déchéance complète des droits politiques », la privation de droits civils ainsi que « la perte de

¹⁰⁴² HAURIU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 654. V. CROUZATIER (Jean-Marie), « La citoyenneté dans l'œuvre du doyen Hauriou », in Henry ROUSSILLON (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, 4èmes Assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Toulouse, PUSS, 2006, p. 87.

¹⁰⁴³ *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 2, op. cit., p. 181.

¹⁰⁴⁵ ORTOLAN (Joseph Louis Elzéar), *Éléments de droit pénal*, t. 2, op. cit., p. 170.

plusieurs droits publics, qui, sans se référer à la constitution ou au fonctionnement du mécanisme politique, tiennent soit à l'exercice de la force collective de l'État, dans l'armée ou autrefois dans la garde nationale ; soit à son administration, dans les fonctions, emplois ou offices publics ; soit à l'exercice de certaines missions temporaires, dépourvues, il est vrai, du caractère de fonctions, emplois ou offices publics, mais concourant néanmoins à l'administration de la justice, à l'authenticité des actes, à la constatation judiciaire des faits [...] ; soit enfin à une profession »¹⁰⁴⁶. C'est encore dans les termes d'une opposition entre les « droits politiques », les droits publics et les droits civils que Donnedieu de Vabres¹⁰⁴⁷ en 1947 commente l'article 34. La doctrine pénaliste différencie donc les droits politiques entendus au sens strict, c'est-à-dire ceux qui font participer directement le citoyen à la désignation ou à l'exercice du pouvoir politique des autres droits.

Les droits politiques forment les attributs essentiels de la citoyenneté. Si, contrairement à ce que soutiennent certains auteurs¹⁰⁴⁸, la citoyenneté ne se réduit pas aux droits politiques, il convient de préciser que par différence avec les droits civiques, ils en constituent le noyau. L'octroi des droits politiques à de nouveaux titulaires au cours de l'histoire leur a conféré la qualité pleine et entière de citoyen. Les femmes, en acquérant le droit de vote, sont devenues citoyennes. La doctrine ne se sent pas tenue par un tel raisonnement à propos des droits civiques : dans ce cas, les auteurs considèrent que les individus auxquels ont été octroyés les droits civiques n'acquièrent qu'une citoyenneté partielle.

Les débats portant sur la formulation de l'article 34 du code pénal en 1831 permettent d'identifier avec clarté ceux des droits qui relèvent de la catégorie étudiée. Dans le projet de loi présenté par le gouvernement, l'alinéa 2° de l'article 34 portait simplement sur « la privation *des droits politiques*, et du droit de porter aucune décoration ». Le projet proposé par la Commission, adopté par l'Assemblée, a spécifié que cet alinéa consistait « dans la privation *des droits de vote, d'élection, d'éligibilité*, et en général de tous les droits civiques et politiques, et du droit de porter aucune décoration »¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

¹⁰⁴⁷ DONNEDIEU DE VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, op. cit.*, p. 362.

¹⁰⁴⁸ MICHON-TRAVERSAC (Anne-Sophie), *La citoyenneté en droit public français, op. cit.*, p. 125 s.

¹⁰⁴⁹ *A.P.*, t. 71, séance du 11 nov. 1831, p. 489 (nous soulignons).

On relèvera que ne figure pas dans cette liste le droit de pétition, que d'aucuns présentent pourtant parfois comme un droit politique¹⁰⁵⁰. Le code pénal l'exclut selon nous à raison. Rossi¹⁰⁵¹ et Esmein¹⁰⁵² ont mis en évidence que lorsqu'il est adressé aux Chambres législatives, le droit de pétition peut recevoir deux applications bien distinctes. Il est parfois utilisé dans un intérêt particulier et privé ; « l'individu qui pétitionne signale au pouvoir législatif un acte injuste d'une autorité quelconque, dont il a été la victime et dont il demande le redressement »¹⁰⁵³. Tantôt, au contraire, la pétition vise une mesure d'intérêt général : « c'est le vote d'une loi nouvelle qui est demandé ou la réforme d'une loi ancienne ; le pétitionnaire se fait le conseiller et l'auxiliaire du législateur »¹⁰⁵⁴. Il y a là, sous un même nom et sous une même forme, deux droits qui, en réalité, paraissent distincts et différents : « le premier est incontestablement un droit individuel, touchant à des intérêts individuels ; mais le second semble un droit politique, constituant une participation, si discrète qu'elle soit, à la proposition des lois »¹⁰⁵⁵. C'est bien la distinction qui fut d'abord proposée, lorsque la question se présenta pour la première fois devant l'Assemblée Constituante dans la séance du 9 mai 1791. Chapelier, dans le rapport qu'il rédigea à cette occasion, distinguait nettement les deux applications du droit de pétition : il appelait la première la plainte, et la déclarait ouverte indistinctement à toute personne, comme un droit naturel et inviolable ; il réservait pour la seconde le terme droit de pétition, et y voyait un droit politique ouvert aux seuls citoyens actifs.

Cette idée souleva cependant en 1791 de vives protestations. Pétion, Grégoire et Robespierre réclamèrent la reconnaissance du droit de pétition comme « le droit imprescriptible de tout homme vivant en société », comme le « droit de tout être pensant ».

¹⁰⁵⁰ De même, ne figure pas dans la liste du nouveau code pénal le droit de créer librement des partis et d'y adhérer qui constituerait selon certains auteurs un droit politique. V. en ce sens DENQUIN (Jean-Marie), « Droits civils et politiques », in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 320. V. également BEAUD (Olivier), « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? » in Pierre BONIN, Pierre BRUNET, Soazick KERNEIS (dir.), *Formes et doctrines de l'État (Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit)*, Paris, Pédone, 2018, p. 225-226. L'assimilation de la liberté de chaque citoyen de créer un parti politique à un droit politique repose selon nous sur une définition incomplète de la citoyenneté qui ne retient qu'un des deux critères que nous avons identifiés, à savoir le *critère ratione materiae* (la participation au pouvoir politique). Elle fait fi du *critère du titulaire* du droit selon lequel sont politiques les droits dont jouit le seul citoyen, par différence notamment avec les étrangers. En raison de ce second critère, nous ne considérons pas le droit de participer à la vie d'un parti comme un droit politique.

¹⁰⁵¹ ROSSI (Pellegrino), *Œuvres complètes de P. Rossi. Cours de droit constitutionnel*, t. 3, Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1867, p. 166 [désormais *Cours de droit constitutionnel*].

¹⁰⁵² ESMEIN (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 550 s.

¹⁰⁵³ *Ibid.*

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 550-551.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 551.

L'Assemblée vota à une grande majorité la reconnaissance du droit de pétition comme droit individuel ouvert à tous ; et c'est à ce titre qu'il fut garanti par la Constitution de 1791¹⁰⁵⁶. Selon Esmein, les Constituants refusèrent de traiter le droit de pétition comme un droit politique et l'attribuèrent ainsi sans distinction à tout membre de la nation pour corriger le suffrage politique restreint et la distinction entre citoyens actifs et non actifs. Tous les membres de la société, sans aucune exclusion, pouvaient ainsi avoir une participation secondaire à l'exercice du pouvoir législatif. Depuis lors, le droit de pétition a été considéré en France comme un droit individuel, qu'ont garanti les diverses Constitutions. On a tiré logiquement les conséquences de cette idée. Le droit d'adresser des pétitions aux Chambres a été traditionnellement reconnu aux Français non électeurs, aux femmes, aux mineurs, aux divers incapables, non seulement du droit politique, mais aussi du droit civil¹⁰⁵⁷.

Les droits « politiques » se réduisent donc « aux droits de vote, d'élection et d'éligibilité ». Cette liste exposée dans le code pénal correspond à l'énumération qu'en font d'ailleurs la plupart des constitutionnalistes. Pour Maurice Hauriou, les droits politiques, qui « n'appartiennent qu'au citoyen électeur [...], sont les différentes modalités du droit de suffrage : droit de vote dans les élections, droit d'éligibilité, droit de vote dans le référendum pour les pays où ce mode de suffrage est organisé »¹⁰⁵⁸.

2. La singularité du droit d'éligibilité au regard du droit de vote révélée par le contentieux de l'inéligibilité

Le droit de vote et le droit d'éligibilité aux élections politiques partagent donc des caractéristiques communes. On notera que le second est d'ailleurs souvent une dépendance du premier. La capacité d'être élu ou l'éligibilité procède en principe de l'électorat, en ce sens que la première de toutes les conditions pour être éligible est d'avoir la capacité électorale¹⁰⁵⁹, et que celle-ci engendre naturellement le droit à l'élection. Mais tout électeur, cependant, n'est pas par là même éligible¹⁰⁶⁰. La loi impose parfois d'autres conditions. Dans son *Précis de droit administratif*, Maurice Hauriou souligne par ailleurs qu'« en principe, tout jugement

¹⁰⁵⁶ Titre 1 : « La Constitution garantit comme droits naturels et civils [...] la liberté d'adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement ».

¹⁰⁵⁷ ROSSI (Pellegrino), *Cours de droit constitutionnel*, t. 3, *op. cit.*, p. 167.

¹⁰⁵⁸ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 654.

¹⁰⁵⁹ BEQUET (Léon), *Répertoire du Droit administratif*, Paris, Dupont, 1885, t. 15, V° « Élections », p. 470.

¹⁰⁶⁰ Ainsi, l'âge pour le droit de vote et le droit d'éligibilité aux élections au Sénat est respectivement de 18 ans et de 24 ans.

qui fait perdre le droit de vote fait perdre, et dans la même proportion, le droit d'éligibilité »¹⁰⁶¹. Dans la pratique, l'appréciation et la mise en œuvre de la privation du droit d'éligibilité ont donné lieu cependant à davantage de controverses que le droit de vote jusqu'à la V^e République en raison de la nature particulière dudit droit – mais aussi du système contentieux de l'époque, la vérification des pouvoirs.

La doctrine souligne que « l'éligibilité n'est pas, comme l'électorat, un droit civique et individuel placé sous la sauvegarde des tribunaux judiciaires. C'est une aptitude d'ordre administratif, aptitude à la fonction ou au mandat que l'élection a pour but de conférer »¹⁰⁶². « Toutes les dispositions qui se rapportent à l'éligibilité, à l'inéligibilité, [...] intéressent assurément la personnalité de l'électeur ou de l'élu, néanmoins elles ne sont pas considérées comme se rattachant à des droits personnels dans le sens juridique du mot, comme celles relatives à l'électorat. Ici, en effet, la loi procède d'un autre principe et a pour but de protéger d'autres intérêts. L'intérêt individuel disparaît, en quelque sorte, pour faire place à l'intérêt général et l'on se trouve dans le domaine plus élevé de l'élection elle-même et du régime des corps élus »¹⁰⁶³. Aussi est-ce à une autre autorité qu'a été attribué le pouvoir de statuer sur toutes les questions qui s'y rattachent. Et comme celles-ci tiennent à l'exercice du pouvoir politique et à l'administration générale du pays, c'est avant 1958 à la Chambre vérifiant les pouvoirs ou à la juridiction administrative que ce pouvoir a été conféré. Certaines questions relatives à la capacité électorale peuvent se poser lorsqu'il s'agit de statuer sur l'éligibilité d'un candidat. Par application des principes indiqués, en raison de la nature du droit d'éligibilité, il existe, pour Chante-Grellet, « une indépendance absolue entre le juge de l'élection et l'autorité judiciaire qui statue au regard des électeurs »¹⁰⁶⁴. Aussi a-t-il pu se poser la question de savoir si « les privilèges d'une Chambre en matière de vérification de pouvoirs [allaient] jusqu'à lui permettre de déclarer éligible et valablement élu un citoyen frappé de condamnations entraînant, aux termes de lois formelles et toujours existantes, la perte des droits politiques et l'inéligibilité absolue »¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶¹ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 582.

¹⁰⁶² LAFERRIÈRE (Édouard), *Traité de la justice administrative et des recours contentieux*, t. 2, 2^{ème} éd., Paris, Berger-Levrault et Cie, 1896, p. 332.

¹⁰⁶³ BEQUET (Léon), V^o « Élections », *op. cit.*, p. 471.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ PIERRE (Eugène), *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, 5^{ème} éd., Paris, Imprimeur de la Chambre des députés, 1924, p. 410.

L'affaire Blanqui de 1879 allait permettre à l'Assemblée nationale d'éclairer sa position sur le sujet. Le 20 avril 1879, M. Blanqui avait été élu député. Or, il se trouvait sous le coup de condamnations qui le rendaient inéligible. S'opposant à la minorité pour laquelle l'Assemblée pouvait, pour des raisons politiques, relever un candidat de l'incapacité qui viciait l'élection, la majorité du bureau chargée de l'examen du dossier invalida l'élection : l'incapacité qui frappait Blanqui n'était pas d'un autre ordre que celle qui résulterait des conditions d'âge ou de nationalité qu'il n'eût pas remplies. Telle n'était pas cependant la position de Clémenceau que ce dernier exprima lors de la mise en délibération des conclusions du bureau dans la séance du 3 juin 1879. Selon celui-ci, la Chambre pouvait prononcer l'admission de M. Blanqui au nom du respect du suffrage universel. Dans quoi puiser le droit d'empêcher le suffrage universel de choisir dans telle catégorie d'hommes politiques ou de choisir dans telle autre ? Invalider l'élection de Blanqui, c'était un « pouvoir de fait [...] non pas contre, mais sur le suffrage universel », un pouvoir arbitraire de limitation sur les choix du suffrage universel. C'est la raison pour laquelle les Chambres auraient toujours jugé le fond dans toutes ces questions d'inéligibilité. Pour le rapporteur Lacaze, en suivant le raisonnement de Clémenceau, il n'est pas une seule loi électorale restrictive que l'on ne pût remettre en cause : est-ce que le suffrage universel ne nommerait pas un mineur, ou une femme ? Par ailleurs, la souveraineté nationale ne peut accepter que les députés et les sénateurs soient au-dessus des lois. Enfin, il n'a jamais été admis qu'une fraction du peuple put représenter la souveraineté nationale tout entière. Approuvant implicitement les doctrines du Gouvernement et du bureau, la Chambre a invalidé l'élection de Blanqui par 354 voix contre 33. Dans le même sens, le 28 février 1882, la Chambre des communes a annulé, pour cause d'indignité, l'élection d'un membre qui avait été régulièrement nommé par un collège irlandais, mais qui était un ancien convict.

En matière de droit d'éligibilité, le principe essentiel que l'on tire de ce débat est qu'aux élections nationales, la Chambre statuant en matière de vérification des pouvoirs n'est pas liée par le texte des lois et les condamnations prononcées par l'autorité judiciaire, sans quoi il aurait suffi que le Garde des Sceaux lise à la Chambre les arrêts privant Blanqui de ses droits politiques. Il aurait pu ainsi la mettre en demeure de prononcer sans débats la nullité de l'élection. La Chambre n'est pas pour autant liée par les décisions du suffrage universel. S'il en avait été ainsi, le débat aurait pu se borner à une simple opération arithmétique. Blanqui aurait été admis. Pour Eugène Pierre, aucune de ces hypothèses n'est compatible avec le texte et l'esprit de la loi constitutionnelle qui attribue un pouvoir discrétionnaire à chacune des

deux Chambres statuant sur l'éligibilité de ses membres et sur la validité de leur élection. « La Chambre, siégeant comme jury souverain, apprécie, en son âme et conscience, les causes d'inéligibilité qui peuvent découler d'un texte de loi [...]. Lorsqu'elle croit, pour des raisons dont elle n'a pas à rendre compte, qu'un candidat, même frappé de condamnations entraînant la perte de ses droits politiques, est digne de représenter ses concitoyens, elle peut le déclarer [...] sinon la Chambre ne serait plus un tribunal souverain, comme le veut la loi constitutionnelle, mais un simple comité d'enregistrement »¹⁰⁶⁶. Si le principe veut que la simple constatation de l'existence d'une condamnation définitive entraîne l'application de l'inéligibilité et automatiquement l'invalidation, il est donc des exceptions où l'organe vérificateur, appréciant les circonstances de fait susceptibles d'entraîner l'inéligibilité, a validé des inéligibles.

On a justifié cette position par la souveraineté de la Chambre donc, c'est-à-dire la liberté qu'elle a de qualifier le fait reconnu délictueux par le tribunal répressif, se comportant de la sorte comme un nouveau degré de juridiction, sans respecter l'autorité absolue de la chose jugée au criminel. Le caractère automatique de la déchéance a également parfois été contesté au nom du principe de la séparation des pouvoirs. Enfin, on a surtout pu soutenir, comme Clémenceau dans l'affaire Blanqui, l'argument du respect dû aux décisions du suffrage universel.

Finalement, ce n'est que rarement que la Chambre a validé un inéligible en toute connaissance de cause (en 1791, en 1876, en 1937 et en 1938)¹⁰⁶⁷. Elle a parfois à l'inverse invalidé des éligibles¹⁰⁶⁸. En l'absence de décisions créant l'inéligibilité, la Chambre s'est reconnu le droit de qualifier les faits aux lieu et place de la juridiction compétente. En principe, les Chambres refusent d'exercer ce détournement de pouvoir. Ce principe a cependant certaines fois été violé, comme lorsqu'en 1952, la juridiction compétente n'a pas été saisie et que les faits, cause de l'inéligibilité, étaient prouvés : « la carence du pouvoir judiciaire [...] ne dispensait pas l'assemblée de se prononcer en toute souveraineté »¹⁰⁶⁹. La Chambre a de même invalidé l'élection d'un éligible en 1944 alors que la juridiction compétente avait été saisie et qu'elle n'avait pas prononcé d'inéligibilité. Il convient de

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 412.

¹⁰⁶⁷ CHARNAY (Jean-Paul), PRELOT (Marcel), *Le suffrage politique en France : élections parlementaires, élection présidentielle, référendums*, *op. cit.*, p. 365.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 366 s.

¹⁰⁶⁹ Élections Durand-Teyssier, Assemblée de l'Union Française, 2 et 12 déc. 1952, cité in *ibid.*, p. 366.

souligner qu'il s'agit là toutefois de décisions exceptionnelles émanant d'assemblées elles-mêmes exceptionnelles et de décisions toutes relatives à des faits de collaboration. L'organe vérificateur est allé toutefois jusqu'à créer des cas d'indignité (morale) outre la loi. Il en est allé ainsi, entre 1859 et 1881, dans le domaine social et professionnel, dans des affaires concernant le port illégal de la Légion d'honneur, des banqueroutes frauduleuses ou encore un agent de change véreux presque acculé à la faillite. Dans le domaine politique, des contestations d'ordre patriotique se sont élevées et après la Libération, des accusations soit de responsabilité dans la défaite, soit d'agissements ou de pensées de collaboration ont été portées. Sur 14 contestations, 5 invalidations ont été prononcées. Les faits reprochés à chaque fois étaient patents et étaient contemporains de législations d'exception destinées à réprimer des faits semblables. Les Chambres ont invalidé les éligibles en camouflant l'invalidation derrière des griefs d'ordre électoral appréciés plus sévèrement que d'habitude.

Le contentieux de l'inéligibilité avant 1958, qui met en évidence une certaine indépendance des Chambres à l'égard des autorités judiciaires (n')ayant (pas) prononcé des condamnations entraînant des peines d'inéligibilité, est donc singulier au regard de ce que l'on observe en matière de droit de vote. Dans cette matière, le juge de l'élection prend systématiquement en compte les condamnations ayant entraîné une déchéance du droit de vote et annule en conséquence le vote émis. Du moment qu'un citoyen est inscrit sur la liste, et qu'aucune réclamation n'a été élevée contre cette inscription dans les délais fixés par la loi, le bureau est certes obligé d'admettre son vote ; autrement, le bureau se rendrait juge de la capacité électorale, ce qui serait un empiétement sur les attributions de l'autorité judiciaire. Le vote d'un individu inscrit sur la liste électorale ne doit donc pas même être refusé sous le prétexte qu'il serait privé de ses droits électoraux par suite de condamnations judiciaires¹⁰⁷⁰. L'individu déchu de ses droits politiques qui n'a pas été radié des listes électorales commet cependant un délit en prenant part au scrutin. Le résultat des opérations ne devant pas dépendre de suffrage délictueux, la jurisprudence admet alors que le juge de l'élection retranche ces suffrages du chiffre des votants et du nombre des voix obtenues par chacun des candidats élus¹⁰⁷¹. Le juge de l'élection annule l'élection si, par suite de ce retranchement, le candidat proclamé perd la majorité. Au contraire, il maintient l'élection si, malgré cette

¹⁰⁷⁰ CE, 24 déc. 1875, *D. P.*, 1876, III, 35 ; CE, 4 mai 1877, *D. P.*, 1877, V, 181 ; CE, 11 févr. 1881, *D. P.*, 1888, III, 87 ; CE, 23 déc. 1884, *D. P.*, 1885, V, 185.

¹⁰⁷¹ CE, 24 déc. 1892, *Élections de Montmacq*, *S.* 1894, III, 109 ; CE, 26 févr. 1892, *Élections de Moïta*, *S.* 1894, III, 13.

déduction, le candidat élu conserve la majorité¹⁰⁷². Dans tous les cas, le vote de celui qui était déchu de son droit d'élire est retranché.

En matière de droit d'éligibilité, on pourrait, pour reprendre l'expression d'A. Albert-Petit dans le *Journal des Débats*¹⁰⁷³, dire que l'on a affaire à l'inverse à « une privation qui ne prive de rien ». La condamnation à la privation des droits civiques et politiques du candidat qui a pu malgré cela s'inscrire n'empêche pas nécessairement d'être élu et d'être validé dans son élection. « On accepte comme députés des gens dont le code ne veut plus comme citoyens »¹⁰⁷⁴. « Le Parlement anglais, disait-on doctement, peut tout faire, sauf de transformer une femme en homme. Le nôtre n'a pas encore réalisé cet exploit, il s'y prépare en transformant en citoyen un homme qui ne l'est pas, – qui ne l'est plus, ce qui est plus grave, puisqu'il y a eu démérite »¹⁰⁷⁵.

Cette différence dans la mise en œuvre de la privation du droit de vote et la privation du droit d'éligibilité – dans l'hypothèse où l'individu aurait voté ou se serait présenté comme candidat malgré l'interdiction qui lui était faite – s'est fondée sur le principe de vérification des pouvoirs, et plus précisément sur une certaine conception de celui-ci. Bruno Daugeron a souligné qu'à l'époque de l'affaire Blanqui précitée, la compétence souveraine revendiquée par les Chambres n'était plus, en pratique, une simple souveraineté dans l'appréciation des faits d'une élection, garantie d'indépendance. Elle était interprétée comme une déclinaison de la « souveraineté parlementaire » qui, née de la pratique constitutionnelle, avait pour conséquence de conduire les autres pouvoirs à s'y soumettre¹⁰⁷⁶. Cette différence a disparu depuis qu'à la vérification des pouvoirs par l'Assemblée s'est substitué en 1958 le Conseil constitutionnel comme juge électoral pour les élections parlementaires et présidentielles. Désormais, lorsque l'inéligibilité n'a pas empêché avant l'élection le candidat de se présenter, lorsqu'elle se révèle après la proclamation des résultats, la déchéance du parlementaire est

¹⁰⁷² CE, 25 janv. 1838, R. v° *Organ. adm.*, p. 956-10 ; CE, 1^{er} juin 1853, 27 juin 1857 et 12 août 1859, R. v° *Organ. adm.*, p. 552-69 ; CE, 23 déc. 1884, *D. P.*, 1885, V, 185 ; CE, 3 déc. 1886, *Lebon*, p. 860 ; CE, 11 févr. et 22 juill. 1887, *Lebon*, p. 141 et 594 ; CE, 29 juill. et 5 août 1887, *Lebon*, p. 613 et 685.

¹⁰⁷³ *Journal des Débats*, Dimanche 11 mars 1928, p. 1.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*

¹⁰⁷⁶ DAUGERON (Bruno), « 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. 26-27.

constatée par le Conseil constitutionnel (art. L.O. 136)¹⁰⁷⁷. Les marges de manœuvre du Conseil s'avèrent ici limitées. Alors qu'il doit *décider* si un parlementaire est en situation d'incompatibilité, il se borne ici à *constater* sa déchéance (art. L.O. 136). Aucune appréciation ou qualification des faits n'a ici à être effectuée puisque ces opérations juridiques ont déjà été établies par la décision de justice condamnant l'individu. La condamnation doit être définitive¹⁰⁷⁸.

Ces quelques développements ont fait entrevoir que les droits de vote et d'éligibilité différaient quant à leur nature et quant à leur régime. Reste que la catégorie dont il relève – les droits politiques – est clairement déterminée. Tel n'est pas le cas des droits civiques.

B. Les droits civiques

En matière de droits civiques, on soulignera l'ambiguïté de la terminologie utilisée dans le code pénal : la notion de droits civiques est d'un côté utilisée pour désigner tous les droits faisant participer au pouvoir dans l'État à quelque titre que ce soit, les droits politiques en étant une sous-catégorie¹⁰⁷⁹. C'est ce sens large que prend le vocable dans l'expression « interdiction des droits *civiques*, civils et de famille » ou « dégradation *civique* ». L'interdiction des droits civiques inclut la perte du droit de vote et d'éligibilité. La notion de droits civiques est d'autre part employée pour se référer aux droits autres que politiques qui font participer au pouvoir dans l'État, comme c'est le cas dans l'al. 2 de l'article 34 relatif à la dégradation civique. Les droits civiques ici ne forment pas une catégorie générale englobant les droits politiques mais une catégorie distincte de ces derniers qui « permet la participation à l'autorité publique, à la fonction publique, à la chose publique et non pas au pouvoir de

¹⁰⁷⁷ V. GICQUEL (Jean-Éric), « Le Conseil constitutionnel et le mandat parlementaire », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/1, n° 38, p. 81-82.

¹⁰⁷⁸ Aussi le Conseil prononce-t-il un sursis à statuer si l'arrêt d'une Cour d'appel condamnant le parlementaire a fait l'objet d'un pourvoi en cassation (Cons. const., déc. n° 2009-21 D du 22 oct. 2009, *Gaston Flosse, Rec.*, p. 191) puis un non-lieu si la Cour de cassation a cassé l'arrêt (Cons. const., déc. n° 2009-21 D 2 du 29 juill. 2010, *Gaston Flosse, Rec.*, p. 169). Par réalisme, il opte pour le non-lieu si, une fois saisi, le parlementaire a entre-temps présenté sa démission (Cons. const., déc. n° 2007-19 D du 22 mars 2007, *Pierre Goldberg, Rec.*, p. 103 ; n° 2006-18 D, 29 juin 2006, *André Thien Ah Koon, Rec.*, p. 71 et n° 2001-14 D, 18 juill. 2001, *Elie Hoarau, Rec.*, p. 97. La solution contraire était appliquée jusqu'en 1996 : déc. n° 96-10 D, 5 sept. 1996, *Bernard Tapie, Rec.*, p. 111).

¹⁰⁷⁹ V. Sur ce point LOCHAK (Danièle), « La citoyenneté : un concept juridique flou », *op. cit.*, p. 191 : « selon une première conception, les droits politiques sont simplement un *sous-ensemble des droits civiques*, ce que paraît confirmer l'article 34 du Code pénal, qui fait de la privation des droits politiques un des aspects de la dégradation civique. [Pour d'autres] en revanche, la distinction est plus radicale » (nous soulignons).

domination politique »¹⁰⁸⁰. Lorsqu'elle commente les articles concernés du code pénal, la doctrine emploie généralement l'expression de « droits civiques » dans le deuxième sens. C'est dès lors le choix que nous retiendrons pour la clarté de l'exposition.

Comment identifier, dans le code pénal, les droits civiques ? Comment les distinguer des autres droits publics mentionnés dans l'article 34 et des droits civils et de famille énumérés dans les articles 34, 42 et 131-26 des codes pénaux ? Il semble à première vue que, comme les droits politiques, les droits que la doctrine qualifie de civiques se définissent au moment de leur adoption par un double critère : 1) par leur objet, à savoir la participation à l'autorité publique, à la fonction publique, à la chose publique ; 2) par leur titulaire : on admet au titre de droits civiques les seuls droits dont jouit le citoyen. En réalité, les choses ne sont pas aussi claires. Le deuxième critère a donné et donne lieu à des interprétations contradictoires. Si d'aucuns considèrent que l'octroi de droits civiques à des non-citoyens fait perdre auxdits droits leur qualité civique (ainsi l'accès à la fonction publique ne constituerait-il plus selon certains un droit civique depuis qu'il a été étendu à des étrangers), d'autres retiennent que l'élargissement des droits civiques à des non-électeurs confère à l'inverse à ces derniers une citoyenneté partielle. Pour mettre en évidence cette indétermination qui caractérise les droits civiques, nous étudierons les droits considérés comme tels au moment de leur adoption (1) dans leur évolution (2).

1. Les droits considérés comme civiques au moment de leur adoption

À la fin du XVIII^e siècle-début du XIX^e siècle, quatre types de droits sont concernés : l'accès aux fonctions publiques (a), l'aptitude à être juré (b), celle d'être membre de la garde nationale (c) et son corollaire, le droit de port d'armes (d). Comme nous l'avons vu dans le chapitre 3, certains de ces droits ont une nature hybride puisqu'ils constituent également des devoirs. Pour reprendre l'expression de J. Waldron, ce sont des « *responsibility-rights* ».

a. Le droit d'accès à la fonction publique (art. 34 al. 1 et art. 42 al. 3 c. pén. 1810)

« Les fonctionnaires publics [...] sont les citoyens qui, dépositaires ou auxiliaires du pouvoir, concourent à l'administration du pays et à la gestion de la chose publique »¹⁰⁸¹. De

¹⁰⁸⁰ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 654.

¹⁰⁸¹ BEQUET (Léon), V^o « *Fonctionnaires publics* », *Répertoire du Droit administratif*, op. cit., t. 16, p. 517.

prime abord, l'inclusion des fonctions publiques dans les droits de citoyenneté n'appelle guère de commentaires. En effet, il s'agit là d'activités qui font participer ceux qui les exercent à l'exercice ou à l'expression du pouvoir ; c'est d'ailleurs la principale raison pour laquelle la doctrine administrative se refuse à considérer les relations qui existent entre l'État et les fonctionnaires comme des rapports contractuels, car il s'agit véritablement de fonctions et non d'activités ou de professions¹⁰⁸².

Quant à ses titulaires, la fonction publique est depuis la Révolution considérée comme un droit du citoyen, ce qui signifie principalement, pendant la Révolution, le refus, en droit, des inégalités de classe. Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « *tous les citoyens* [...] sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents »¹⁰⁸³. Le principe de l'égalité admissibilité aux emplois publics signifie initialement la suppression de la vénalité des offices et de l'hérédité des charges publiques¹⁰⁸⁴. « À la différence de Venise, où les nobles seuls étaient citoyens, et de notre ancien Régime, où les nobles seuls avaient l'aptitude à certaines fonctions, et avaient seuls, dès lors, l'*optimum jus civitatis*, on peut dire aujourd'hui que tous les Français sont devenus citoyens dans le sens de la définition d'Aristote, depuis qu'ils ont acquis l'aptitude à l'exercice des fonctions publiques »¹⁰⁸⁵.

L'égal accès aux fonctions publiques constitue donc un droit civique au regard de ses titulaires dans la mesure où en jouissent tous les citoyens et où n'en jouissaient jusqu'à récemment que les citoyens. C'est là un des arguments fréquemment relevés par la doctrine. En 1969, dans son traité *La fonction publique et ses problèmes actuels*, M. Silvera écrit ainsi : « dans tous les États modernes, la fonction publique constitue l'une des modalités de l'exercice des droits civiques et son accès se trouve, par suite, être conditionné par la nationalité de l'État concerné »¹⁰⁸⁶. L'article 5 de la loi de 1983 dispose en ce sens que « nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : 1° S'il ne possède la nationalité française ». On

¹⁰⁸² DUMONT (Gilles), *La citoyenneté administrative*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰⁸³ Sur la genèse de cette disposition : RIALS (Stéphane) éd., *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 227-233. ; DREYFUS (Françoise), *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande Bretagne et aux États-Unis (XVIII-XX siècles)*, Paris, La Découverte, 2000, p. 81 s.

¹⁰⁸⁴ GARAGON (Jean), « L'origine du principe de l'égalité admissibilité aux fonctions publiques », *Annales de l'Université de Lyon*, Sirey, 1956, p. 5-68.

¹⁰⁸⁵ SERRIGNY (Denis), *Traité du droit public des Français*, *op. cit.*, p. 180.

¹⁰⁸⁶ SILVERA (Victor), *La fonction publique et ses problèmes actuels*, Éd. de l'Actualité juridique, Paris, 1969, p. 211.

pouvait lire à la fin du XIX^e siècle¹⁰⁸⁷ que c'est par un motif juridique analogue que les femmes n'ont pu, pendant longtemps, être nommées en règle générale à des fonctions publiques¹⁰⁸⁸. Comme les étrangers, ces dernières n'avaient pas la jouissance des droits politiques, laquelle conditionnait l'accès aux fonctions publiques. Pour la même raison que les femmes n'ont pu, pendant longtemps, accéder aux fonctions publiques, celles-ci ont été exclues des fonctions de juré.

b. Le droit d'être juré (art. 34 al. 3 et art 42 al. 3 c. pén. 1810)

La doctrine, à l'instar de Rossi, s'accorde à reconnaître que « la qualité de juré, pour celui qui réunit les conditions requises, constitue [...] un droit politique [*civique], et cela est tellement vrai, que la perte ou la suspension de ce droit constitue une des peines portées au Code pénal »¹⁰⁸⁹. Plus récemment, Lucien Jaume a à son tour souligné « le caractère éminemment politique que prend le jury, qui, cessant de s'inscrire dans le seul registre du droit criminel, a "gravité" autour du droit électoral et du droit civique »¹⁰⁹⁰. Être juré, c'est en effet « concourir d'une manière effective et directe à l'administration de la justice sociale », ce qui contribue également à « consolider les fondements mêmes de la société, de l'ordre social »¹⁰⁹¹.

Le citoyen n'est donc pas seulement celui au nom duquel la justice est rendue. Le citoyen est aussi celui qui juge. On relèvera qu'il est habituel de voir des membres de la société civile exercer des fonctions judiciaires. Ainsi notamment des anciens juges de proximité, recrutés dans la société civile et nommés en raison de ce que leur expérience et leur compétence juridique les qualifiaient pour exercer des fonctions juridictionnelles¹⁰⁹². Le tribunal pour enfants est lui-même composé d'un magistrat professionnel et de deux assesseurs, nommés pour quatre ans par le Garde des sceaux, qui doivent être âgés de plus de trente ans, et s'être

¹⁰⁸⁷ BEQUET (Léon), *op. cit.*, p. 549.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ ROSSI (Pellegrino), *Œuvres complètes de P. Rossi. Cours de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1866, p. 84.

¹⁰⁹⁰ JAUME (Lucien), *L'Individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Éditions Fayard, 1997, p. 399. L'auteur retrace dans l'ouvrage l'histoire du jury criminel, p. 379-405.

¹⁰⁹¹ Loi du 21 novembre 1872. Voir l'Exposé des motifs, reproduit in *D. P.* 1872, IV, 133.

¹⁰⁹² Art. 41-17 de l'ord. 58-1270 du 22 déc. 1958. Les juridictions de proximité ont été supprimées par une loi de 2011 dont l'entrée en vigueur fut repoussée jusqu'au 1^{er} juill. 2017. La fonction de juge de proximité a été également supprimée à la même date. Entre deux, la loi du 26 janvier 2005 avait étendu les compétences de la juridiction de proximité et avait permis aux juges de proximité de siéger en qualité d'assesseurs aux audiences correctionnelles.

signalés, outre leur compétence, par l'intérêt qu'ils portent aux questions de l'enfance¹⁰⁹³. En matière civile, les juridictions consulaires et les conseils des prud'hommes constituent autant de cas où la justice est rendue, en première instance, par une juridiction exclusivement composée de magistrats non professionnels¹⁰⁹⁴, avec cette particularité que les intéressés sont recrutés dans un milieu socio-professionnel en rapport avec les affaires qu'ils vont juger. Le tribunal paritaire des baux ruraux est, lui, présidé par le juge d'instance et composé, en nombre égal, de bailleurs non preneurs et de preneurs non bailleurs¹⁰⁹⁵. Le tribunal des affaires de sécurité sociale comprend, à sa tête, le président du tribunal de grande instance ou son délégué, avec pour assesseurs deux juges non professionnels désignés par ordonnance du premier président de la cour d'appel sur proposition des organisations syndicales les plus représentatives¹⁰⁹⁶. Tous ces juges non professionnels sont recrutés en fonction de leur expérience, de leur compétence, ou de leur appartenance à un milieu socio-professionnel. Par différence, les jurés sont désignés en leur simple qualité de citoyen.

L'exercice des fonctions de juré est donc constitutif d'un droit civique. Il est réservé, en tant que tel, aux citoyens. C'est ce qu'indique l'article 255 du code de procédure pénale aux termes duquel « peuvent seuls remplir les fonctions de juré, les *citoyens* de l'un ou de l'autre sexe, âgés de plus de vingt-trois ans, sachant lire et écrire en français, jouissant des droits politiques, civils et de famille, et ne se trouvant dans aucun cas d'incapacité ou d'incompatibilité énumérés par les deux articles suivants ». L'éviction des étrangers était pour la doctrine¹⁰⁹⁷, en ce qui concerne le jury, plus évidente encore que pour les fonctions publiques : « l'étranger non naturalisé est absolument inapte à être juré. Cette inaptitude ne saurait être couverte par la possession d'état. Ici, comme il est de règle en cette matière, la preuve de l'extranéité, de l'erreur sur laquelle repose la prétendue possession d'état doit être rapportée »¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹³ Art. L. 251-4 du code de l'organisation judiciaire.

¹⁰⁹⁴ Réserve faite de l'intervention du juge d'instance comme départiteur en matière prud'homale.

¹⁰⁹⁵ Art. L. 492-1 du code rural et de la pêche maritime. Sont éligibles les personnes ayant depuis cinq ans la qualité de bailleur ou de preneur.

¹⁰⁹⁶ Art. L.142-4 du code de la sécurité sociale.

¹⁰⁹⁷ V. par ex. MERLIN (Philippe-Antoine), V^o « Juré », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^{ème} éd., Paris, Garnery, 1913.

¹⁰⁹⁸ SOULAS (Christian). *Le recrutement du jury*, th. doct., Université de Montpellier, Lyon, Bosc frères, M. et L. Riou, 1933, p. 82-83, qui cite en ce sens un arrêt de la Cour de Cassation (Cass., crim., 8 janv. 1865, D. 1865, V, 67).

c. L'appartenance à la Garde nationale (art 34 al. 5 c. pén. 1810)

Outre l'accès aux fonctions publiques et l'aptitude à être juré, le code pénal mentionne dans la liste des droits dont prive la dégradation civique l'appartenance à la Garde nationale (art. 34 al. 5 c. pén. 1810). La doctrine considère sans hésitation, lors de son établissement, qu'il s'agit d'un droit civique ou, pour reprendre la terminologie de Pellegrino Rossi, d'un « droit politique »¹⁰⁹⁹. « Le jury, l'électorat et la Garde nationale deviennent trois modalités de représentation du pays »¹¹⁰⁰.

Avec l'armée, la garde nationale, formée spontanément en juillet 1789 à partir de l'héritage de la milice bourgeoise et très vite institutionnalisée, constitue une des deux branches de la force publique. La garde nationale, qui disparaîtra en 1871, est un « service intérieur, un service d'ordre public et de paix public, un service en quelque sorte civil et, en conséquence, l'institution est une institution essentiellement civile »¹¹⁰¹ qui ne prend un caractère véritablement militaire que dans des cas tout à fait rares. La garde nationale, jusqu'à son nom même, exprime le lien unissant la nation à la sécurité collective¹¹⁰² : il appartient au corps social lui-même d'assurer la garde et la conservation du pacte social, comme en disposait la Charte de 1830 qui les confiait à la protection des gardes nationales¹¹⁰³. D'ailleurs, la première garde, constituée à Paris, la veille du 14 juillet 1789, manifestait clairement l'attachement des citoyens à la défense de la nation. Il s'agissait de confier la défense intérieure à un corps de citoyens armés et de pouvoir s'opposer à toute tentative de remise en cause du mouvement révolutionnaire ; comités institués dans les municipalités, ces gardes nationales « représentaient tant une force de l'ordre, qu'un appui politique »¹¹⁰⁴. Ce modèle est généralisé par l'Assemblée nationale constituante avec le décret du 18 juin 1790 invitant les citoyens actifs à s'inscrire sur le registre des gardes nationales. Le rôle de la garde est conforté par la Constitution de 1791 qui rappelle que « les gardes nationales ne forment ni

¹⁰⁹⁹ ROSSI (Pellegrino), *Œuvres complètes de P. Rossi. Cours de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1866, p. LXVI.

¹¹⁰⁰ JAUME (Lucien), *L'Individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, *op. cit.*, p. 399.

¹¹⁰¹ ROSSI (Pellegrino), *Cours de droit constitutionnel*, t. 2, *op. cit.*, p. 168.

¹¹⁰² PAUVERT (Bertrand), « La garde nationale », *RFDA*, 2019, p. 311.

¹¹⁰³ « La présente Charte et tous les droits qu'elle consacre demeurent confiés au patriotisme et au courage des gardes nationales et de tous les citoyens français », art. 66 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830.

¹¹⁰⁴ DEVENNE (Françoise), « La garde nationale ; création et évolution (1789-août 1792) », *Annales historiques de la Révolution française*, 1990, n° 283, p. 50. Sur l'histoire de la Garde nationale, v. CARROT (Georges), *La Garde nationale : 1789-1871, une institution de la nation*, th. dactyl., Nice, 1979.

un corps militaire ni une institution dans l'État ; ce sont les citoyens eux-mêmes appelés au service de la force publique »¹¹⁰⁵.

Considéré comme un droit civique, le droit de servir dans la garde nationale est réservé lors de sa création aux citoyens actifs : les citoyens passifs ou les étrangers ne peuvent s'y enrôler. La citoyenneté active est donc la condition légale pour servir dans la garde nationale. Plusieurs rapports parlementaires et dispositions juridiques se sont demandé si réciproquement, le service comme volontaire national pouvait être une source – et non plus une conséquence – de la citoyenneté active¹¹⁰⁶. Un individu prêt à donner sa vie pour la patrie n'était-il pas fortement intéressé à la chose publique ? Le décret du 28 février 1790 tranche dans ce sens : avoir servi pendant seize ans dans la garde nationale permet de « jouir de la plénitude des droits du citoyen actif », en étant dispensé « des conditions relatives à la propriété et à la contribution »¹¹⁰⁷. La garde nationale devient alors un moyen de « repousser le citoyenpropriétaire pour hâter l'avènement de l'individu-citoyen »¹¹⁰⁸. Elle constitue « une sorte d'école pourrait-on dire »¹¹⁰⁹ de la citoyenneté. Pour Thomas Hippler, « la figure de pensée qui avait réservé le droit de porter les armes à ceux qui ont un intérêt matériel à défendre l'ordre social se trouve renversée au profit de l'argument selon lequel le service dans la Garde nationale doit être considéré comme une qualification pour la citoyenneté active »¹¹¹⁰. Dans plusieurs décrets émis entre novembre 1791 et février 1792, l'Assemblée énonce en ce sens que les citoyens passifs peuvent s'enrôler dans les bataillons de volontaires et qu'ils pourront jouir des droits civiques actifs après la guerre. Avec le décret du 3 août 1792 enfin, l'Assemblée nationale octroie la citoyenneté active à tout Français ayant participé à la guerre : « le citoyen propriétaire et le garde national, historiquement d'abord pratiquement confondus, se dissocient dans le processus révolutionnaire, finissant par

¹¹⁰⁵ Art. 3 du titre IV « De la force publique » de la Constitution du 24 sept. 1791.

¹¹⁰⁶ Le Décret concernant la formation, l'organisation et la solde des bataillons des gardes nationales volontaires du 28 décembre 1791 et ensuite la loi du 3 février 1792 officialisent cette disposition. Sur la question, v. HIPPLER (Thomas), « Service militaire et citoyenneté sous la Révolution française », in Raymonde MONNIER (dir.), *Citoyens et citoyenneté sous la Révolution française*, op. cit., p. 271-278.

¹¹⁰⁷ Décret du 28 avril 1790 relatif à la constitution de l'armée, art. 7 : DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'État*, op. cit., t. 1, p. 111.

¹¹⁰⁸ ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, op. cit., p. 95.

¹¹⁰⁹ LE COUR GRANDMAISON (Olivier), *Les citoyennetés en Révolution (1789-1794)*, Paris, PUF, 1992, p. 76.

¹¹¹⁰ HIPPLER (Thomas), *Soldats et citoyens : Naissance du service militaire en France et en Prusse*, Paris, PUF, 2015, p. 112.

symboliser deux types antagonistes de citoyenneté »¹¹¹¹. L'appartenance à la Garde nationale avait pour corollaire un droit, à savoir le port d'armes¹¹¹².

d. Le droit de port d'armes (art. 34 al. 5 et art. 42 al. 4 c. pén. 1810)

« *Tout citoyen a le droit d'avoir chez lui des armes, et de s'en servir, soit pour la défense commune, soit pour sa propre défense, contre toute agression illégale qui mettrait en péril la vie, les membres, ou la liberté d'un ou de plusieurs citoyens* »¹¹¹³. Cet article proposé par Mirabeau au Comité des Cinq dévoile la conception des Constituants relative au port d'armes en France, le 18 août 1789. Mirabeau ainsi que les autres membres de cette commission considèrent le port d'armes comme « l'un des principaux garants de la liberté politique et civile ». Bien que cet article n'ait pas été adopté, il traduit tout de même cette « conviction solidement ancrée chez les Constituants : le droit de détenir et d'utiliser des armes existe »¹¹¹⁴. Le Tribunal correctionnel de Corte, dans une décision du 3 février 1837, établit qu'il s'agit d'un droit « qu'elle [la nation] tient de la nature, qu'elle a conquis sur la féodalité, les privilèges et le despotisme par vingt-cinq ans de combats et de gloire ; qu'en effet le port d'armes, qui découle du droit naturel, est un droit irrévocablement acquis aux Français »¹¹¹⁵. L'abolition des privilèges dans la nuit du 4 août constitue un événement fondamental pour l'égalité et la liberté politiques dont le port d'armes semble l'étendard. Ce droit, autrefois réservé à la classe des *bellatores* sous l'Ancien Régime, s'élargit pour devenir une prérogative de chacun. Cette égalité doit, en théorie, permettre à chaque homme de porter une arme défensive ou offensive ou une arme de loisir (essentiellement pour le sport ou la chasse), pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé. Un avis du Conseil d'État du 10 mai 1811 indique que « le droit de port d'armes résulte, pour tous les citoyens, de ce que ce n'est que

¹¹¹¹ ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen*, *nop. cit.*, p. 91.

¹¹¹² Un arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 1850, *Cottier (D. 1850, I, 255)* met en évidence l'indissociabilité des deux droits. En l'espèce, le sieur Augustin Cottier, garde national de la deuxième compagnie de la garde nationale de Guérande, ayant manqué plusieurs fois à un service d'ordre et de sûreté, avait été déclaré indigne de porter l'arme de garde national. Les juges ont ordonné l'annulation de ce jugement, faisant valoir que cette déclaration d'indignité de porter l'arme, qui n'avait aucun fondement dans la loi, « [était] d'autant plus grave qu'elle constituait une sorte de privation du droit de faire partie de la garde nationale, puisque l'indignité d'en porter l'arme implique celle du droit d'en faire partie ». Or, le droit d'être garde national est au nombre des droits dont l'exclusion, la destitution et la privation constituent, aux termes de l'art. 31 c. pén., la peine infamante de la dégradation civique, peine qu'il n'appartient pas assurément à un conseil de discipline de prononcer dans aucune de ses parties.

¹¹¹³ *A.P.*, t. 8, Séance du 18 août 1789, p. 455 (nous soulignons).

¹¹¹⁴ SAINT-BONNET (François), *Histoire des libertés et droits fondamentaux* (à paraître), cité par ESCUDIER (Charles), *Le port d'armes : 1800-1853*, Mémoire de Master 2, Histoire du droit, Paris 2, 2017, p. 6.

¹¹¹⁵ Trib. corr. Corte, 3 févr. 1837, *D. 1844, II, 74*.

dans certains cas que les lois en défendent l'exercice »¹¹¹⁶. Le droit de port d'armes, refusé en général aux seuls vagabonds et gens sans aveu, est classé parmi les droits civils dont tout le monde peut jouir¹¹¹⁷. « Ce droit appartient à tout citoyen qui n'en a pas été privé »¹¹¹⁸. Le port d'armes, en tant que droit individuel, sera réglementé dès la deuxième moitié du XIX^e siècle et interdit en 1939¹¹¹⁹.

Ce droit de porter des armes octroyé à chaque homme pour sa défense personnelle ou ses loisirs doit être distingué du droit de porter les armes pour défendre la Nation : « être armé pour sa défense personnelle est le droit de tout homme indistinctement ; être armé pour la défense de la patrie est le droit de tout citoyen », affirmait Robespierre en 1791. À cette époque, la doctrine confirme cette analyse puisque les auteurs précisent qu'il faut différencier « le droit d'avoir des armes pour la défense sociale et politique de celui de les porter en tout temps indistinctement. Sûrement comme citoyen-soldat, je peux avoir une, deux armes à feu chez moi [...]. Mais, on ne doit point confondre l'armement civique pour la défense de l'État avec le droit de porter des armes pour la défense personnelle »¹¹²⁰. En sus d'être un droit individuel, « le droit de porter les armes est l'un des critères classiques de la citoyenneté »¹¹²¹. La défense commune nourrie par l'idéologie civique du citoyen-soldat supplante la défense individuelle¹¹²². Sous la Révolution et, au-delà, pendant la première moitié du XIX^e siècle, ce droit d'être armé est corrélatif de l'appartenance à la garde nationale¹¹²³. C'est ce que met en évidence la chambre correctionnelle de Bastia dans un arrêt en date du 27 avril 1837. Les juges font de l'appartenance à la garde nationale la condition *sine qua non* du droit de port d'armes, allant jusqu'à nier l'existence même d'un droit *individuel* de port d'arme :

¹¹¹⁶ CARNOT (Joseph-François-Claude), *Commentaire sur le Code pénal, contenant la manière d'en faire une juste application, l'indication des améliorations dont il est susceptible, et des dissertations sur les questions les plus importantes qui peuvent s'y rattacher*, t. 1, Paris, B. Warée, 1823, p. 124 ; MERLIN (Philippe-Antoine), V^o « Armes », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, op. cit., t. 1, p. 365.

¹¹¹⁷ HANIN (J.), *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes*, Paris, Joubert, 1848, p. 288-289.

¹¹¹⁸ CAMBON (Eugène), *Des condamnations pénales envisagées dans leurs conséquences non prévues par le Code pénal*, op. cit., p. 56.

¹¹¹⁹ ESCUDIER (Charles), *Le port d'armes*, op. cit., p. 23.

¹¹²⁰ Article de M. PEUCHET, « Port d'armes », *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n^o 35, 24 mars 1791, p. 694.

¹¹²¹ *Ibid.*

¹¹²² HIPPLER (Thomas), « Service militaire et citoyenneté sous la Révolution française », op. cit., p. 271.

¹¹²³ *Ibid.* ; v. également GODINEAU (Dominique), « De la guerrière à la citoyenne. Porter les armes pendant l'Ancien Régime et la Révolution française », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 2004/2, n^o 20 : « avec la Révolution, le port des armes dans la garde nationale devint un des droits politiques du citoyen » (p. 11).

« en France, le droit d'être armé consiste dans le droit qu'ont les citoyens d'être appelés à faire partie de la garde nationale ; mais ce droit qui ne peut être exercé que sous la garantie de l'ordre et de la discipline militaire, ce droit, qui reçoit des restrictions, qui peut être suspendu, et qui oblige à un service public, en fixant la limite dans laquelle il peut être permis d'avoir et de porter des armes, est en même temps, la preuve irrécusable que le droit d'être armé n'appartient qu'à la société, qui, seule, veille et doit veiller pour la défense de tous ».

En France, la double nature – *individuelle* et *civique* – du port d'armes a été reconnue dès la Révolution. À l'exception de cette décision, la jurisprudence n'a pas considéré qu'il s'agissait, comme aux États-Unis jusqu'à une date récente, d'un droit « n'appart[enant] qu'à la société »¹¹²⁴. Cet arrêt présente toutefois le mérite de mettre en évidence la dimension civique, souvent méconnue, du droit de porter des armes. Il met plus particulièrement en lumière la particularité du « droit d'être armé [qui] consiste dans le droit qu'ont les citoyens d'être appelés à faire partie de la garde nationale ». S'il fait participer ses titulaires à la puissance publique, d'où son caractère « civique », il n'existe pas, à proprement parler, de droit civique autonome à porter les armes. Le droit de porter les armes n'est autre que le droit d'appartenir à la garde nationale, droit lui-même distinct du droit de faire partie de l'armée mentionnée à l'art. 34 al. 5 c. pén. 1810.

Bien qu'il fasse également participer ceux qui l'exercent à la chose publique, ce dernier droit¹¹²⁵ est davantage considéré par la doctrine comme un droit du national que comme un

¹¹²⁴ Aux termes du II^d amendement de la Constitution des États-Unis, « une milice bien organisée étant nécessaire à la sécurité d'un État libre, le droit qu'a le peuple de détenir et de porter des armes ne sera pas transgressé ». Jusqu'à un arrêt très remarqué de 2008 (*District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008)) dans lequel la Cour Suprême a consacré l'interprétation individualiste du droit de port d'arme, celle-ci avait établi, notamment dans *Miller contre États-Unis* (307 U.S. 174 (1939)) que le droit de porter des armes devait s'exercer non pas n'importe comment, mais dans le cadre d'une « milice bien organisée », le mot « milice » devant être interprété comme une armée citoyenne.

¹¹²⁵ L'affirmation que l'obligation militaire relève d'un droit apparaît dès 1789. C'est en son nom que Dubois-Crancé, militaire et député, légitime le système de conscription militaire qu'il soumet sans succès à la Constituante en décembre 1789. « Je dis, explique-t-il, que c'est maintenant un droit de tous les Français de servir la patrie, c'est un honneur d'être soldat quand ce titre est celui de la plus belle constitution du monde entier. Je dis que dans une nation qui veut être libre, entourée de voisins puissants, criblée de factions sourdes et ulcérées, tout citoyen doit être soldat et tout soldat citoyen sinon la France est arrivée au terme de son anéantissement » (Second rapport du Comité militaire sur l'établissement des milices nationales et le recrutement de l'armée, Paris, Imprimerie nationale, 1789, p. 11). Ce principe d'identité entre le citoyen et le soldat est consacré par la loi Jourdan-Delbrel adoptée le 19 fructidor de l'an VI (5 sept. 1798) instituant la « conscription universelle et obligatoire » de tous les Français âgés de 20 à 25 ans, c'est-à-dire le service militaire obligatoire : elle établit en son article 1^{er} que « tout Français est soldat et se doit à la défense de la patrie » - principe qui devait rester en vigueur à travers tous les régimes jusqu'en 1996. Sur le sujet, v. CREPIN (Annie), *Défendre la France. Les Français, la guerre et le service militaire, de la guerre de Sept Ans à Verdun, op. cit.* Sur la naissance de la conscription militaire et de l'idée d'un devoir mais aussi d'un droit de défense, voir plus particulièrement CATROS (Philippe), « Tout Français est soldat et se doit à la défense de la patrie » (Retour sur la naissance de la conscription militaire) », *Annales historiques de la Révolution française*, avril-juin 2007, p. 7-23.

droit du citoyen. Il ne découle pas en effet de la notion de citoyen, mais de celle de *Français* (même si elle est réservée aux hommes)¹¹²⁶ : il est possible d'exercer des fonctions militaires sans avoir pour autant l'âge ou les capacités requises pour être citoyen au sens électoral du terme. Notamment, aucune condition de cens n'est exigée à leur égard. Aussi les auteurs dissocient-ils souvent le droit de faire partie de la Garde nationale de celui d'être membre des armées, ne mentionnant que le premier parmi les droits civiques. De même, nous considérons, selon les critères que l'on a établis, que le droit d'être employé comme témoin dans des actes dont prive l'art. 34 al. 3 c. pén. 1810 n'est pas constitutif d'un droit civique¹¹²⁷.

2. L'évolution des droits civiques (art. 131-26 al. 3 et 8 c. pén.)

Le critère de distinction entre droit du citoyen (droit civique) et droit du national va être questionné par l'élargissement au cours de l'histoire de certains droits civiques à des femmes, à des mineurs, à des indigènes ou à des hommes ne payant pas le cens avant 1848. Doit-on considérer que ces droits, parce qu'ils sont attribués à des non-citoyens, perdent leur nature civique ? Ou doit-on retenir que les droits civiques ont changé de nature et peuvent désormais être octroyés aux individus qui ne jouissent pas des droits politiques ? La doctrine est, sur ce point, divisée. L'élargissement du droit d'accès à certaines fonctions publiques aux femmes puis aux étrangers illustre cette indétermination.

Les femmes, dès la fin du XIX^e siècle, accèdent à certaines fonctions publiques : elles tiennent dans l'administration une place importante, analogue à celle qui leur est confiée dans

¹¹²⁶ V. par ex. DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, 3^{ème} éd., Paris, E. de Boccard, 1930, p. 623.

¹¹²⁷ La thèse selon laquelle le droit d'être témoin instrumentaire ferait participer les témoins à la fonction publique qu'est le notariat, constituant dès lors un droit civique, a été fort discutée par la doctrine. LAFERRIERE (Firmin), dans « Des droits politiques et de la qualité de Citoyen français, dans leurs rapports avec les lois constitutionnelles et civiles, depuis 1789 jusqu'à ce jour », *op. cit.*, p. 856, considère que « le droit qu'ils exercent est [...] évidemment aujourd'hui un droit politique ». Un des principaux commentateurs du Code civil, s'appuyant sur l'Exposé des motifs, indique également que « les citoyens qui assistent un notaire dans la rédaction des actes exercent, comme lui, une portion de la puissance publique, puisqu'ils coopèrent à rendre un acte authentique et à lui conférer l'exécution parée. Or, toutes les fonctions qui ont du rapport avec l'exercice de la puissance publique sont des droits politiques qui ne peuvent appartenir qu'aux citoyens » : TOULLIER (Charles-Bonaventure-Marie), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. 1, 2^{ème} éd., Paris, B. Warée, 1819, p. 231. Loin de faire l'unanimité, cette thèse a été discutée, même contestée : v. FUZIER-HERMAN (Édouard) dir., *Répertoire général alphabétique du droit français, op. cit.*, t. 35, p. 515. Voir également SERRIGNY (Denis), *Traité du droit public des Français, op. cit.*, p. 175. La jurisprudence semble avoir mis un terme au débat en disjoignant dans plusieurs arrêts la capacité d'être témoin instrumentaire de la jouissance des droits politiques : v. Cass., 19 juin 1824, *D.* 1824, I, 279 ; Trib. d'Amiens, 9 mars 1864, *Archives du notariat et des officiers ministériels*, Paris, 1864, t. 20, p. 265. Les juges du Tribunal d'Amiens ont explicitement affirmé que « les articles 34 et 42 du Code pénal [...], loin de confondre avec les droits civiques ou politiques [...] celui d'être témoin dans les actes, en font au contraire une classe distincte et séparée ».

les administrations privées, notamment dans les grandes maisons de banque et les chemins de fer. C'est également dans des domaines liés à l'éducation que les femmes se voient ouvrir l'accès aux fonctions publiques. Dans un autre secteur, celles-ci peuvent être receveuses et sous-agents des postes et télégraphes. Elles ont donc eu semble-t-il la jouissance de certains droits civiques avant d'avoir celle des droits politiques, ce qui est en soi un fait remarquable. Nous avons vu en effet que la doctrine établissait une comparaison entre l'exclusion des étrangers de la fonction publique et celle des femmes au motif qu'aucun des deux n'avaient la jouissance des droits politiques. Après avoir indiqué que « l'aptitude à être fonctionnaire constitue un droit civique dont l'étranger n'a pas la jouissance » pour des raisons « de dignité et d'indépendance »¹¹²⁸, le *Répertoire administratif Béquet* à la fin du XIX^e siècle ajoute que « c'est par un motif juridique analogue [...] que les femmes ne peuvent, en règle générale, être nommées à des fonctions publiques »¹¹²⁹. Et d'ajouter : « elles ne jouissent pas, en effet, des droits politiques. Or, la jouissance et l'exercice des droits civils ne constituent pas une raison suffisante pour leur attribuer des droits civiques »¹¹³⁰. Selon cette conception répandue dans la doctrine à l'époque, on admet au titre de droits civiques les seuls droits dont jouit le citoyen et on rejette ceux dont la jouissance est partagée avec d'autres bénéficiaires. Le fait que des femmes, qui ne jouissaient pas des droits politiques et n'avaient dès lors pas la qualité de citoyen, aient eu accès à certaines fonctions publiques impliquait dès lors pour certains que le droit d'accès aux fonctions publiques ne constituait pas/plus un droit civique.

Que la jouissance des droits civiques soit réservée aux citoyens, c'est là en quelque sorte le sens du raisonnement adopté par le commissaire du gouvernement Latournerie dans ses conclusions sous l'arrêt *Mlle Bobard* jugé par le Conseil d'État le 3 juillet 1936¹¹³¹. En l'espèce, en raison d'une pénurie d'hommes pendant la guerre, un décret de 1919 avait ouvert aux femmes l'accès à certaines fonctions publiques de commis et de rédacteur, à titre de dérogation et pour un délai limité. Après qu'un décret de 1926 les avait admises sans restriction, des décrets ultérieurs à partir de 1931 limitèrent puis exclurent les femmes des postes de rédacteur. Pour les requérantes, les décrets ultérieurs étaient entachés d'excès de pouvoir en ce qu'ils violaient le principe de l'égalité quant à l'admission dans les emplois

¹¹²⁸ BEQUET (Léon), *Répertoire du Droit administratif*, op. cit., p. 549.

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ *Ibid.*

¹¹³¹ CE, Ass., 3 juill. 1936, *Dlle Bobard et autres*, *Lebon*, p. 721 ; concl. Latournerie, *RDJ*, 1937, p. 684.

publics. Elles établissaient une distinction entre les droits civiques¹¹³² et les droits publics. Si sur le terrain des droits civiques, les femmes n'étaient pas placées avec les hommes sur un pied d'égalité, les droits publics que sont par exemple la liberté de pensée, de conscience ou de travail étaient ouverts à tous les nationaux sans distinction de sexe. Or, le droit à l'accès aux fonctions publiques n'était pas un droit civique. Aussi n'y avait-il pas besoin d'un texte pour accorder le droit à la fonction publique aux femmes. Il en fallait un au contraire pour leur ôter.

Pour l'accès des femmes aux emplois publics, la capacité était-elle la règle, l'incapacité l'exception ? Ou l'inverse ? Pour M. Latournerie, commissaire du Gouvernement, la réponse à cette question dépendait de la conception que l'on se faisait de la nature du droit d'égalité admissibilité aux emplois publics. Pour déterminer si les femmes pouvaient accéder au poste de rédacteur, Latournerie affirme autrement dit qu'il fallait savoir si le droit d'accès à la fonction publique constitue un droit civique ou non. Devait-on le classer, comme Esmein, parmi les droits publics individuels qui sont l'apanage de tous les Français et Françaises, ou parmi les droits civiques, réservés aux citoyens ? Si les femmes pouvaient accéder aux fonctions publiques alors qu'elles n'étaient pas citoyennes, c'est que l'accès à la fonction publique n'était pas un droit du citoyen. C'est la conclusion à laquelle parvient le commissaire du gouvernement : c'est entre autres parce qu'il ne constitue pas un droit civique – politique dans les termes employés par Latournerie – que le droit d'accès aux fonctions publiques a pu être étendu aux femmes. Pour M. Latournerie, la règle qui établit une liaison entre l'aptitude aux emplois et les droits de vote et d'éligibilité ne serait qu'une règle en somme non écrite, un principe coutumier de notre droit public. La jurisprudence pourrait faire prévaloir la solution contraire et déclarer que la capacité des femmes est la règle. Le Conseil d'État a reconnu l'aptitude légale des femmes aux emplois publics en n'autorisant leur exclusion que lorsque des raisons de service le nécessitent.

Pour la plupart des auteurs, les deux propositions ne sont en réalité pas incompatibles. Le droit d'accès à la fonction publique peut à la fois être interprété comme un droit civique et être étendu aux femmes quand bien même celles-ci ne seraient pas citoyennes. La femme est alors pensée comme une « citoyenne partielle ». En d'autres termes, devant cette ouverture des fonctions publiques aux femmes (et d'ailleurs avant même qu'elle ne soit générale), la

¹¹³² Les requérantes et le commissaire du gouvernement emploient le terme de « droit politique » pour parler de « droit civique ».

doctrine a considéré que la femme française « a conquis graduellement des droits civiques, ce qui lui confère la qualité de citoyenne, partiellement au moins »¹¹³³. La jouissance des droits civiques doit être dissociée de la qualité d'électeur qui allait progressivement leur être reconnue. Selon cette thèse, « les droits civiques appartiennent à tout citoyen français, même non électeur, à moins qu'il n'en ait été privé par une condamnation »¹¹³⁴.

Après s'être élevée pour les femmes, la question de la nature du droit d'accès à la fonction publique s'est posée à nouveaux frais à la suite de l'adoption de la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique. Cette loi rend désormais accessibles aux ressortissants communautaires les emplois dont les attributions sont « soit séparables de l'exercice de la souveraineté soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités territoriales ». L'interprétation de la doctrine, au regard de cette évolution, est double. Elle tend *ou* à envisager que l'accès à la fonction publique n'est plus un droit civique¹¹³⁵ *ou* bien que les droits civiques, contrairement aux deux critères établis au moment de leur adoption, peuvent être octroyés à des non-citoyens¹¹³⁶. On retrouve les mêmes difficultés de lecture pour d'autres droits civiques qui ont été octroyés progressivement à des non-citoyens. On citera l'exemple de la Garde nationale que l'art. 10 de la loi du 22 mars 1831 a permis d'étendre aux étrangers. La loi permet d'appeler au service de la garde nationale l'étranger admis provisoirement à jouir des droits civils en France, conformément à l'article 13 du code civil, et qui a acquis en France une propriété ou y a formé un établissement¹¹³⁷. Pour Laferrière, cette extension prouve que faire partie de la Garde nationale ne constitue plus un droit civique¹¹³⁸.

En systématisant les évolutions, une distinction paraît pouvoir être effectuée dans la doctrine du XIX^e-début XX^e siècle selon les bénéficiaires de l'extension des droits civiques. Lorsque les droits civiques sont octroyés aux femmes ou aux indigènes, ceux-ci sont le plus souvent considérés comme ayant acquis une citoyenneté partielle (modèle du droit d'accès la

¹¹³³ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 645.

¹¹³⁴ *Ibid.*

¹¹³⁵ DUMONT (Gilles), *La citoyenneté administrative*, *op. cit.*, p. 87.

¹¹³⁶ MARIA (Ingrid), « Exercice et jouissance des droits civils et politiques », *op. cit.*

¹¹³⁷ Art. 10 de la loi du 22 mars 1831 ; v. CE, 5 févr. 1841, *Journal du Palais : Jurisprudence administrative*, vol. 8, 1841, p. 25-26.

¹¹³⁸ LAFERRIERE (Firmin), « Des droits politiques et de la qualité de Citoyen français, dans leurs rapports avec les lois constitutionnelles et civiles, depuis 1789 jusqu'à ce jour », *op. cit.*, p. 832.

fonction publique) ; lorsque les mêmes droits sont accordés aux étrangers, ce sont les droits qui sont alors considérés comme des droits civils ou individuels et perdent ainsi leur nature civique (modèle du droit de faire partie de la Garde nationale) ; lorsque ces droits sont enfin accordés à des mineurs ou à des hommes ne payant pas le cens avant 1848, ils deviennent des droits du national (modèle du droit de servir dans les armées).

Sachant que la Garde nationale – et partant son corollaire, le droit civique de port d’armes – a été supprimée en 1871, il ne devrait plus rester selon ce schéma qu’un seul droit civique aujourd’hui, le droit d’être juré mentionné à l’al. 3 de l’art. 131-26 c. pén. Nous considérons quant à nous que le droit d’accès à la fonction publique auquel il est d’ailleurs fait référence dans le dernier alinéa du même article en fait toujours partie. L’accès des étrangers à certaines fonctions publiques est en effet présenté comme une *exception* qui ne remet pas en cause le *principe* législatif suivant lequel il est réservé aux citoyens français.

Nous avons démontré dans cette section qu’il existe une spécificité des droits politiques et civiques qui forment le contenu de la citoyenneté à travers l’analyse de leur objet, de leur matière (critère *rationae materiae*). Les droits civiques et politiques forment également une catégorie singulière au regard de leur nature et de leur régime.

Section 2 – La nature et le régime des droits civiques et politiques : des droits dans les mains du Souverain

Lesdits droits sont des droits concédés par le Souverain (§1) qui, jusqu’à la V^e République, peut les attribuer, les réglementer et surtout les retirer de façon discrétionnaire (§2).

§1. La nature des droits politiques : des droits concédés par le Souverain

Comme nous l’avons brièvement évoqué dans le chapitre premier en nous référant à la question du fondement du pouvoir électoral, deux thèses ont été développées au moment de la Révolution quant à l’origine du suffrage. La thèse, fondée sur une certaine conception de la souveraineté individuelle, selon laquelle le suffrage serait un droit inhérent à tout membre de la nation et antérieur à la législation positive a été rapidement battue en brèche par celle qui voit dans l’électorat une « habilitation constitutionnelle », une concession accordée par la

Constitution. La thèse de l'électorat-droit aurait en effet pour conséquence que les femmes, les enfants ou les indignes ne sauraient être exclus du suffrage. Or, ainsi que le relève Esmein, tous les systèmes électoraux admettent que des citoyens puissent perdre à temps ou pour toujours la jouissance de leur droit électoral pour cause d'indignité : « il est bien difficile de repousser cette idée »¹¹³⁹. Évoquant le sort des indignes, mais aussi des faillis et des militaires privés du droit de suffrage, Carré de Malberg souligne également qu'« au point de vue juridique, ces limitations ou exclusions sont inconciliables avec la théorie qui voit dans l'électorat un droit inhérent à la qualité de citoyen »¹¹⁴⁰. L'exemple de l'exclusion des indignes confirme que les droits politiques ne sont pas des droits naturels mais des « droits » octroyés et retirés librement par le Souverain.

Solirène, auteur d'une thèse sur l'indignité en matière d'élection et d'éligibilité, note cependant qu'il existe de « grands désaccords [...] sur ce point »¹¹⁴¹. À la fin du XIX^e-début du XX^e siècles, les auteurs de plusieurs thèses de doctorat ont cherché à répondre aux critiques fondées sur les inconvénients qui résulteraient de l'application des conséquences de la théorie de l'électorat comme droit. Ils ont notamment tenté de répondre à l'objection selon laquelle « puisqu'il s'agit d'un droit attaché à la qualité même d'être humain, on devra établir le scrutin [...] dans les prisons »¹¹⁴². Pour Francis Sauvage, les contempteurs de la théorie de l'électorat-droit ont cru, en se fondant sur Rousseau, qu'un droit naturel était forcément un droit inaliénable et intangible. Or, poursuit l'auteur, le droit de vote est un droit naturel comme les autres et par suite susceptible de restrictions si elles sont justifiées par la stricte nécessité. De ce que la société peut limiter le droit de vote, on ne peut en conclure que c'est elle qui le confère. Des restrictions sont possibles dès lors que les conséquences du droit individuel de suffrage menaceraient l'ordre public, dès lors, autrement dit, que l'exercice de ce droit par des individus mettrait en danger l'existence de la société ou des autres droits individuels. Il en est ainsi des condamnés et des militaires en activité de service. On ne saurait en revanche restreindre ce droit pour des raisons tenant à l'utilité générale : un droit ne peut succomber devant un intérêt. À l'inverse, si le vote constituait une fonction publique, la nation pourrait ne consulter que son intérêt pour en disposer. F. Sauvage en conclut que « la

¹¹³⁹ ESMEIN (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 355.

¹¹⁴⁰ CARRÉ DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 440.

¹¹⁴¹ SOLIRENE, *De l'indignité en matière d'élection et d'éligibilité*, Thèse pour le doctorat, Paris, A. Rousseau, 1909, p. 7.

¹¹⁴² SAUVAGE (Francis), *De la nature du droit de vote*, th. doct., Université de Rennes, Imp. de l'Ouest Éclair, 1903, p. 85.

société peut en cas de nécessité supprimer les conséquences d'un droit sans que ce droit devienne pour cela une fonction publique »¹¹⁴³.

Pour Joseph Antier également¹¹⁴⁴, les restrictions au suffrage peuvent très bien s'expliquer, même dans la doctrine de l'électorat-droit. Il n'est pas en effet de la nature d'un droit d'exclure toute réglementation. La propriété, par exemple, est le droit le plus absolu que nous puissions avoir sur une chose. Or, le droit de propriété est soumis à des restrictions. Nous ne pouvons pas faire de notre bien un usage prohibé par les lois ou les règlements (art. 544 c. civ.). On peut, contre notre volonté, nous en exproprier pour cause d'utilité publique. Nous sommes assujettis à certaines servitudes. L'individu a le droit de disposer de ce qu'il possède mais s'il manque de raison, on peut le priver de ce droit pour l'empêcher de se nuire à lui-même et à la société. Il en va de même pour le suffrage.

Émile Morlot¹¹⁴⁵ établit lui aussi que les restrictions apportées par le législateur à l'électorat politique n'impliquent pas nécessairement la méconnaissance d'un véritable droit chez l'électeur. Le rapport Batbie sur la loi électorale du 30 novembre 1875 ferait selon ce dernier une confusion en concluant des lois existantes à la nature du droit de suffrage en lui-même. Morlot procède à une démonstration de sa thèse en réfutant tour à tour l'argument tiré de la situation des mineurs, des indignes et des incapables. De ce que dans la législation existante, les mineurs sont privés non seulement de l'exercice personnel du droit électoral mais aussi de sa jouissance – ce droit n'étant pas exercé par leur tuteur –, on ne peut en conclure que le suffrage n'est pas un droit. En raisonnant à partir d'un autre exemple, on observe que dans la législation existante, un mineur de moins de 18 ans ne peut pas non plus se marier. Or, cela ne signifie pas que la faculté de se marier ne soit pas un droit individuel, que ce ne soit qu'une fonction sociale. Une faculté naturelle, un droit peuvent être restreints dans l'application par le législateur sans cesser d'être un droit proprement dit. Le fait légal que le mineur n'exerce pas l'électorat est impuissant à fournir la preuve que l'électorat n'est pas un droit. La privation de l'exercice du droit de suffrage du mineur s'explique selon l'auteur non pas par le fait que le suffrage n'est pas un droit mais par le fait qu'il est rationnel de ne pas permettre à un mineur de voter. Le droit politique est en effet plus élevé et plus

¹¹⁴³ *Ibid.*, p. 87.

¹¹⁴⁴ ANTIER (Joseph), *Droit romain : des Actions noxales. Droit français : de l'électorat politique*, th. doct., Université de Paris, Paris, A. Rousseau, 1892.

¹¹⁴⁵ MORLOT (Émile), *Droit romain : les Comices électoraux sous la République romaine. Droit français : de la Capacité électorale*, *op. cit.*

difficile à exercer que le droit civil, qui ne dépasse pas la sphère de la famille ou des intérêts pécuniaires.

À défaut de lui en attribuer l'exercice, pourquoi ne pas lui en accorder cependant la jouissance ? Dans la législation existante, le tuteur ne peut exercer le droit de vote pour le mineur, alors qu'il peut exercer d'autres droits. Batbie en conclut que c'est parce que l'électorat n'est pas un droit. Pour Morlot, le rapport confond en réalité deux types de droits : les droits essentiellement personnels, pour lesquels il n'y a pas de distinction à faire entre l'exercice et la jouissance, seul celui qui a intérêt à leur réalisation pouvant les accomplir, et les autres droits, pour lesquels la distinction entre exercice et jouissance est facilement concevable. Ainsi de nouveau de la faculté de se marier. Le tuteur peut-il l'exercer pour son mineur ? Non, car rien ne peut remplacer ici le jugement personnel. Pourtant, ce défaut de jouissance chez le mineur et ce défaut d'exercice du droit du mineur par le tuteur ne suppriment pas le caractère du droit dans la personne de celui qui, devenu majeur, aura la plénitude de sa capacité. C'est « un droit qui sommeille ». Le droit de voter politiquement est aussi un droit essentiellement personnel. On a tous sur les affaires de notre pays et leur direction différentes opinions. Rien ne garantit que le tuteur qui voterait pour le mineur ait la même opinion que lui. En conclusion, le fait que le vote politique ne soit pas exercé par le tuteur représentant de son pupille ne prouve pas que ce ne soit pas un droit proprement dit mais seulement que le droit de vote est un droit essentiellement personnel. C'est en se fondant sur des arguments semblables que l'auteur démontre que l'on ne peut conclure de l'exclusion des indignes et des incapables du suffrage à la nature nécessairement fonctionnelle du suffrage.

Les réfutations exposées dans ces thèses reposent sur une confusion quant au sens même à donner à la notion de « droit ». Tantôt il semble être question du fondement du pouvoir électoral – la question étant dès lors de savoir si l'accès à l'électorat, pour les membres de la nation, constitue un droit inné à la qualité de Français, par conséquent antérieur à la législation positive, ou bien une fonction, c'est-à-dire une concession accordée par la Constitution ; tantôt l'enjeu paraît-il porter davantage sur la nature du pouvoir électoral, une fois consentie par la Constitution – c'est-à-dire sur la question de savoir si le suffrage est pour les nationaux reconnus comme électeurs un droit subjectif (la concession ayant fait naître en la personne des citoyens qu'elle a investis de ce pouvoir un droit proprement dit) ou une fonction de puissance publique consistant à vouloir pour le compte de tous. Il est bien évident

que les droits, dans cette dernière acception, peuvent être limités sans que leur nature de droit ne soit remise en cause¹¹⁴⁶.

Au problème initialement posé du fondement du pouvoir électoral, on retiendra donc, avec les auteurs de la doctrine constitutionnaliste classique, que l'exclusion des indignes en droit positif, comme l'exclusion de la femme que Carré de Malberg commente en note, « fournit, d'une manière certaine, la preuve que l'électorat repose juridiquement sur une concession consentie par la loi de l'État »¹¹⁴⁷.

Que le suffrage ne soit pas un droit absolu ou naturel mais une concession du Souverain, c'est, au-delà de la doctrine, ce qu'ont parfaitement mis en évidence les juges aux États-Unis dans une affaire mettant en cause un homme déchu de ses droits politiques à la suite d'une condamnation pour larcin. Dans l'arrêt *Washington v. State* de 1884¹¹⁴⁸, ces derniers ont jugé que :

« La participation au vote est un privilège plutôt qu'un droit, et elle est accordée ou refusée pour des raisons de politique générale [...]. M. Story, sans s'engager à dire si elle a son fondement dans le droit naturel ou non, dit qu'elle "a toujours été traitée dans la pratique des nations comme un droit strictement civil, issu de chaque société et réglementé par elle, selon son libre arbitre et son bon plaisir" [...]. Le poids de la raison et de l'autorité, cependant, comme nous le verrons, soutiennent l'idée que *le suffrage politique n'est pas un droit absolu ou naturel, mais un privilège conféré conventionnellement au citoyen par la souveraineté* ».

En France, le suffrage est pensé comme une fonction citoyenne ne pouvant être conférée qu'à des individus jugés dignes de l'exercer. Dans cette perspective, le vote est avant tout un devoir assimilé à un mandat public, une compétence constitutionnelle par laquelle certains individus exercent le pouvoir de la collectivité, ou si l'on préfère, par laquelle chaque individu exerce une activité pour le compte de l'État et en son nom. Par conséquent, il ne peut être confié qu'à des individus dotés de qualités intellectuelles certaines et dont les intérêts sont directement concernés par les enjeux du scrutin. La théorie de l'électorat-fonction implique la sélection d'un corps électoral exemplaire. Elle attribue tous les droits à la nation et peut par là-même exclure les individus, les citoyens, de certains droits : « les droits politiques ne reposent pas, comme les droits individuels, sur la liberté ; ils reposent sur la capacité. Ils

¹¹⁴⁶ Nous laissons volontairement de côté pour le moment l'idée selon laquelle il existe, pour la CEDH notamment, des droits « absolus ».

¹¹⁴⁷ CARRÉ DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 440, note 11. Sur la citoyenneté chez Carré de Malberg, voir l'article de référence de BEAUD (Olivier), « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », op. cit.

¹¹⁴⁸ *Washington v. State*, 75 Ala. 582, 585 (1884). Nous soulignons.

n'appartiennent donc pas à tous les Français, mais à ceux des Français qui remplissent les conditions auxquelles la loi a attaché la présomption de capacité. Ces personnes sont les seules à qui appartienne, en langage juridique, la qualité de Citoyen »¹¹⁴⁹.

Le pouvoir du corps électoral est « un pouvoir d'organe ». « Les citoyens-électeurs exercent non pas un pouvoir subjectif, mais une compétence étatique »¹¹⁵⁰. L'électeur n'est qu'un fonctionnaire national, un agent d'exercice du pouvoir national. L'électorat n'est qu'une fonction publique commise par la nation, c'est-à-dire en réalité par la Constitution. Les hommes qui exercent une portion quelconque de la souveraineté nationale ne détiennent pas une puissance propre mais un « pouvoir d'emprunt, concédé et par conséquent, essentiellement sujet à limitation », c'est-à-dire un mandat constitutionnel. Il convient de préciser, comme nous le suggère R. Carré de Malberg, que l'introduction du suffrage universel masculin, capital politiquement parlant, ne signifie pas que les citoyens seraient désormais « l'origine première de la souveraineté étatique, auquel cas l'électorat apparaîtrait comme un droit absolu pour le citoyen »¹¹⁵¹. De nouveau, le droit positif met en évidence que tous les membres de la nation ne sont pas électeurs. Carré de Malberg observe que toutes les « restrictions » réservent à un quart seulement des nationaux français (« dix millions environ ») le droit de vote. Il est loisible de considérer que l'extension du suffrage, c'est-à-dire la reconnaissance du suffrage universel, est due à des causes politiques, mais qu'il ne modifie pas la nature du droit de suffrage. Le seul effet pratique de l'universalisation du suffrage n'est certes pas mineur : il existe désormais « une présomption constitutionnelle de capacité électorale » qui est « à la base du suffrage universel »¹¹⁵². Malgré l'émergence du suffrage universel, les électeurs exercent toujours une fonction étatique¹¹⁵³.

Dans cette théorie selon laquelle le citoyen électeur exerce une fonction constitutionnelle, une partie de la doctrine française a considéré que l'on pouvait introduire néanmoins une

¹¹⁴⁹ LAFERRIÈRE (Firmin), *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 4^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1854, p. 75-76.

¹¹⁵⁰ CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 411.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, p. 438.

¹¹⁵² *Ibid.*, p. 440.

¹¹⁵³ Duguît défend la même idée : cf. DUGUÎT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, *op. cit.*, p. 584-585 : « quand on lit les discussions de 1848, [...] l'électorat n'est point considéré comme un droit inhérent à la qualité de Français et accordé à tous sans distinction. Il n'est point donné aux femmes ; et l'article 28 de la constitution de 1848 porte que la loi électorale déterminera les causes qui peuvent priver un Français du droit d'élire et d'être élu ». L'électorat « reste une commission accordée par la loi au citoyen français. Rien dans les lois postérieures (décret-loi du 2 février 1852 ; loi du 30 novembre 1875) ne vient contredire cette conception ».

dimension subjective de l'exercice d'un droit personnel¹¹⁵⁴. Duguit a ainsi souligné la nature duale du droit de suffrage. Selon ce dernier, on ne peut nier que « la capacité de vote, conférée par la loi positive au citoyen, constitue pour celui-ci, incontestablement un certain pouvoir juridique et, en ce sens, un droit »¹¹⁵⁵ : « l'électorat est en même temps un droit et une fonction »¹¹⁵⁶, comme le concède ce dernier dans son *Traité* et comme semblent l'admettre Esmein et Michoud. La meilleure preuve que le citoyen électeur détient en quelque sorte un droit, c'est qu'il « est juridiquement fondé à faire reconnaître sa qualité d'électeur et même à exercer son pouvoir électoral »¹¹⁵⁷. Carré de Malberg souligne également la dualité du suffrage en soulignant que « l'électorat est successivement un droit individuel et une fonction étatique : un droit, en ceci qu'il s'agit pour l'électeur de se faire admettre au vote et d'y prendre part ; une fonction, en cela qu'il s'agit des effets que doit produire l'acte électoral une fois accompli ». Contrairement à Duguit, ce dernier propose cependant une scission d'ordre temporel : « avant le moment du vote, tant qu'il est seulement un électeur inscrit sur les listes électorales, le citoyen jouit d'un droit subjectif. Celui-ci réside dans le droit qu'il a d'agir en justice s'il n'est pas inscrit sur les listes électorales alors qu'il remplit les conditions légales pour l'être. Mais les choses changent dès qu'il vote. Il est alors saisi par l'État, par la fonction qu'il remplit »¹¹⁵⁸. « En tant que le citoyen-électeur agit comme fonctionnaire, il fait un acte étatique : c'est l'État qui agit par lui ; sa personnalité, de même que celle de l'individu organe s'absorbe dans celle de l'État [...] ; Le vote n'apparaît ici que comme l'exercice d'une compétence et l'accomplissement d'une fonction »¹¹⁵⁹. En résumé, avant de voter, il a « un droit électoral de citoyen » et au moment du vote (et après ce vote), il exerce une fonction étatique.

Que l'on reconnaisse ou non à l'électeur un droit subjectif, il reste que celui-ci lui est concédé par l'État qui exerce sur lui ce que les juges américains dans *Washington v. State* nomment un « contrôle suprême ».

¹¹⁵⁴ Cf. HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 567, qui reconnaît cette double nature : « sans doute, il est très important d'établir que le droit de suffrage est un droit individuel [...]. De ce que le droit de suffrage est un droit individuel, [...] il ne s'ensuit pas qu'il ne soit pas doublé d'une fonction ».

¹¹⁵⁵ Thèse défendue par Nikolaos Saripolos qui est cité ici par CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 443.

¹¹⁵⁶ DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. 2, p. 585.

¹¹⁵⁷ CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 443.

¹¹⁵⁸ BEAUD (Olivier), « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », *op. cit.*, p. 46.

¹¹⁵⁹ CARRE DE MALBERG (Raymond), *op. cit.*, p. 449.

Pour ces derniers,

« Le fait que nul ne peut exercer le droit de vote à moins qu'il ne soit expressément et affirmativement conféré par la Constitution ou les lois d'un État [...] montre immédiatement et de lui-même que *l'électeur possède un simple privilège* ; que *les États ont le contrôle suprême sur ce privilège* ; que l'enlever, ou ce qui est la même chose, le refuser, ne porte atteinte à aucun droit »¹¹⁶⁰.

L'État peut-il accorder et surtout retirer les droits politiques de façon discrétionnaire, selon son « libre arbitre et son bon plaisir »¹¹⁶¹ ?

§2. Le régime des droits politiques : des droits accordés et retirés de façon discrétionnaire par le Souverain ?

Afin de préciser notre questionnement, il convient de distinguer deux hypothèses : la première est celle dans laquelle la privation des droits politiques résulte à proprement parler du pouvoir souverain de l'État (B). Par « souveraineté », on entend ici « le titre à l'exercice discrétionnaire de compétences »¹¹⁶². C'est la souveraineté dans un sens « technique et instrumental »¹¹⁶³ en ce que le concept qualifie le plus haut degré de liberté de l'État dans l'exercice d'une prérogative déterminée. On distinguera cette situation de l'hypothèse dans laquelle la privation des droits politiques résulte de la destruction pure et simple de toutes les relations d'État à citoyen. Nous nous référons ici à la suppression du statut de citoyenneté ou à l'amputation de certains droits politiques des citoyens sous des régimes autoritaires, notamment celui de Vichy. Cet épisode de l'histoire n'illustre pas le fait que l'État aurait un pouvoir souverain en matière de droits politiques : il n'y pas de droits des juifs à disposition d'un souverain dans le sens classique de la théorie de l'État et de la souveraineté. Il ne s'agit là, comme l'a montré Olivier Beaud, que d'une possibilité « anormale »¹¹⁶⁴ (A).

Nous entendons démontrer qu'en temps « normal », quand bien même elle ne se fonde pas sur des motifs arbitraires – quand bien même le pouvoir discrétionnaire de l'État est de ce

¹¹⁶⁰ *Washington v. State*, cit. (nous soulignons).

¹¹⁶¹ *Ibid.*

¹¹⁶² DUBOIS (Louis), « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 216. La phrase complète est la suivante : « la souveraineté n'est pas seulement une qualité de l'État mais le titre à l'exercice discrétionnaire de compétences ».

¹¹⁶³ BEAUD (Olivier), *La puissance de l'État*, op. cit., p. 12.

¹¹⁶⁴ BEAUD (Olivier), « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », op. cit., p. 232.

point de vue limité –, la privation des droits politiques obéit, jusqu'à la V^e République, à un régime qui témoigne de l'omnipotence du législateur (B).

A. La privation arbitraire des droits politiques sous le III^e Reich et le régime de Vichy : une possibilité « anormale »

Historiquement, l'État a pu, de façon unilatérale, exclure des individus du corps politique (1). Ainsi que nous l'avons annoncé, ce n'est là cependant qu'un cas-limite qui repose sur une perversion du concept d'« incapacité » et des règles de la citoyenneté (2).

1. Le statut des Juifs

La citoyenneté allemande sous le Troisième Reich en constitue la parfaite illustration¹¹⁶⁵. Parmi les trois lois de Nuremberg portant pour l'une, sur le drapeau allemand, pour l'autre, sur la protection du sang allemand et de l'honneur allemand, la loi sur la citoyenneté du Reich du 15 septembre 1935 fait de « la communauté de sang et d'origine » le véritable critère d'appartenance au peuple allemand. Il s'agit d'une conception discriminatoire de la nationalité et de la citoyenneté, ce qui ressort de la définition suivante :

« Seul est national du Reich le national de sang allemand ou apparenté (*artverwandten Blutes*) qui prouve par sa conduite qu'il est disposé et apte à servir loyalement le peuple et le Reich allemand [*beweist, daß er gewillt und geeignet ist, in Treue dem deutschen Volk und Reich zu dienen*].

Le statut du citoyen du Reich est acquis par la délivrance d'un certificat.

Seul le citoyen du Reich est détenteur de la plénitude des droits politiques conformément aux lois [*der alleinige Träger der vollen politischen Rechte nach Maßgabe der Gesetze*] »¹¹⁶⁶.

Cet article introduit un double critère de citoyenneté : la qualité de citoyen est en premier lieu subordonnée à une condition de race. Le décret d'application du 14 novembre 1935 précise explicitement que le critère racial vise à écarter les juifs du peuple allemand. Aux termes du §4 al. 1 en effet, « un Juif ne peut pas être national du Reich. Le droit électoral en matière politique ne lui est pas accordé. Il ne peut pas occuper d'emploi public. Les fonctionnaires juifs seront mis à la retraite d'office le 31 décembre 1935 ». D'autre part, cette loi du 25 septembre 1935 fixe une condition politique à la citoyenneté du Reich : « n'est

¹¹⁶⁵ *Ibid.*

¹¹⁶⁶ RUBY (Maurice), *L'évolution de la nationalité allemande d'après les textes (1842-1953)*, Baden-Baden, Wervereis, doc. 24, p. 538-539.

citoyen du Reich (*Reichsbürger*) que celui qui prouve par son comportement qu'il désire et qu'il est apte à servir le peuple et l'empire allemand en toute fidélité ». La citoyenneté est attribuée individuellement par une décision de l'Administration sur le fondement de la loyauté politique.

René Capitant a mis en évidence qu'une telle loi introduit une sorte de « discrimination politique » puisqu'elle « abolit le principe d'égalité politique qui s'appliquait dans le Reich depuis la constitution bismarckienne de 1871 [...]. Elle introduit en effet une distinction entre deux catégories d'Allemands, les citoyens (les *Reichsbürger*), d'une part, et les simples ressortissants (les *Staatsangehörige*) de l'autre, dont les statuts politiques sont désormais différents. Le Troisième Reich applique ainsi à la population métropolitaine une division que les autres pays européens réservaient à leurs colonies – la division entre sujets et citoyens, ces derniers jouissant seuls des droits politiques qui sont refusés aux autres »¹¹⁶⁷. Le droit va donc évaluer les hommes en fonction de leur valeur « et proportionner leurs droits à leurs capacités »¹¹⁶⁸. Les nazis ont introduit une hiérarchie, une « sélection politique » en mettant les hommes du parti, de leur parti, dans le camp des « citoyens de première zone, représentant l'élite ou la prétendue élite politique, et jouissant, à ce titre, de privilèges »¹¹⁶⁹.

Le régime de Vichy s'inspirera étroitement du régime nazi en édictant le statut des Juifs dans la loi du 3 octobre 1940 et la loi du 2 juin 1941 destinée, selon son titre, à le remplacer. Le projet d'un statut des Juifs chemina, dès l'été 1940, dans l'État français, parallèlement à la préparation des premières ordonnances contre les Juifs prises par les Allemands en zone occupée. L'élimination des Juifs des domaines essentiels de la vie nationale constituait, au début de l'occupation, un point de convergence entre Allemands et nouveaux maîtres de la France, l'un de ceux aussi par lesquels Vichy jugeait possible de se concilier les bonnes grâces de l'occupant. « Un accord de principe était établi entre vichyssois et nazis selon lequel les Juifs n'avaient plus leur place dans la communauté nationale »¹¹⁷⁰ en raison de leurs origines raciales et religieuses.

¹¹⁶⁷ CAPITANT (René), « Les lois de Nuremberg », in CAPITANT (René), *Face au nazisme*, Presses Univ. de Strasbourg, 2004, p. 143.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

¹¹⁷⁰ BARUCH (Marc-Olivier), *Servir l'État français. L'administration en France de 1940 à 1944*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1997, p.130.

L'exclusion des Juifs de la citoyenneté a été principalement justifiée par l'idée selon laquelle le Juif aurait été « inassimilable » en raison de ses origines¹¹⁷¹. C'est ce qu'indique par exemple P. Marc-Vincent dans un ouvrage paru en 1940. Après avoir relevé que la situation des Juifs posait également problème dans d'autres pays que la France, l'auteur explique : « parce que cette race n'est jamais parvenue à s'intégrer dans une nation quelconque [...] trop de Français s'imaginent qu'il n'y a qu'une différence confessionnelle avec les autres membres de la nation, il n'en est rien. La différence est plus profonde. C'est une différence d'origine. Les Français proviennent de sources diverses. Jamais les Juifs ne se sont laissés assimiler. Un Juif peut être Polonais, Allemand ou Français, vivre dans le même pays pendant plusieurs générations, il n'en reste pas moins Juif. Les Juifs constituent une sorte d'internationale et ils font passer leur internationalisme avant le bien du pays »¹¹⁷². N'étant pas vraiment Français dans la mesure où il ne peut se détacher de sa communauté d'origine, le Juif ne peut jouir des droits attachés à la qualité de véritable « Français ». Il peut donc être privé du droit de vote et du droit d'être éligible. On retrouve la même idée dans des œuvres plus scientifiques : pour certains auteurs, le statut des Juifs « est inspiré par cette constatation de fait qu'étant donné ses caractères ethniques, ses réactions, le Juif est inassimilable. Le régime considère donc qu'il doit être tenu à l'écart de la communauté française »¹¹⁷³. G. Burdeau procède, dans son manuel, à de longs développements sur la « Philosophie politique de l'État français »¹¹⁷⁴. On peut lire notamment qu'il faut « mettre hors d'état de nuire les éléments étrangers ou douteux qui s'étaient introduits dans la communauté nationale »¹¹⁷⁵ et que si la qualité de citoyen français est subordonnée à une « attitude positive d'où résulte l'attachement à la communauté », le statut des Juifs est inspiré par « cette constatation de fait qu'étant donné ses caractères ethniques, ses réactions, le juif est inassimilable ».

¹¹⁷¹ Pour expliquer l'incapacité d'accès des Juifs aux fonctions publiques, et une réglementation plus sévère pour eux que pour les naturalisés, un autre auteur invoque « le fait qu'on a jugé les Juifs plus dangereux politiquement que les naturalisés : l'intérêt public conduisait donc à adopter à leur égard une réglementation plus stricte » (DUVERGER Maurice, « La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940 », Paris, LGDJ, 1941, p. 35). Maurice Duverger se borne à invoquer « l'intérêt public » ou « l'intérêt des services publics » comme fondement de l'incapacité des Juifs. Sur les justifications données plus généralement par la doctrine à l'exclusion des Juifs sous le régime de Vichy, v. GROS (Dominique), « Le "statut des juifs" et les manuels en usage dans les facultés de Droit (Partie 2) », *Cultures & Conflits* n° 9-10, 1993, p. 154-171.

¹¹⁷² MARC-VINCENT (P.), *De l'armistice à la paix. La France nouvelle*, t. 1, 25 juin-24 octobre 1940, Tallandier, 1940, p. 118.

¹¹⁷³ BURDEAU (Georges), *Cours de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1942, p.191.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p 189-193.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 189

L'article 2 du statut du 3 octobre 1940 énumère alors « les fonctions et mandats dont l'accès et l'exercice sont interdits aux Juifs ». Leur liste répond à une double préoccupation : celle d'abord d'empêcher qu'une part autre que purement résiduelle de la puissance publique soit exercée par les juifs, d'où l'interdiction de toute fonction d'autorité – de chef de l'État à sous-préfet, en passant par directeur de ministère ou gouverneur des colonies – et l'exclusion totale des Juifs, quel que soit le niveau de leur emploi, des corps participant à la puissance régaliennne de l'État : police, diplomatie et justice. Mais il s'agit aussi de lutter contre l'influence juive. Un Juif ne pouvait donc appartenir à quelque assemblée élue que ce soit. Ce statut a pour effet de priver les juifs de leurs droits politiques et civiques, de leur interdire l'accès aux fonctions publiques mais aussi politiques : l'interdiction de « toutes assemblées issues de l'élection », après l'énumération des fonctions les plus diverses, signifie en effet une inéligibilité nouvelle¹¹⁷⁶. Dans son *Cours de droit constitutionnel*, Georges Burdeau¹¹⁷⁷ aborde d'ailleurs rapidement la question des fonctions électives dans une section intitulée « Le redressement de l'esprit public » et un paragraphe consacré à la « sauvegarde de l'esprit français »¹¹⁷⁸. Il distingue les droits de la communauté française, le statut des Juifs et le statut des étrangers : pour les Français, qui doivent témoigner un attachement à leur pays, surtout ceux qui le sont de fraîche date, des droits spécifiques leur sont reconnus : « ils ont seuls la jouissance des droits politiques »¹¹⁷⁹. En revanche, pour les Juifs, les fonctions publiques sont interdites « dans la mesure où elles sont électives »¹¹⁸⁰, sans doute parce qu'elles touchent de trop près à la « communauté française ». Quant aux autres fonctions publiques non électives, elles sont interdites parce qu'elles confèrent à leur titulaire une autorité ou une influence¹¹⁸¹. L'inéligibilité s'applique à l'ensemble des fonctions électives, nationales ou locales.

Le statut des juifs et les différents textes adoptés sous le gouvernement de Vichy témoignent donc d'une discrimination politique. Maurice Duverger a relevé en ce sens que « le statut des juifs aboutit à créer une distinction entre les nationaux d'origine de race juive et les nationaux d'origine de race française. Aux seconds seuls s'appliquera désormais le principe de l'égalité d'accès aux fonctions publiques »¹¹⁸². La loi du 3 octobre 1940 « assign[e] à toute une catégorie de citoyens français une condition juridique et sociale

¹¹⁷⁶ VERPEAUX (Michel), « Le juif « non citoyen », *Le Genre humain*, 1996/1, n° 30-31, p. 199.

¹¹⁷⁷ BURDEAU (Georges), *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 191.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ *Ibid.*

¹¹⁸¹ *Ibid.*

¹¹⁸² DUVERGER (Maurice), « La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940 », *op. cit.*, p. 34.

inférieure »¹¹⁸³. La conception politique du Juif fait donc de celui-ci un non-citoyen, ce qui se traduit par un statut d'infériorité par rapport aux Français « véritables ». Ainsi que l'expliquent Joseph-Barthélemy et Paul Duez, « tous les individus sur lesquels s'exerce la puissance publique française sont bien loin d'avoir les mêmes droits et devoirs, le même statut »¹¹⁸⁴. Cette diversité des statuts juridiques se justifiait notamment par la diversité des régimes juridiques des territoires sur lesquels était exercée l'autorité française, mais aussi par la différenciation faite entre les individus du fait de leur origine. À l'égard des Juifs, sous l'autorité du gouvernement de Vichy, il était donc tentant de reproduire une telle catégorisation uniquement alors fondée sur un critère lié à l'origine, que celle-ci soit raciale ou religieuse. L'étude du droit public sous le régime de Vichy permet donc de rendre compte que « l'État peut amputer la citoyenneté de certains de ses membres ou les déchoir totalement de leur citoyenneté, en se fondant sur une certaine raison d'État »¹¹⁸⁵.

Il s'agit là cependant d'un « cas-limite »¹¹⁸⁶. La légalité de l'origine du pouvoir du gouvernement du régime de Vichy est en effet fort discutée. Pour une partie de la doctrine, loin de former un gouvernement de plein droit, le régime de Vichy ne représente, en raison du non-respect des conditions de la loi du 10 juillet 1940 par Pétain, qu'« un régime provisoire né des circonstances et destiné à disparaître avec elles »¹¹⁸⁷. Par ailleurs, nous n'avons pas affaire à une représentation du droit commun de la citoyenneté mais au contraire, à la manifestation d'une « instrumentalisation du droit de la citoyenneté »¹¹⁸⁸ : il y a destruction pure et simple de toutes les relations d'État à citoyen. Tout comme les incapacités de droit privé dont sont l'objet les Juifs reposent sur un concept d'incapacité « déformé, perverti »¹¹⁸⁹ au regard des règles du droit civil, l'incapacité politique qui les frappe sous le régime de Vichy se fonde sur un détournement des règles de la citoyenneté.

¹¹⁸³ MARRUS (Michael R.) et PAXTON (Robert O.), *Vichy et les Juifs*, LGF, 1990, p.17.

¹¹⁸⁴ BARTHÉLEMY (Joseph) et DUEZ (Paul), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Librairie Dalloz, 1933, p. 287.

¹¹⁸⁵ BEAUD (Olivier), « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », *op. cit.*, p. 234.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ BONNARD (Roger), *Précis de droit public*, 6^{ème} éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1944, p. 29.

¹¹⁸⁸ BEAUD (Olivier), *ibid.*

¹¹⁸⁹ LOQUIN (Éric), « Le juif "incapable" », *Le Genre humain*, 1996/1, n° 30-31, p. 174.

2. La perversion du concept d' « incapacité » de droit privé et de droit public

« Les lois antisémites de Vichy sont des monstres juridiques. Leur monstruosité n'est pas seulement le fait de leurs objectifs et des résultats qu'elles revendiquent : spolier et exclure une catégorie entière de la population en raison de sa race ou de sa religion. Pour le technicien du droit, leur anormalité est également conceptuelle [...]. C'est en pervertissant les concepts, en les dénaturant, que le législateur de 1940 et ses laudateurs ont pu donner à ce statut une apparence de juridicité et, par là, de légitimité »¹¹⁹⁰. Les incapacités de droit privé applicables aux Juifs se fondent sur leur *état*, comme c'est le cas également des mineurs ou des aliénés mentaux. Le statut des Juifs introduit en droit français la race comme élément de l'état civil. Les juristes contemporains des lois du 3 octobre 1940 et du 2 juin 1941 l'ont mis en évidence. Dans leur *Traité de droit civil*, Colin et Capitant affirment que « pour mieux consolider l'unité de notre pays, notre gouvernement a été amené à envisager la race comme un élément de l'état des personnes »¹¹⁹¹. Critiquant un arrêt du Conseil d'État du 24 avril 1942¹¹⁹² dans lequel celui-ci avait jugé que le statut des Juifs constituait de simples lois de police et non d'état, R. Savatier souligne aussi que « dans la conception des lois introduites en France en 1941, la condition de juif ou de non-juif recouvre l'ensemble de la personne humaine et commande par suite sa condition générale tant au point de vue du droit privé que du droit public. Il s'agit donc bien au premier titre d'une de ces questions d'état qui, enveloppant la personne humaine dans son ensemble, ressortissent de la compétence des tribunaux judiciaires »¹¹⁹³.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 173.

¹¹⁹¹ COLIN (Ambroise), CAPITANT (Henri), *Cours élémentaire de droit civil français*, par Julliot de la Morandière, Dalloz, 1942, n° 136.

¹¹⁹² En l'espèce, il s'agissait de déterminer si la question de savoir si une personne était juive ou non devait être considérée comme une question d'état. Si la réponse est affirmative, la matière forme une question préjudicielle de la seule compétence des juridictions civiles. Les autres juridictions saisies à titre incident, en particulier la juridiction administrative, doivent surseoir à statuer et renvoyer la question devant les juridictions civiles. Le Conseil d'État a refusé de considérer que la détermination de la race constituait une question préjudicielle, et a jugé que le statut des Juifs constituait de simples lois de police. La décision n'a convaincu aucun des commentateurs de l'arrêt. Pour Vizios et Raynaud (*RTD. Civ.*, 1942, p. 134), « [La] qualité de juif ou d'aryen influe sur les droits et obligations dont les particuliers sont titulaires et détermine l'aptitude de ceux-ci à exercer des droits et à remplir des obligations ; les juifs sont frappés par la loi d'un certain nombre d'incapacités ; au triple point de vue politique, patrimonial et familial, la race produit des effets juridiques d'une grande importance et, à ce titre, elle doit être considérée comme faisant partie de l'état des personnes ». R. Savatier (Note sous Trib. civ. Seine, 7 janvier 1944, *JCP*, 1944, I, 2566) écrit, dans l'une des rares notes ouvertement critiques de l'époque : « dans la conception des lois introduites en France en 1941, la condition de juif ou de non-juif recouvre l'ensemble de la personne humaine et commande par suite sa condition générale tant au point de vue du droit privé que du droit public. Il s'agit donc bien au premier titre d'une de ces questions d'état qui, enveloppant la personne humaine dans son ensemble, ressortissent de la compétence des tribunaux judiciaires ».

¹¹⁹³ Note sous Trib. civ. Seine, 7 janvier 1944, *cit.* (nous soulignons).

À partir de cet état, est créé un nouveau régime d'*incapacité*. Les lois de Vichy ajoutent une nouvelle catégorie d'incapables à celles connues du droit. Qu'est-ce à dire ? Ainsi que l'écrit Ch. Atias, « ce qui justifie l'incapacité, c'est une appréciation portée sur la personne qui en est l'objet »¹¹⁹⁴ : « il n'y a pas incapacité lorsqu'une restriction d'autonomie est imposée à certains individus pour des raisons étrangères à leur état, c'est-à-dire à leurs qualités personnelles, au sens juridique du terme. Ainsi, l'indisponibilité peut être attachée à certains biens et non aux caractéristiques de leur propriétaire : tel est le cas des choses hors le commerce (art. 1128 c. civ.). Il n'y a pas davantage incapacité lorsque la définition des pouvoirs du titulaire d'une fonction lui interdit d'accomplir certains actes (par exemple l'interdiction faite au fonctionnaire d'exercer une fonction privée salariée). Il y a seulement incompatibilité entre deux activités »¹¹⁹⁵. Ce qui justifie l'incapacité, c'est donc une appréciation portée sur la personne qui en est l'objet. Or, les limitations de la personnalité créées par le statut des Juifs sont fondées sur la *personne même* de ceux qui en sont frappés. Le débat juridique, dès la promulgation du statut, a d'ailleurs été formulé en termes d'« incapacité ». Les auteurs intègrent les Juifs parmi les incapables : R. Savatier, dans son *Cours de droit civil* de 1943¹¹⁹⁶, enseigne « qu'il y a en effet des personnes, par exemple les mineurs, qui ne sont pas capables d'exercer eux-mêmes leurs droits, ou qui comme les juifs sont privés de certains droits ». Les textes officiels l'affirment d'ailleurs clairement. Ainsi est créée une catégorie d'incapables fondée sur la race et la religion.

Pour arriver à ce résultat, les lois de Vichy ont dû pervertir cependant le concept de capacité. Alors que le droit des incapacités est globalement finalisé par le souci de protéger la personne contre elle-même, ce que révèle l'étude du régime des mineurs et des aliénés mentaux, l'incapacité devient dans le cas des Juifs un outil de spoliation et d'exclusion. Le concept est alors vidé de ses finalités classiques. Éric Loquin relève qu'« elles se rapprochent dans leur finalité des incapacités frappant les criminels qui visent à protéger la société contre la poursuite de leurs agissements délictueux. Les Juifs dans leur ensemble sont ainsi assimilés à des êtres dangereux par nature, nuisibles à leurs concitoyens »¹¹⁹⁷. Par ailleurs, motivées par un souci de protection, les incapacités sont ordinairement des incapacités d'exercice. Les incapables restent aptes à être titulaires de droits et obligations. Les incapacités de jouissance

¹¹⁹⁴ ATIAS (Christian), *Les Personnes, les incapacités, droit fondamental*, Paris, PUF, 1985, p. 125-126.

¹¹⁹⁵ LOQUIN (Éric), « Le juif "incapable" », *op. cit.*, p. 181.

¹¹⁹⁶ SAVATIER (René), *Cours de droit civil*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1947, p. 302.

¹¹⁹⁷ LOQUIN (Éric), « Le juif "incapable" », *op. cit.*, p. 185.

comprises comme des limitations sérieuses à la personnalité juridique sont rares, limitées dans le temps (la durée de la minorité), ou n'ayant pour objet qu'un acte juridique déterminé au regard d'une personne déterminée (le mourant, la personne hébergée dans un établissement de soins). Par différence, les lois organisant le statut des Juifs créent de vastes espaces d'incapacité de jouissance. La personnalité juridique est restreinte, parcellaire. Alors que les incapacités d'exercice n'entament pas la personnalité juridique de ceux qu'elle couvre, les incapacités de jouissance l'altèrent, la dégradent. Or derrière la personnalité juridique est la personne humaine : « cette dégradation de la personnalité juridique est [donc] aussi une dégradation de la personnalité de l'être humain »¹¹⁹⁸.

En conclusion, si les privations des droits civils des Juifs se fondent, comme pour les mineurs et les aliénés mentaux, sur leur état, ces privations, contrairement à ce qui se passe pour ces derniers, sont motivées par une finalité et prennent une forme qui révèlent « le détournement des techniques du droit des incapacités »¹¹⁹⁹. De la même façon, la privation des droits politiques des Juifs témoigne d'une « instrumentalisation du droit de la citoyenneté »¹²⁰⁰ résultant de l'introduction de critères raciaux et politiques, autrement dit de motifs subjectifs et arbitraires. La citoyenneté est dénaturée dans les régimes autoritaires ou totalitaires qui font de(s) (certains) individus de simples sujets et mettent à mal l'idée d'égalité, d'*égale concitoyenneté* inhérente à la notion de citoyenneté : « l'accès à la citoyenneté est limité *de jure* à des catégories de citoyens [...]. Le droit objectif prescrit des interdictions de citoyenneté à l'égard de catégories *entières* »¹²⁰¹. Contrairement à la nationalité qui existe dans tout État, la citoyenneté « n'est pas une catégorie *universelle* du droit constitutionnel [...]. Elle ne vaut pas pour *toutes* les formes de gouvernement, mais uniquement pour la forme démocratique de gouvernement »¹²⁰².

De ce que l'exclusion arbitraire des Juifs du corps politique sous le régime de Vichy constitue une possibilité anormale, on ne peut en tirer de conclusions quant au pouvoir souverain qu'aurait l'État de désaffilier, de dés-assigner ses citoyens. Répondre à cette question implique qu'on la pose dans le cadre des régimes démocratiques.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ BEAUD (Olivier), « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », *op. cit.*, p. 234.

¹²⁰¹ BEAUD (Olivier), « La citoyenneté est-elle une catégorie universelle du droit constitutionnel ? », *op. cit.*, p. 215.

¹²⁰² *Ibid.*, p. 188.

B. La privation ordinaire des droits politiques pour condamnations pénales : des droits « dans la main du législateur »

En temps ordinaire, dans les régimes démocratiques, les motifs possibles de privation des droits politiques sont limités théoriquement par le principe du suffrage universel. Seules des raisons liées à l'état objectif des personnes (capacité, fonction occupée, etc.) ou à leur comportement jugé répréhensible et *judiciairement* sanctionné (condamnation pénale, faillite commerciale ou faute disciplinaire du notaire) peuvent donner lieu à une privation des droits politiques (1). Si la souveraineté de l'État se trouve donc limitée en la matière, l'étendue de son pouvoir n'en reste pas moins importante. C'est ce qui ressort notamment de l'étude de la question de l'application *ratione temporis* des lois politiques. Le régime des droits politiques révèle l'omnipotence du législateur qui reste libre de les attribuer ou de les retirer selon les circonstances (2).

1. La limitation des motifs possibles de privation des droits politiques : l'encadrement du pouvoir discrétionnaire

Dans son arrêt *Murphy v. Ramsey* de 1885, la Cour suprême des États-Unis a illustré ce qu'elle entendait quand elle affirmait que les États ont « le contrôle suprême sur ce privilège » qu'est le vote. Les juges ont fait observer que le pouvoir souverain pourrait parfaitement déclarer que seules les personnes mariées sont autorisées à voter¹²⁰³. Quelques années plus tôt, en 1873, la Cour fédérale avait déjà jugé que les États, s'ils le souhaitent, pourraient décider que « les personnes ayant plus de cinquante ans, les personnes ayant les cheveux gris ou encore celles qui n'ont pas l'usage de tous leurs membres n'ont pas le droit de voter »¹²⁰⁴. Ces décisions se fondent sur l'affirmation que le pouvoir de l'État de restreindre le droit de vote est complet, total, c'est-à-dire que potentiellement, n'importe quelle restriction est légitime. La Cour suprême de l'Idaho l'a expliqué : parce que « le droit de vote ou d'éligibilité n'est pas un droit naturel, ni un droit absolu, ni un droit acquis, mais est un droit purement conventionnel », il « peut être élargi ou restreint, accordé ou retiré de façon discrétionnaire, qu'il y ait faute ou non »¹²⁰⁵. En est-il de même en France ?

¹²⁰³ *Murphy v. Ramsey*, 114 U.S. 15 (1885).

¹²⁰⁴ *United States v. Anthony*, 24 F. Cas. 829 (1873).

¹²⁰⁵ *Shepherd v. Grimmet*, 3 Idaho 403, 410 (1892).

Il faut rappeler qu'aux États-Unis, la réglementation des droits politiques relevait à l'origine entièrement et exclusivement de la compétence des États fédérés. Le droit de vote n'était pas un aspect de la citoyenneté nationale. Contrairement à un certain nombre d'États démocratiques, les États-Unis n'ont pas par ailleurs inscrit le principe du suffrage universel dans leur Constitution. C'est par des amendements successifs que le droit de suffrage a progressivement été étendu à différentes franges de la population. Le XIV^e amendement, adopté au lendemain de la Guerre de Sécession, constitue un élément fondamental du droit constitutionnel américain dans la mesure où il détache la citoyenneté américaine de toute considération raciale et garantit le respect des droits et libertés individuels par les États fédérés¹²⁰⁶. Le XIV^e amendement définit autrement dit la citoyenneté sur la base nationale et protège les droits et les libertés contre les abus des États – son objectif premier étant d'assurer aux Noirs nouvellement émancipés la citoyenneté et le bénéfice des libertés. Le droit de suffrage et les droits politiques qu'il emporte ne sont pas cependant un aspect de la citoyenneté nationale établie par le XIV^e amendement. Ils relèvent de la compétence des États fédérés : « there can be practically no such thing as universal suffrage »¹²⁰⁷. Ce n'est par ailleurs qu'à partir des années 1960 que la Cour voit dans le XIV^e amendement un principe d'égal accès aux droits politiques. Avant cela, c'est par le XV^e amendement et par des amendements successifs que le droit de suffrage a progressivement été étendu au cours du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle à différentes franges de la population. En 1870, le dernier des trois amendements issus de la Guerre – le XV^e – a accordé le droit de suffrage aux hommes indépendamment de leur couleur, de leur race ou de leur statut d'ancien esclave. Dans la pratique, on considère toutefois que c'est le *Voting Rights Act* de 1965 qui a rendu ce droit effectif en supprimant les restrictions que certains États du Sud avaient pu établir et qui *de facto*, affectaient essentiellement la population afro-américaine. En 1920, le XIX^e amendement a supprimé l'exclusion fondée sur le sexe. Le XXIV^e amendement a précisé en 1964 que le droit de suffrage ne pouvait être refusé au motif qu'une taxe électorale ou toute autre forme d'impôt n'aurait pas été payée. Le XXVI^e amendement, adopté en 1971, a enfin octroyé ce droit à tous les citoyens des États-Unis âgés de dix-huit ans ou plus.

Tandis que la Constitution de la République française affirme un principe général, celui du suffrage universel, et établit des exceptions ou des restrictions liées à la nationalité, à l'âge

¹²⁰⁶ NEUMAN (Gerald L.), « Fédéralisme et citoyenneté aux États-Unis et en Europe », *Critique internationale*, n° 21, 2003.

¹²⁰⁷ *Washington v. State, cit.*

ou à l'incapacité, la Constitution des États-Unis procède donc de cette façon inverse en énumérant les titulaires du droit de vote et en indiquant les causes d'exclusion prohibées. Dans le silence de la Constitution et de ses amendements, le suffrage a dès lors longtemps été considéré comme un « privilège » absolu conféré ou refusé selon le bon vouloir des États.

Si en France, le suffrage est une *fonction* publique que la société dispense « ainsi que le lui prescrit son intérêt »¹²⁰⁸, l'introduction, en 1848, du suffrage universel masculin va venir limiter les critères que l'État peut exiger des individus pour remplir cette fonction. Le principe du suffrage universel signifie que le droit de suffrage doit être accessible à tous sous les mêmes conditions, et que celles-ci ne peuvent être que des conditions de capacité et de dignité, à l'exclusion de toutes conditions tirées ou de la naissance ou de la fortune, ou d'un privilège social quelconque. L'arbitraire est donc en principe limité. Le pouvoir du législateur en matière de droits politiques n'en reste pas moins important. Celui-ci peut à tout moment priver un citoyen des droits politiques dont il jouissait auparavant.

2. La privation des droits politiques pour motif de condamnation pénale : l'affirmation de l'omnipotence du législateur

C'est ce qu'indique une jurisprudence de la fin du XIX^e siècle qui affirme que « les droits politiques [sont] dans la main du législateur qui les accorde, les retire ou les modifie *suivant les circonstances* »¹²⁰⁹, le cas échéant rétroactivement. Ce principe, jusqu'à la V^e République, est valable dans tous les cas (a), y compris lorsque la déchéance des droits politiques est attachée de plein droit par la loi électorale à une condamnation pénale (b).

a. L'exemple de l'application *ratione temporis* des lois politiques : leur rétroactivité

Les juges mettent en œuvre (ii) le principe selon lequel les lois politiques font partie des lois qui sont par elles-mêmes rétroactives (i).

¹²⁰⁸ Barnave s'exprimait ainsi devant l'Assemblée dans la séance du 11 août 1791 : « la qualité d'électeur n'est qu'une *fonction* publique, à laquelle personne n'a *droit*, que la société dispense ainsi que le lui prescrit son intérêt » : *A.P.*, t. 29, Séance du 11 août 1791, p. 366 (nous soulignons).

¹²⁰⁹ Cass., civ., 28 oct. 1885, *Canoussamy-Dumont*, *D.P.*, 1885, I, 458 (nous insistons).

i. L'énoncé du principe

Le texte de référence est l'article 2 du code civil qui dispose que « la loi ne dispose que pour l'avenir ; [qu'] elle n'a point d'effet rétroactif ». Il convient de préciser que cette disposition n'oblige point le législateur ; ce n'est pas une règle constitutionnelle. Il en était différemment, il est vrai, sous l'empire de la Constitution de l'an III, dont l'article 4 faisait défense au législateur de décréter des lois rétroactives. Depuis l'an III toutefois, la règle a cessé d'être inscrite dans les Constitutions françaises. En 1848, un membre de l'Assemblée constituante avait demandé que la nouvelle Constitution proclamât le principe de la non-rétroactivité des lois, à l'exemple de celle de l'an III. On a répondu que la rétroactivité des lois pouvait être juste et nécessaire, qu'il ne fallait pas empêcher le législateur de faire ce que la justice et l'intérêt général exigeaient. La Cour de cassation a jugé, dans un arrêt en date du 15 avril 1863¹²¹⁰, que le principe de l'article 2 c. civ. n'était pas une règle constitutionnelle dont la violation devait faire annuler de plein droit la loi à laquelle le vice de rétroactivité pouvait être reproché. Depuis 1971, le Conseil constitutionnel reconnaît l'interdiction de la rétroactivité des lois pénales mais il refuse de reconnaître un principe général de non-rétroactivité législative¹²¹¹. Les Sages ont refusé d'ériger l'article 2 du code civil en principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Dans les faits, le principe de non-rétroactivité des lois n'est pas absolu : il connaît des exceptions. Il existe deux sortes de lois qui s'appliquent toujours rétroactivement. Les premières sont celles auxquelles le législateur a attribué cet effet par une disposition expresse. Les secondes sont les lois qui, à raison de leur nature propre, ou des considérations qui les ont fait établir, échappent à l'application de l'article 2, même en l'absence de toute manifestation de volonté de la part du législateur. On classe parmi ces dernières les lois disposant sur les droits politiques¹²¹² : jusqu'à la V^e République, le principe de non-rétroactivité ne s'appliquait pas aux lois réglant les incapacités électorales en général, lors même que ces dernières résultaient de certaines condamnations judiciaires, pénales en particulier. Deux arguments justifient la non-application du principe de non-rétroactivité aux lois réglant les incapacités

¹²¹⁰ Cass., civ., 15 avril 1863, *S.* 1863, I, 350.

¹²¹¹ Cons. Const., déc. n° 80-126 DC du 30 déc. 1980, *Rec.* p. 53 ; n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Rec.* p. 61 ; n° 2001-453 DC du 18 déc. 2001, *Rec.* p. 164.

¹²¹² « Toutes les lois politiques rétroagissent, dit Pardessus, car elles substituent à des institutions existantes des institutions nouvelles auxquelles sont soumis les hommes nés sous l'empire des lois anciennes », PARDESSUS, Discours prononcé dans la discussion de la loi du 18 juillet 1828 sur la presse périodique (*Moniteur* du 14 juin 1828, p. 852).

électorales. Il s'agit en premier lieu de la prédominance de l'intérêt général sur les intérêts individuels. La doctrine de l'intérêt général tend à prévaloir parmi les jurisconsultes qui ont traité de la non-rétroactivité des lois. Duvergier pose dans ces termes le principe qui doit guider le juge¹²¹³. Le *Répertoire Dalloz* formule cette doctrine comme une règle absolue¹²¹⁴. Le fondement de la règle se fonde sur l'essence de la société civile¹²¹⁵. Les hommes, par cela même qu'ils entrent dans une société, doivent faire le sacrifice de leurs intérêts privés au profit de l'intérêt général sans quoi aucune société ne serait possible. On ne saurait déroger à ce principe que lorsque son application serait de nature à entraîner une lésion de droits que des particuliers auraient individuellement acquis, en ce qui concerne leur état ou leur patrimoine. C'est cette règle que les rédacteurs du Code Napoléon ont entendu formuler dans l'article 2 de ce Code¹²¹⁶. Or, en matière de droits politiques, et c'est là le second argument, il n'y a pas d'atteinte à des droits acquis, seulement des expectatives.

Les droits acquis font obstacle à la rétroactivité. La loi doit les respecter. Elle ne peut se prévaloir de l'ordre public pour les atteindre. Fille des doctrines libérales et individualistes du XIX^e siècle, la théorie des droits acquis voit dans l'article 2 du code civil un principe protecteur des droits et des libertés individuels. Elle pose le problème de l'application des lois dans le temps en termes de droits subjectifs qu'elle s'efforce de placer à l'abri des changements pouvant résulter d'une loi nouvelle. En sens inverse, l'absence de droits acquis lésés permet des exceptions au principe de non-rétroactivité. À titre d'exemple, avant le prononcé de la naturalisation, celle-ci est une simple expectative. Après que la naturalisation a été prononcée, le droit à la nationalité française est un droit acquis. Ceux qui ont acquis la qualité de Français sous l'empire de la loi ancienne ne peuvent pas en être privés par l'effet d'une loi postérieure qui change les conditions auxquelles est subordonnée l'acquisition de cette qualité. En effet, les qualités constitutives de l'état des personnes engendrent des droits

¹²¹³ « Lorsqu'il est certain que l'intérêt général exige que la règle nouvellement introduite soit immédiatement appliquée, lorsqu'il est démontré qu'il vaut mieux pour la société souffrir la perturbation, conséquence inévitable d'un changement brusque dans la législation, que d'attendre plus ou moins longtemps les effets salutaires qui doivent résulter d'une loi nouvelle, le principe de la non-rétroactivité doit céder ; en d'autres termes, il est présumable que le législateur a voulu rétroagir » : DUVERGIER (Jean-Baptiste), « De l'effet rétroactif des lois », *Revue de droit français et étranger*, 1845, t. 2, p. 4.

¹²¹⁴ DALLOZ, V^o « Loi », *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, t. 30, p. 100.

¹²¹⁵ V. LAURENT (François), *Principes de droit civil*, t. 1, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Comp. ; Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869, p. 226.

¹²¹⁶ MERLIN (Philippe-Antoine), V^o « Effet rétroactif », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, op. cit.*, t. 5, p. 533 s. ; CHABOT DE L'ALLIER (Georges-Antoine), *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, Paris, Garnery, 1809 ; MAILHER DE CHASSAT (Antoine), *Traité de la rétroactivité des lois, ou Commentaire approfondi du Code civil*, Paris, A. Durand, 1845, 2 vol.

acquis et ne peuvent recevoir aucune atteinte d'une loi nouvelle. Cela ne signifie pas qu'on ne peut pas priver quelqu'un de sa nationalité après sa naturalisation. Mais cela implique que si l'on crée une nouvelle cause d'indignité de la nationalité après sa naturalisation, on ne peut le déchoir.

S'agit-il là de deux critères cumulatifs ? Comment résoudre une situation dans laquelle l'intérêt général prédominerait mais où des droits acquis seraient en cause ? En fait, la question ne peut se poser. Il n'existe pas de droit acquis contre l'ordre public : « les lois régissent le passé, quand l'intérêt général exige qu'elles soient immédiatement appliquées, parce qu'il n'y a point de droit acquis contre la plus grande félicité de l'État »¹²¹⁷. L'auteur d'un *Essai sur la non-rétroactivité des lois* résume la situation des lois réglant les incapacités électorales en écrivant en 1866 que « ces lois ont de leur nature une rétroactivité nécessaire : d'ailleurs, elles ne lèsent en rétro-agissant aucun droit acquis ; car personne n'a pu ni dû croire immuable sa condition dans l'ordre politique, condition que la loi lui a reconnue *non en vue de son avantage personnel, mais bien pour l'intérêt social* »¹²¹⁸.

Pour Barthélémy et Duez également, c'est parce que l'électorat est exercé, non dans l'intérêt purement personnel du titulaire du droit, mais aussi dans l'intérêt social que les citoyens « n'ont pas de droit acquis à l'électorat »¹²¹⁹. L'électorat « n'apparaît pas, en droit positif, comme un droit individuel, attribut naturel de l'être humain, dont la reconnaissance s'imposerait au législateur »¹²²⁰. Il est avant tout un « pouvoir légal », « en ce sens qu'il puise juridiquement sa force dans la loi électorale qui le consacre et l'organise »¹²²¹. Aussi « le législateur peut[-il] juridiquement, à tout moment, modifier les conditions d'accès ou d'exercice de l'électorat, les rendre soit plus douces, soit plus sévères. [...] Les citoyens qui ne répondent plus aux conditions exigées par la loi électorale nouvelle sortent immédiatement du corps électoral »¹²²². Carré de Malberg en infère que « l'électeur n'a pas un droit opposable à l'État. Il n'a qu'une compétence dépendant des variations des lois constitutionnelles. Cela

¹²¹⁷ *Répertoire Dalloz, ibid.*

¹²¹⁸ THEODOSIADES (Miltiade C.), *Essai sur la non-rétroactivité des lois*, Paris, A. Pilon, 1866, p. 42-43 (nous soulignons).

¹²¹⁹ BARTHELEMY (Joseph) et DUEZ (Paul), *Traité de droit constitutionnel* [1933], Paris, Éd. Panthéon Assas, 2004, note 2, p. 338-339.

¹²²⁰ *Ibid.*, p. 338.

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² *Ibid.*

découle nécessairement [du fait] que le suffrage n'est qu'une fonction déferée par la Constitution »¹²²³.

ii. Sa consécration prétorienne

Le principe de la non-rétroactivité ne s'oppose donc point à ce que la loi nouvelle soit appliquée à ceux qui, sous la loi précédente, remplissait les conditions d'âge, de lieu de résidence ou de durée d'inscription au rôle des contributions directes. C'est ce qu'illustre une décision de la Cour de cassation de 1914. En l'espèce, la commission électorale de la commune de Pouilly-les-Nonains avait refusé d'inscrire sur la liste électorale un citoyen qui était un contribuable non résident : ce dernier, en effet, était inscrit depuis moins de cinq ans au rôle de la contribution foncière. Le juge de paix de Roanne a confirmé cette décision et a ordonné la radiation du citoyen de la liste électorale. Ce dernier ne remplissait plus les conditions fixées par la loi du 29 juillet 1913 qui modifiait celles de la loi du 5 avril 1884. Le requérant a contesté ce jugement en invoquant la violation du principe de non-rétroactivité de la loi et donc celle de l'article 2 du code civil. La Chambre des requêtes de la Cour de cassation a rejeté le moyen au motif que « le principe de la non-rétroactivité des lois est inapplicable à celles qui déterminent la capacité politique des citoyens ; que l'exercice des droits électoraux est donc réglé par la loi en vigueur au jour de cet exercice, sans qu'il puisse y avoir ou exister des droits acquis en vertu de lois antérieures abrogées par la loi nouvelle »¹²²⁴.

Plus tôt, en 1885¹²²⁵, la Cour de cassation avait jugé que le décret du 26 février 1884 qui décide que la liste électorale pour l'élection du conseil général et des conseils locaux et municipaux des établissements français de l'Inde serait divisée, non plus en deux parties, comme sous l'empire des décrets du 25 janvier 1879 et 12 mars 1880, mais en trois parties, et que les Indiens renonçant à leur statut personnel hindou seraient portés sur la seconde liste, créée spécialement pour eux, et non pas sur la première réservée aux Européens, ne pouvait être critiqué comme ayant porté atteinte au principe de la non-rétroactivité des lois : « le législateur a le pouvoir d'attacher un effet rétroactif, même à des lois auxquelles s'appliquerait sans cela la règle de la non-rétroactivité ; que, notamment, l'effet des lois qui

¹²²³ CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 442.

¹²²⁴ Cass., req., 25 mars 1914, *Gaz. Pal.* 1914, I, 507.

¹²²⁵ Cass., civ., 28 oct. 1885, *Canoussamy-Dumont*, D. P., 1885, I, 458.

règlent la jouissance des droits politiques est *absolu* ». Les droits politiques sont « dans la main du législateur »¹²²⁶.

b. Son application en cas de condamnation pénale

Ce principe était-il valable quand bien même l'incapacité électorale était attachée à une condamnation pénale ? En d'autres termes, un individu pouvait-il, en vertu d'une loi nouvelle, se voir priver de ses droits politiques pour une infraction qui, au moment où il l'avait commise et où elle avait été jugée, n'entraînait pas la déchéance de ses droits de citoyen ? La doctrine et les débats, sur le sujet, sont plus controversés (i). La jurisprudence sera toutefois d'application constante jusqu'à une date récente (ii).

i. La position du débat

Le comte de Vareilles-Sommières¹²²⁷, auteur d'une théorie sur la rétroactivité des lois, a opéré une distinction selon la cause de l'incapacité électorale, suivant que celle-ci résulte de l'âge, d'un état ou bien de la commission de faits. Le principe de non-rétroactivité ne s'oppose point à ce que la loi nouvelle soit appliquée à ceux qui, sous la loi précédente, ont atteint l'âge ou acquis l'état auquel le nouveau législateur attache le changement de capacité. Il en va différemment des lois qui changeraient la capacité des sujets qui auraient posé tel ou tel acte – en l'espèce, commis telle ou telle infraction – avant l'entrée en vigueur de loi nouvelle : dans pareil cas, il y aurait rétroactivité. Or, la rétroactivité a toujours été prohibée par le droit pénal depuis la disparition de l'arbitraire des peines avec la Révolution de 1789. Après que la Constitution des 3-14 septembre 1791, l'Acte constitutionnel du 24 juin 1793 et la Constitution du 5 fructidor de l'an III ont respectivement garanti aux articles 8 et 14 de leurs Déclarations de droits que nul acte ne peut être puni qu'en vertu d'une loi préexistante, la non-rétroactivité des délits et des peines est devenue un principe général du code pénal. Inscrite dans le code des délits et des peines du 3 brumaire de l'an IV (art. 3) puis dans le code pénal de 1810 (art. 4), elle figure désormais aux alinéas 1 et 2 de l'article 112-1 du nouveau code pénal. Corollaire du principe de légalité, elle implique notamment que peuvent

¹²²⁶ *Ibid.*

¹²²⁷ Marquis de VAREILLES-SOMMIERES (DE LA BROUË, Gabriel), « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. Critique de la distinction universellement admise entre les droits acquis et les simples expectatives », *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle*, 1893, p. 517.

seules être prononcées les peines légalement applicables à la date de commission des faits constitutifs de l'infraction.

En transposant au droit pénal le concept de « droit acquis » et plus généralement l'interprétation de l'article 2 c. civ. selon laquelle l'effet rétroactif serait celui qui enlèverait un droit acquis, Ortolan a établi que le criminel dont la condamnation a acquis force de chose jugée a un « droit acquis à ce que sa condition, sous le rapport de la responsabilité pénale, ne puisse être empirée » : « en droit pénal, celui qui a fait un acte [...] sous l'empire d'une législation par laquelle cet acte n'était point puni ou n'était puni que de telle peine déterminée, celui-là, par les raisons de sécurité générale [...], a relativement à la société *un droit acquis* à ce que sa condition, sous le rapport de la responsabilité pénale, ne puisse être empirée ». Et d'ajouter : « c'est ce droit que consacre l'article 4 du Code pénal. Aucune loi postérieure au fait en question ne peut le lui enlever »¹²²⁸. Considérer qu'une loi retirant le droit de vote à une certaine classe de condamnés s'appliquerait même à ceux qui ont été condamnés antérieurement à cette loi, « ce serait [alors] dire que la maxime *nulla poena sine lege* ne s'applique pas dès que la peine est une privation des droits civiques »¹²²⁹, proposition ô combien « arbitraire » et « anti-juridique » pour le comte de Vareilles-Sommières. La nature *politique* du droit ferait obstacle au régime *pénal* de sa privation.

Loin de faire consensus, la question a constitué un enjeu important des discussions parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi électorale du 15 mai 1849. Cette loi organisant le suffrage universel prévoyait d'attacher une privation perpétuelle du droit de vote et d'éligibilité à des condamnations qui jusque-là, n'entraînaient aucune incapacité. Dans la continuité de la réflexion du comte de Vareilles-Sommières, un député proposa dans un amendement d'ajouter à l'article 3 le paragraphe suivant : « les dispositions qui établissent des incapacités nouvelles n'auront pas d'effet rétroactif, et ne pourront être appliquées qu'à raison des faits postérieurs à la présente loi » :

« S'il y a une considération qui a toujours dominé toute la législation criminelle, c'est qu'il faut que l'accusé, ou plutôt le condamné, se trouve en face d'une disposition pénale qu'il a sciemment voulu encourir. Serait-il vrai de dire qu'un individu qui, antérieurement à la présente loi, puisqu'elle n'a pas encore reçu votre sanction définitive, aurait commis les divers délits dont vous faites l'énumération [...], ait voulu enfreindre cette loi au point de vue de se priver du

¹²²⁸ ORTOLAN (Joseph-Louis-Elzéar), *Éléments de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, p. 249.

¹²²⁹ Marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES, (DE LA BROUË, Gabriel), « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois ... », *op. cit.*, p. 517, note 1.

droit électoral et encourir une peine qui n'avait pas été elle-même libellée ? Ce serait faire rétroagir la pénalité que vous établissez aujourd'hui [...] à l'encontre des délits qui auraient été commis avant que la loi eût édicté cette nouvelle pénalité. Ce serait entrer dans un système de rétroactivité qui s'appliquerait indûment à tous les faits antérieurs à la loi ce qui serait le plus grand des vices qu'on a reprochés quelquefois à notre législation »¹²³⁰.

L'Assemblée n'a pas pris en considération cet amendement. Le texte est demeuré sur ce point inchangé. Les membres du Parlement avaient-ils déjà fait leurs remarques du Procureur E. Vesin, qui, quelques vingt jours auparavant, avait rappelé à la mémoire des députés que la législation qui frappe d'indignité les faillis non réhabilités avait été immédiatement appliquée à ceux qui, au moment où elle est entrée en vigueur, se trouvaient en état de faillite ? E. Vésin souligne qu'en ce domaine également, la question de la rétroactivité aurait pu s'élever. Or, jamais on n'entendit appliquer le principe de non-rétroactivité à cette situation¹²³¹. La considération de la non-rétroactivité ne devait davantage arrêter les députés quand l'incapacité résultait de plein droit de condamnations pénales.

La question de l'application dans le temps des lois politiques en cas de condamnation pénale n'a plus été soulevée explicitement dans les débats parlementaires par la suite. Tout au plus la solution est-elle mentionnée dans certaines circulaires telle la circulaire d'application de la loi du 30 mars 1955 « modifiant le décret organique du 2 février 1852 sur les élections »¹²³². À cette occasion, le Ministère de la justice a indiqué que l'application dans le temps de la loi n° 55-328 du 30 mars 1955 modifiant le régime des incapacités électorales paraissait devoir suivre le « principe traditionnel en la matière » d'après lequel, dans le silence du texte, les lois nouvelles qui réglementent l'exercice de certains droits sont d'application immédiate¹²³³.

ii. Sa mise en œuvre jurisprudentielle

C'est ce « principe traditionnel » qu'ont appliqué les Cours tout au long du XIX^e et du XX^e siècles, depuis la première loi électorale du 15 mai 1849 jusqu'au décret organique du 2 février 1852 et aux différentes lois qui l'ont ultérieurement modifié. Ainsi a-t-il été jugé par exemple que la condamnation à une peine de trois mois d'emprisonnement pour injures

¹²³⁰ Séance du 6 mars 1849, in *Compte-rendu des séances de l'Assemblée nationale*, 1849, t. 8, p. 418.

¹²³¹ Séance du 19 févr. 1849, in *Compte-rendu des séances de l'Assemblée nationale*, *ibid.*, p. 101.

¹²³² Circulaire du Ministère de la justice du 13 mai 1955 sur l'application de la loi n° 55-328 du 30 mars 1955.

¹²³³ *Ibid.*

publics envers des fonctionnaires publics emportait, conformément à l'article 9 de la loi du 31 mai 1850, exclusion de la liste électorale, quelle que soit la date de la condamnation¹²³⁴. De même, la chambre des requêtes a décidé, dans un arrêt en date du 15 avril 1868, que la suspension des droits électoraux prononcée pour cinq ans par l'article 16 du décret du 2 février 1852 contre certains condamnés à plus d'un mois d'emprisonnement atteignait même les individus frappés de condamnations avant l'entrée en vigueur du décret¹²³⁵. Le principe selon lequel les incapacités prononcées par la loi électorale pour condamnations judiciaires s'appliquent aussi bien aux condamnations antérieures à la loi qui établit ces incapacités qu'à celles encourues postérieurement a donc été d'application constante jusqu'à la V^e République. Jusqu'à cette date, le principe suivant lequel « les droits politiques [sont] dans la main du législateur qui les accorde, les retire ou les modifie suivant les circonstances »¹²³⁶ s'est appliqué quand bien même la privation des droits politiques résultait de plein droit d'une condamnation pénale. Les motifs ont cependant varié dans la jurisprudence.

À l'instar de la solution retenue dans les arrêts précités du 28 octobre 1885 ou de 1914, on a jugé le 23 mars 1876¹²³⁷ ou le 13 avril 1951¹²³⁸ que « l'application rétroactive » de la loi établissant de nouveaux cas de déchéances électorales constituait l'« exacte application de l'article 2 du code civil »¹²³⁹, sans égard pour la nature pénale desdits cas. En ce sens, les juges ont affirmé que les dispositions du décret du 2 février 1852 (art. 15 §9) et celles de l'ordonnance du 14 août 1945 (art. 16) qui privaient respectivement de leurs droits politiques les personnes condamnées du chef de mendicité et les personnes condamnées à des peines d'une durée égale ou supérieure à trois mois d'emprisonnement atteignaient les individus ayant fait antérieurement l'objet de semblables condamnations. Le motif avancé par les juges dans ces espèces n'est autre que celui selon lequel les droits politiques ne sont pas des droits acquis. La chambre des requêtes l'a rappelé explicitement dans une affaire similaire jugée en 1924 : alors même que des lois attacheraient de nouvelles déchéances à des condamnations passées en force de chose jugée avant l'entrée en vigueur desdites lois, « le principe de la non rétroactivité des lois ne s'applique[rait] pas ». Ici comme précédemment, ce principe est inapplicable « aux lois qui règlent les droits électoraux et dont le caractère politique est

¹²³⁴ Cass., req., 19 août 1850, *Hubert, D. P.*, 1850, V, 187.

¹²³⁵ Cass., req., 15 avr. 1868, *Ancelet, D. P.*, 1871, V, 123.

¹²³⁶ Cass., civ., 28 oct. 1885, *cit.*

¹²³⁷ Cass., civ., 23 mars 1876, *Maigne c. Ferraudier, D.*, 1876, I, 204.

¹²³⁸ Cass. civ., 13 avril 1951, *cit.*

¹²³⁹ *Ibid.*

incontestable » ; « qu'en pareille matière » – et bien que la déchéance résulte d'une condamnation pénale –, « il ne peut exister de droit acquis »¹²⁴⁰.

Dans une autre série d'arrêts, le débat a été déplacé du terrain de l'article 2 du code civil et de celui des droits acquis à celui de l'article 4 du code pénal. Il a été jugé qu'une loi retirant le droit de vote à une certaine classe de condamnés pouvait s'appliquer même à ceux qui avaient été condamnés antérieurement à cette loi dans la mesure où l'article 4 du code pénal était inapplicable. C'est là le sens de la décision rendue par la Cour d'appel de Douai le 6 février 1871¹²⁴¹. Considérant qu'« il est de principe fondamental, en droit, qu'aucune loi pénale ne peut recevoir d'application rétroactive au préjudice de l'inculpé », les juges de première instance avaient retenu que le demandeur n'avait pu voir aggraver par les dispositions du décret de 1852 une peine encourue à raison d'un fait réprimé en 1845. Les juges de première instance ont autrement dit fait leur la réflexion du comte de Vareilles-Sommières selon laquelle appliquer les dispositions du décret de de 1852 reviendrait à « dire que la maxime *nulla poena sine lege* ne s'applique pas dès que la peine est une privation des droits civiques ». Sur appel du ministère public, la Cour de Douai a retenu cependant que c'est à tort que les premiers juges avaient admis l'exception de rétroactivité : qu'au sens de l'article 2 du code civil ici visé, on ne saurait voir dans cette interdiction « soit une aggravation, soit un effet rétroactif apporté à la peine qui entraîne l'incapacité »¹²⁴². Les lois qui modifient les conditions de la jouissance et de l'exercice de l'électorat et de l'éligibilité s'appliquent, sans qu'il y ait là un effet rétroactif, aux individus possédant dès avant la promulgation de la loi nouvelle la jouissance et l'exercice de l'électorat et de l'éligibilité.

Qu'il n'y ait là ni « aggravation » ni « effet rétroactif apporté à la peine qui entraîne l'incapacité », c'est ce que pourrait expliquer la théorie de Paul Roubier qui propose une conception autre de la rétroactivité¹²⁴³. En 1929, le doyen Roubier introduit un principe qui privilégie l'intérêt collectif (l'autorité de la loi) sur les intérêts individuels (le respect des

¹²⁴⁰ Cass., req., 2 déc. 1924, *Bernard C. Klein, D. H.* 1925, p. 23. La Chambre des requêtes a décidé que les effets des lois réglant les droits électoraux s'étendent même aux citoyens qu'elles privent d'aptitudes ou immunités dont ils jouissaient précédemment et que, la loi du 17 octobre 1919 ayant introduit en Alsace et Lorraine les lois électorales françaises, les incapacités électorales édictées par le décret du 2 février 1852 frappent les électeurs alsaciens et lorrains redevenus français comme elles frapperaient tout autre électeur Français, alors même que les peines qui entraînent, d'après le droit français, leur incapacité électorale leur auraient permis, d'après le droit allemand, d'être inscrits antérieurement régulièrement sur la liste électorale.

¹²⁴¹ CA Douai, 6 févr. 1871, *Bouton, S.*, 1872, II, 42.

¹²⁴² *Ibid.*

¹²⁴³ ROUBIER (Paul), *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2^{ème} éd., Paris, Ed. Dalloz et Sirey, 1960.

droits acquis) et l'avenir par rapport au passé. Roubier bâtit sa théorie sur la notion objective de « situation juridique » qu'il substitue au concept subjectif de droits acquis. Pour celui-ci, l'action de la loi dans le temps doit se concevoir en rapport avec la création, les effets et l'extinction des situations juridiques. Il introduit à cet effet une double distinction : distinction des lois édictant les conditions de validité (de constitution) ou les causes d'extinction des situations d'avec les lois qui réglementent leurs effets, d'une part ; distinction entre les faits accomplis et les situations en cours qui se sont constituées avant le changement de législation mais prolongent leurs effets au-delà de celui-ci, d'autre part. La loi nouvelle ne peut pas revenir sur les conditions dans lesquelles des situations se sont constituées ni modifier les effets qu'elles ont déjà sortis : c'est le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle. La loi nouvelle s'applique aux situations juridiques qui ont pris naissance antérieurement, pour régir seulement, mais immédiatement, leurs « effets » à venir, en respectant par conséquent les « conditions de création ou d'extinction » de ces situations, ainsi que leurs « effets » passés : il y a alors effet immédiat de la loi nouvelle, non pas rétroactivité. On tire ici les conséquences de la loi qui modifie seulement les effets d'une situation juridique en cours, pas la situation elle-même.

En rattachant de plein droit à certaines condamnations des mesures privatives de droits politiques, la loi ne *crée* pas une peine accessoire¹²⁴⁴. En d'autres termes, les lois qui accompagnent la situation du condamné d'un certain nombre de mesures accessoires n'établissent pas de nouvelles peines. S'il en était ainsi, alors la loi nouvelle ne saurait s'appliquer aux personnes condamnées avant son entrée en vigueur sans rétroactivité. Les principes relatifs aux lois qui gouvernent la création d'une situation juridique nouvelle auraient mis en évidence en effet qu'un fait (la condamnation) qui n'a pas entraîné, au moment où il s'est produit, telle incapacité ou telle déchéance, est hors d'état de l'entraîner plus tard sans rétroactivité. La peine accessoire, dans notre hypothèse, ne constitue pas une situation juridique nouvelle : elle est un effet immédiat et direct, de par la volonté de la loi, d'une situation juridique existante qui est celle de condamné. Or, la loi peut toujours attacher des effets nouveaux aux situations juridiques existantes, à compter de son entrée en vigueur, sans qu'il y ait là rétroactivité. Par conséquent, les lois qui prévoient comme cause de privation du droit de vote ou du droit d'éligibilité telle ou telle condamnation encourue s'appliquent sans difficulté aux personnes antérieurement condamnées : « c'est pour [ce]

¹²⁴⁴ *Ibid.*, p. 517 s.

motif que les lois électorales qui prévoient comme cause de privation du droit de vote ou d'éligibilité telle ou telle condamnation encourue, s'appliquent sans difficulté aux personnes antérieurement condamnées : ces lois n'établissent pas une nouvelle peine, en sus de celles qui ont été prononcées par le jugement contre le condamné ; elles se bornent à tirer une conséquence nouvelle de l'état de condamné »¹²⁴⁵.

Ne pourrait-on pas cependant objecter qu'en tant que corollaire du principe de légalité des peines, le principe de non-rétroactivité implique qu'au moment où la condamnation est prononcée, la peine non seulement existe mais soit inscrite dans la loi ? L'article 4 du code pénal n'indique-t-il pas qu'une infraction ne doit pas être punie de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'elle fût commise ? Pour Paul Roubier, le principe énoncé à l'article 4 du code pénal a pour but de fixer la conduite du juge chargé de prononcer une peine. Il n'a, dès lors, pas de portée pour les peines accessoires qui sont l'œuvre directe de la loi, c'est-à-dire qui interviennent sans jugement. En d'autres termes, la privation des droits politiques constitue bien une peine. Dans la mesure toutefois où celle-ci est par définition directement attachée à la loi, l'article 4, qui ne concerne que les pouvoirs du juge, ne s'applique pas. Il en irait différemment si la déchéance en cause était une peine complémentaire qui, à cause de la nécessité d'un jugement, ne pourrait être regardée comme un effet immédiat et direct de la peine principale. Peu orthodoxe, cette interprétation de l'article 4 a été reprise par de grands pénalistes. Dans son *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Henri Donnedieu de Vabres ne s'est pas exprimé autrement : si les lois qui modifient les effets d'une condamnation en y attachant une incapacité sont aussi d'application immédiate¹²⁴⁶, cette règle qui concerne les peines accessoires ne saurait être étendue aux peines complémentaires que le juge prononce et qui doivent être assimilées aux peines principales pour lesquelles l'article 4 du code pénal de 1810 détermine la conduite du juge.

D'après ce cadre interprétatif, le raisonnement des juges de la Cour de Douai pourrait reposer sur une lecture différente du principe de rétroactivité. Le raisonnement des juges en 1871 s'est en réalité fondé sur la nature de l'incapacité en cause. Les juges ont affirmé que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale entendu de façon classique n'était pas applicable dans la mesure où la disposition concernée ne constituait pas une punition mais une mesure de

¹²⁴⁵ *Ibid.*, p. 518.

¹²⁴⁶ DONNEDIEU DE VABRES (Henri), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, op. cit., p. 911.

sûreté. C'est parce qu'il résultait de la Cour d'appel de Douai que « les mesures politiques plus ou moins sévères qui retirent le droit de vote à telle classe de condamnés *n'ont pour but* que d'assurer la sincérité et la loyauté du scrutin en ne conférant la capacité électorale qu'aux citoyens qui ne s'en sont pas rendus indignes par leur conduite antérieure » « qu'on ne saurait voir dans ces prescriptions soit une aggravation, soit un effet rétroactif apporté à la peine qui entraîne l'incapacité »¹²⁴⁷. *A contrario*, lorsque la jurisprudence va considérer, à partir des années 2000, que ces mesures, ayant une finalité essentiellement répressive, constituent des « sanctions de nature pénale », elle leur appliquera le principe de non-rétroactivité de la loi pénale. À partir de la décision du 30 mars 2000 rendue par le Conseil constitutionnel statuant comme juge électoral¹²⁴⁸, la Cour de cassation et le Conseil d'État¹²⁴⁹ jugeront que la loi du 19 janvier 1995 ayant institué une incapacité électorale de plein droit pour certaines infractions ne peut s'appliquer à des faits délictueux commis de 1991 à 1994, soit avant l'entrée en vigueur de ladite loi. Désormais explicitement qualifiée de « sanction de nature pénale », l'incapacité électorale résultant de plein droit de l'article L. 7 du code électoral est « soumise comme telle au principe de non rétroactivité des peines plus sévères ».

Contrairement à ce que d'aucuns ont pu considérer, la jurisprudence antérieure n'indiquait donc pas que « la maxime *nulla poena sine lege* ne s'applique pas dès que la peine est une privation des droits civiques »¹²⁵⁰. L'application de l'article 4 n'a pas été suspendue

¹²⁴⁷ CA Douai, *cit.* Voir également, avant cet arrêt, Cass., req., 19 août 1850, *D.P.*, 50, V, 187 et Cass., civ. rej., 15 avril 1868, *D.P.*, 71, V, 123. Le caractère rétroactif de la mesure est lié à sa nature de mesure de sûreté. C'est ce que confirme *a contrario* le raisonnement suivi en 1957 par la Cour d'appel de Colmar qui, devant déterminer la nature d'une déchéance des droits politiques, a déduit du caractère rétroactif de la mesure à sa nature de mesure de sûreté. La question de droit était celle de la rémissibilité, par voie de grâce, de l'incapacité électorale attachée à titre accessoire à une condamnation pénale. À cette date, il était établi désormais qu'une remise gracieuse des peines privatives de droit pouvait être accordée non seulement aux incapacités prononcées à titre de peines principales ou de peines complémentaires mais aussi aux peines accessoires « présent[a]nt le caractère d'une peine, c'est-à-dire [ayant] pour but principal d'infliger un châtement au condamné ». Aussi convenait-il d'apprécier si l'incapacité électorale pouvait être considérée comme une peine dans le sens qui vient d'être précisé. Se fondant sur « le motif que cette incapacité s'applique aux auteurs d'infractions commises avant la promulgation des lois qui l'instituent », le Substitut du Procureur, dont les motifs sont repris par le Procureur général dans son avis, conclut au caractère de « *mesure de sûreté* » de l'incapacité et partant, à l'irrecevabilité de la requête. Cf. Recours en grâce, Cour d'appel de Colmar : « l'incapacité électorale, du moins dans le cas d'espèce, *n'a pas pour but principal d'infliger un châtement au condamné* » (nous soulignons), Rapport du Procureur Général de Colmar du 13 mars 1957 dont les conclusions ont été approuvées le 29 mars 1957 (Archives nationales).

¹²⁴⁸ Cons. Const., déc. n° 2000-2581 AN, 30 mars 2000, *Landes (3ème circ.)*, *Rec.* p. 58 ; *D.* 2001, Jur. p. 965, note E. Boitard.

¹²⁴⁹ Cass., 2^{ème} civ., 20 déc. 2000, *Nicoletti c. Piollet*, *Bull. civ.* II, n° 174, p. 125 ; CE, 25 oct. 2002, *M. Vii*, n° 239885, *Lebon*, p. 354, *Dr. adm.* 2003, comm. n° 62, note Ch. Maugué ; CE, 12 janv. 2005, *Élections régionales de Guadeloupe*, n° 266252, *Lebon*, p. 89 ; *Gaz. Pal.*, 13 août 2005, n° 225, p. 18.

¹²⁵⁰ Marquis de VAREILLES-SOMMIERES, « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois ... », *op. cit.*, p. 517, note 1.

parce qu'auraient été en jeu des droits politiques. La maxime *nulla poena sine lege* ne s'appliquait pas dans la mesure où la privation des droits civiques résultant de plein droit de condamnations pénales n'était pas considérée comme une peine mais comme une mesure garantissant la pureté des urnes et du corps politique¹²⁵¹. Pour le dire autrement, le fait que les juges aient dans cette décision de 1871 et plus généralement jusqu'à la V^e République appliqué les lois politiques privant des condamnés de leurs droits civiques à des personnes condamnées avant la promulgation desdites lois ne tient pas tant à l'objet de la mesure, à la nature des droits – politiques – qu'à la nature de la mesure – non répressive.

Il serait tentant de conclure que la question de l'application dans le temps de la privation des droits politiques, quand elle résulte de plein droit d'une condamnation pénale, nous renseigne finalement peu sur la nature et le régime des droits politiques dont l'éventuelle singularité ne tient ici en réalité aucune place dans le raisonnement. La solution est tributaire de considérations liées à la *pénalité*, non à la *citoyenneté*. Nous entendons démontrer dans le chapitre suivant que la différence de qualification (punition ou mesure de sûreté) de dispositions peu ou prou analogues ne peut en réalité elle-même s'expliquer que par différentes conceptions des droits politiques – , ce que confirmera tardivement le Secrétaire général du Conseil constitutionnel en 2011 dans une formule pour le moins sibylline : « la perte des droits civiques, quand elle ne résulte pas de la perte des facultés mentales, *ne peut être que constitutive d'une peine* ». Et d'ajouter : « il y a un droit fondamental à voter »¹²⁵².

¹²⁵¹ La Circulaire précitée relative à l'application de la loi du 30 mars 1955 indique en ce sens expressément que « l'incapacité électorale *n'est pas une peine*, par conséquent elle n'est pas soumise au principe de la non-rétroactivité propre aux règles pénales » (souligné dans le texte).

¹²⁵² *Commentaire aux Cahiers*, déc. n° 2011-114 QPC du 1^{er} avril 2011, M. Didier P. Il convient de préciser l'usage que l'on entend faire des « Commentaires aux Cahiers » dans notre analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi que l'a remarqué Denis Baranger dans son étude de la « pratique de l'auto-commentaire » qui caractérise l'institution du Conseil constitutionnel, la concision des décisions des Sages de la rue Montpensier, leur motivation parfois lacunaire « créent une sorte d'appel d'air, d'effet de manque, qui rend nécessaires des commentaires extérieurs à la décision elle-même. Plus que de commentaires, il faudrait peut-être parler d'explications » (BARANGER Denis, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 34). Comme l'ajoute l'auteur, il est clair cependant que ces commentaires « ne [sont] pas une décision revêtue d'une quelconque autorité juridique » (*ibid.*, p. 35). Olivier Schrameck fait à cet égard observer que « le Secrétaire Général n'a aucune autorité pour exprimer une position du Conseil constitutionnel » (SCHRAMECK Olivier, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'action gouvernementale », in Guillaume DRAGO, Bastien FRANÇOIS et Nicolas MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 113). Dans notre thèse, on ne citera pas les « commentaires aux cahiers » comme reflétant la position de l'institution elle-même mais pour corroborer la lecture que l'on proposera nous-même des décisions. Autrement dit, nous n'accorderons pas de valeur normative à ce qui ressemble parfois à des éléments de motivation extérieure et complémentaire. Nous les mentionnerons lorsqu'ils concorderont avec nos propres observations. Sur les décisions du Conseil constitutionnel, v. notamment

C'est parce que le droit de vote est considéré désormais comme un droit fondamental que sa privation doit être interprétée comme une punition assortie de toutes les garanties pénales. Sa nature influence la manière dont il doit être protégé.

A contrario, jusqu'au revirement de jurisprudence mis en évidence en 2000, les incapacités électorales attachées de plein droit aux condamnations pénales sont interprétées comme des mesures de sûreté dans la mesure où les droits politiques ne sont pas considérés comme des droits fondamentaux. C'est la raison pour laquelle le législateur peut attacher le cas échéant rétroactivement à une condamnation pénale une mesure privative des droits politiques. Le principe selon lequel « les droits politiques sont dans la main du législateur qui les accorde, les retire ou les modifie suivant les circonstances »¹²⁵³ a valu quelle que soit la cause de l'incapacité jusqu'à la V^e République. Les droits civiques et politiques se caractérisaient tant par leur objet (critère *ratione materiae*) que par leur régime spécifique. Cela va changer avec leur subjectivisation qui leur fait perdre leur singularité en les rapprochant des droits de l'homme.



DENQUIN (Jean-Marie), « La jurisprudence du conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

¹²⁵³ Cass., civ., 28 oct. 1885, *cit.*

CHAPITRE 6. DES DROITS FONDAMENTAUX INDIVIDUELS APPARTENANT AU CITOYEN

L'« homme » d'un côté et le « citoyen » de l'autre se confondent-ils ou se distinguent-ils ? La question de leurs rapports a alimenté la doctrine depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – texte qui n'a cessé de prêter, jusqu'à aujourd'hui, à des interprétations contradictoires sur le sujet. Du chapitre précédent, qui a mis en évidence la spécificité des droits civiques et politiques, il ressort que le citoyen se différencie ou à tout le moins se différenciait de l'homme. On peut en ce sens affirmer que « l'individu moderne est clivé : il est à la fois le citoyen (*stricto sensu*), c'est-à-dire l'individu jouissant de droits politiques et civiques, et l'homme, en tant que cet individu est titulaire de droits considérés comme inhérents à sa "personne" – les droits de l'homme que les juristes désignent aujourd'hui sous plusieurs vocables : droits fondamentaux, libertés publiques ou encore libertés fondamentales »¹²⁵⁴.

Jean Rivero établit précisément cette distinction entre les « droits de l'homme » antérieurs à la société et qu'il qualifie de « libertés » (parmi lesquelles notamment la liberté individuelle, la liberté d'opinion et la propriété) et les « droits du citoyen », qu'il qualifie de « pouvoirs » (soit, essentiellement, le droit de consentir à l'impôt et le « droit de concourir à la formation de la volonté générale »)¹²⁵⁵. Suivant ce point de vue, les droits politiques sont des « libertés-participation » alors que les autres droits sont des « libertés-autonomie » et ces ensembles constituent les deux catégories indissociables des libertés publiques consacrées par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹²⁵⁶. Olivier Beaud note qu'une partie de la doctrine considère qu'il reste pertinent de distinguer, conceptuellement, entre les droits du citoyen et les droits de l'homme, et donc d'admettre ce clivage juridique de l'individu selon ces deux facettes¹²⁵⁷. C'est notamment ce qu'observe Étienne Picard lorsqu'il énonce qu'« on ne peut [...] pas fondre les droits de la citoyenneté dans la catégorie des

¹²⁵⁴ BEAUD (Olivier), « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », *op. cit.*, p. 221.

¹²⁵⁵ RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd., 2003, Paris, PUF, p. 42.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 44.

¹²⁵⁷ BEAUD (Olivier), « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », *op. cit.*, p. 221.

droits de l'homme, ni opérer l'inverse, comme d'aucuns tendent à le faire de plus en plus couramment »¹²⁵⁸.

Un certain nombre d'auteurs, à l'instar de Luigi Ferrajoli, inclut en effet les droits du citoyen dans les droits de l'homme, ou plus exactement dans les droits fondamentaux¹²⁵⁹. Pour le philosophe du droit italien, le clivage décisif est celui qui oppose, à l'intérieur des droits subjectifs, les droits patrimoniaux et les droits fondamentaux. À la différence des droits patrimoniaux, les droits fondamentaux sont tous directement constitués par des normes, indépendants par conséquent des actes des individus. Ils sont tous également universels¹²⁶⁰. Cette classification n'est pas sans conséquence quant à la compréhension de la citoyenneté : le fait d'inclure les droits politiques dans les droits fondamentaux relativise en effet la spécificité des droits politiques. Il convient par ailleurs de souligner que pour Luigi Ferrajoli, les destins des différents droits fondamentaux, qu'ils soient civiques et politiques, sociaux ou qu'ils concernent les libertés, sont liés : l'érosion des droits sociaux ou les atteintes aux droits-libertés, fussent-ils ceux des étrangers, altèrent les fondements normatifs de la citoyenneté démocratique elle-même. La position de Luigi Ferrajoli, qui en appelle dès lors, sur le fondement d'un constitutionnalisme global, à la suppression de la citoyenneté étatique ou à l'élaboration d'une citoyenneté mondiale, est, ainsi que nous l'avons indiqué dans l'introduction, *normative*. Par différence, l'approche retenue dans cette thèse entend théoriser le *droit existant*.

Sans aller jusqu'à adopter les conclusions qu'en tire Luigi Ferrajoli, il apparaît toutefois que l'inclusion des droits civiques et politiques dans la catégorie des droits fondamentaux n'est plus aujourd'hui purement spéculative. Elle relève au contraire du droit positif. Dans la jurisprudence des Cours suprêmes, depuis une quinzaine d'années, les droits politiques tendent en effet à s'émanciper des catégorisations qui distinguaient le citoyen de l'homme. Le développement de leur volet « droits individuels » fait désormais d'eux des droits aussi fondamentaux que les autres. C'est également ce que l'on observe dans les décisions du Conseil constitutionnel, bien que ce dernier, contrairement à ses homologues étrangers,

¹²⁵⁸ PICARD (Étienne), « La notion de citoyenneté », *op. cit.*, p. 720.

¹²⁵⁹ FERRAJOLI (Luigi), « La contradiction entre l'égalité des droits fondamentaux et la citoyenneté comme statut d'exclusion », *op. cit.* Du même auteur, v. plus généralement *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, 2012.

¹²⁶⁰ À l'inverse, les droits patrimoniaux tels que les droits réels et les droits personnels de créance sont pour l'auteur des « *droits individuels, excludendi alios* », au sens où il n'existe pour chacun d'eux qu'un titulaire déterminé, à l'exclusion de tout autre.

n'emploie pas explicitement le terme de « droit fondamental » pour désigner les droits politiques.

On rappellera à ce propos que l'expression « droits fondamentaux », en elle-même, est relativement récente en droit français¹²⁶¹. Elle est d'ailleurs rarement utilisée par le Conseil constitutionnel. C'est ainsi dans une décision du 22 janvier 1990 qu'il a utilisé pour la première fois les termes de « droits fondamentaux de valeur constitutionnelle »¹²⁶². Certains auteurs ont d'ailleurs reproché au Conseil constitutionnel le manque de rigueur terminologique dont il fait preuve dans l'emploi de cette expression. P. Wachsmann¹²⁶³ note à cet égard que si, dans certaines décisions, le Conseil constitutionnel utilise ce vocable pour justifier le bénéfice de ces droits aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux¹²⁶⁴, dans d'autres décisions, au contraire, il ne semble tirer aucune conséquence juridique identifiable de la qualification de droits fondamentaux¹²⁶⁵. La qualification de « droits fondamentaux » ne renvoie pas nécessairement à leurs titulaires qui incluraient tant les nationaux que les étrangers. Il est d'usage de considérer en doctrine que cette qualification repose sur leur source (définition formelle) ou sur leur objet (définition matérielle) : « sur le plan formel, les droits fondamentaux sont ceux qui sont inscrits dans un texte constitutionnel ou un texte international dont l'objet est de dresser la liste de ces droits [...]. Dans un autre sens, la fundamentalité n'est pas liée à la norme qui la supporte, mais à l'importance reconnue à ce droit par la société et, juridiquement, par l'autorité qui l'édicte »¹²⁶⁶.

La valeur supra-légale de leur source permet de placer les droits fondamentaux hors de portée de l'exécutif et du législateur. Voilà l'enjeu d'une telle qualification¹²⁶⁷. L'effet juridique des droits fondamentaux réside dans cet ordre de priorité. Si tous les droits

¹²⁶¹ Cf. notamment sur son apparition : PICARD (Étienne), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6 ; WACHSMANN (Patrick), « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *RUDH*, 2004, p. 40.

¹²⁶² Cons. const., déc. n° 89-269 DC du 22 janv. 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 33. Le Conseil constitutionnel avait cependant déjà utilisé l'adjectif « fondamental » pour qualifier des droits et libertés : ainsi de la décision du 16 janv. 1982 sur les nationalisations qui affirma « le caractère fondamental du droit de la propriété ». En 1984, ce fut la liberté de communication des pensées et des opinions qui se vit qualifiée de « liberté fondamentale ». V. CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, Chron., p. 324.

¹²⁶³ WACHSMANN (Patrick), « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *op. cit.*, spéc. p. 45.

¹²⁶⁴ Cf. notamment la décision n° 89-269 DC précitée.

¹²⁶⁵ Cf. notamment Cons. const., déc. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*, *Rec.* p. 18, cons. 16.

¹²⁶⁶ MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 12-13.

¹²⁶⁷ DREYER (Emmanuel), « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique (1) », *D.* 2006, p. 748.

fondamentaux sont prévus dans la Constitution ou dans des textes internationaux, il convient de préciser que tous les droits et libertés auxquels renvoie la Constitution de 1958 ne coïncident pas avec la notion de « droit fondamental »¹²⁶⁸. Le Conseil constitutionnel a en effet commencé à qualifier *certain*s droits et libertés *en particulier* de « fondamentaux ». L'équivalence entre droits fondamentaux et droits de l'homme à valeur constitutionnelle est donc discutable. Selon une partie de la doctrine d'ailleurs, les droits fondamentaux ne constituent qu'une partie, une sélection des droits de l'homme à valeur constitutionnelle. Pour identifier ceux des droits à valeur constitutionnelle qui peuvent être qualifiés de « fondamentaux », on complète généralement l'approche formelle par l'approche matérielle : on désigne alors par ce terme les normes de valeur supra-législative protégeant un intérêt primordial des personnes. On ajoutera pour finir que dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « cette nouvelle catégorie de droits apparaît avec un régime spécial de protection qui forme la réelle spécificité de la catégorie et la distingue des libertés publiques et des autres droits constitutionnels »¹²⁶⁹. Le Conseil constitutionnel crée un nouveau régime de protection pour certains droits qu'il qualifie lui-même de fondamentaux, contre la volonté qu'aurait pu avoir le Parlement de restreindre l'exercice de ces droits.

Nous démontrerons que les droits politiques pour le Conseil constitutionnel correspondent à cette définition (section 1). Les droits politiques apparaissent désormais non seulement comme des droits fondamentaux, mais comme des droits fondamentaux de premier rang, au sens où ils sont l'objet d'un régime de protection renforcé qui les élève dans la hiérarchie des droits fondamentaux. La privation automatique du droit de vote des criminels jusqu'en 1994 en France semblait laisser penser que ce droit était d'une nature tellement spécifique qu'il justifiait « qu'il ne soit pas protégé de la même façon que les autres droits enchâssés dans les différents catalogues de droits et libertés fondamentaux », qu'il puisse être « limité par des considérations plus philosophiques, morales et politiques que juridiques »¹²⁷⁰. Par leurs décisions, les Sages indiquent le contraire.

De « droits appartenant au souverain », les droits politiques deviennent dès lors des « droits appartenant au citoyen » : cette expression n'indique pas que ces droits

¹²⁶⁸ CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *op. cit.*

¹²⁶⁹ *Ibid.*

¹²⁷⁰ SAINT-LAURENT (Geneviève), *Le droit de vote limité par la condamnation pénale*, *op. cit.*, p. 6-7.

appartiendraient dorénavant à un « patrimoine inaliénable » des citoyens. Elle met en évidence la négation de la logique de concession/restriction qui présidait au régime précédent.

Cette évolution de la nature et du régime des droits politiques entraîne un changement de paradigme de la citoyenneté qui ne peut plus être subordonnée à une exigence de moralité. Du modèle de la *dignitas du citoyen*, fondement d'*obligations*, qui justifiait les sanctions privatives des droits civiques des condamnés, on passe à celui de la *dignité individuelle de la personne*, fondement de *droits*, qui justifie de limiter lesdites sanctions. Le citoyen digne n'est plus tant le titulaire de droits politiques qui se comporte de façon digne, qui est à la hauteur de ce que la fonction implique. Le citoyen digne est l'homme à qui, en vertu de sa commune humanité, on reconnaît un droit à une existence civique, c'est-à-dire des droits politiques. Cette (r)évolution est toutefois à nuancer. Plus qu'à une succession de deux régimes distincts, il apparaît que l'on a affaire à une tension entre deux conceptions au sein du régime actuel de la citoyenneté (section 2).

Section 1 – La subjectivisation des droits politiques

L'analyse des décisions du Conseil constitutionnel relatives aux sanctions privatives des droits politiques met en évidence l'importance que revêt aujourd'hui le droit de vote dans le catalogue des droits fondamentaux (§1). La jurisprudence française s'inscrit par-là dans le sillage du droit international et européen (§2).

§1. Des droits garantis par la Constitution : l'extension des garanties du droit répressif à toute sanction non pénale privative des droits politiques

Le contentieux constitutionnel français de la privation des droits civiques se caractérise par une double singularité. Pour des raisons tenant, entre autres, aux profondes modifications législatives qu'a connues la matière des sanctions restrictives des droits civiques avec l'entrée en vigueur du nouveau code pénal de 1992, les décisions du Conseil constitutionnel français sur le sujet se caractérisent tout d'abord par leur extrême rareté. Le législateur lui-même, à l'occasion de la grande réforme du nouveau code pénal, s'est « auto-limité » en abolissant les restrictions générales, automatiques, indifférenciées et définitives des droits politiques qui, sous l'empire du code pénal de 1810, s'appliquaient à toutes les personnes condamnées à une

peine criminelle et à la quasi-totalité des peines délictuelles, indépendamment de la durée de la peine principale, de la nature, de la gravité de l'infraction ou de la situation des condamnés.

En second lieu, les requérants français ont déplacé la question de la constitutionnalité des sanctions privatives des droits civiques du terrain des *droits politiques* à celui des *principes directeurs du droit pénal*. À la différence de ce que l'on observe dans les décisions des Cours suprêmes d'un certain nombre d'États et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la conformité à la Constitution ou à la Convention européenne des sanctions en question n'a jamais été contestée au motif qu'elles portaient atteinte au droit de vote ou au droit d'éligibilité des demandeurs mais aux principes cardinaux du droit pénal. En droit constitutionnel étranger :

« L'interdiction [...] a été présentée comme une interdiction de voter plutôt que comme une sanction pénale explicite. Et en tant que disposition de la loi électorale [...] plutôt que du droit pénal, la privation du droit de vote, comme sa défense, a été fondée plus fortement sur les revendications démocratiques que sur celles de la justice pénale »¹²⁷¹.

C'est l'exact inverse que l'on observe en France. L'entrée en vigueur du nouveau code pénal au 1^{er} mars 1994 de nouveau a assurément joué un rôle non négligeable dans la formulation des griefs. L'interdiction des peines accessoires, dans le nouveau code pénal, a très certainement eu une place déterminante dans le fait que les justiciables aient été enclins à faire valoir que les incapacités dont ils étaient frappés de plein droit étaient inconvencionnelles ou inconstitutionnelles en raison de leur automaticité – plutôt qu'en raison de leur objet, c'est-à-dire des droits que ces incapacités limitaient. La décision n° 93-325 du Conseil constitutionnel du 13 août 1993¹²⁷², qui constitue la première application de l'article 8 de la Déclaration de 1789 pour censurer une sanction automatique et surtout la décision audacieuse n° 99-410 DC du 15 mars 1999¹²⁷³ examinant la constitutionnalité de la loi organique n° 99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie par laquelle les Sages ont censuré les dispositions de l'article 194 de la loi de 1985 relatives à l'inéligibilité attachée de plein droit à la faillite en ce qu'elles méconnaissaient le principe de nécessité des peines, ont elles aussi contribué à la formulation des requêtes.

¹²⁷¹ PLAXTON (Michael) and LARDY (Heather), « Prisoner Disenfranchisement: Four Judicial Approaches », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 28, n° 1, 2010, p. 103, note 9.

¹²⁷² Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 224, cons. 43-49.

¹²⁷³ Cons. const., déc. n°99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 51.

De ces observations, il serait tentant de conclure que l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel sur la privation des droits politiques nous renseignera peu sur la nature desdits droits : le contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel ne portera en effet que sur la conformité du régime des sanctions en question avec les principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines, sans égard pour la nature des droits concernés. Nous entendons mettre en évidence la portée de ces décisions quant à la citoyenneté. Nous démontrerons que : 1) il est loisible d'établir un principe général suivant lequel pour le Conseil constitutionnel, toute privation des droits civiques qui n'est pas attachée à la perte des facultés mentales relève nécessairement du régime répressif, même quand elle ne résulte pas d'une condamnation pénale : le droit pénal s'impose comme « bouclier » de la citoyenneté ; 2) ce principe se fonde sur le fait que la citoyenneté est désormais un droit fondamental, « plus fondamental » que d'autres.

A. Le droit pénal, « bouclier » de la citoyenneté

Le Conseil constitutionnel a appliqué les garanties du droit pénal aux quatre dispositions dont il a eu à connaître (2), alors même qu'une seule d'entre elles résultait de condamnations pénales (1).

1. Des dispositions litigieuses ne relevant pas nécessairement de condamnations pénales

Les dispositions litigieuses contrôlées par le Conseil constitutionnel sont toutes prévues en dehors du code pénal dont on a vu qu'il a supprimé en 1992 les peines privatives de droits civiques les plus controversées. Ces sanctions, d'une durée temporaire ou définitive, ont pour point commun d'être presque toutes automatiques ou encore « accessoires ». La plupart d'entre elles sont très anciennes : trois d'entre elles figuraient déjà dans le décret impérial de 1852. Ces sanctions ne sont pas formellement pénales : elles sont civiles ou commerciales (cas du failli), disciplinaires (cas du notaire destitué) ou électorales (cas du dépassement des compte de campagne). Si elles ne sont pas consécutives à une condamnation pénale, ces déchéances résultent toujours, cependant, de l'appréciation d'un comportement individuel. Elles constituent toutes des « interdictions subjectives ». Le comportement individuel qui est à l'origine de ces déchéances est d'ailleurs susceptible, pour chacune d'entre elles, de donner lieu également à des sanctions pénales. Il s'agit toutefois de procédures distinctes. Qu'elles soient attachées à une condamnation pénale (a) ou indépendantes d'elle (b), les sanctions étudiées présentent donc de nombreuses similarités.

a. Une sanction dépendant d'une condamnation pénale mais n'étant pas formellement une sanction pénale : l'article L. 7 du code électoral

L'article L. 7, issu de la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, prévoit que ne doivent pas être inscrites sur la liste électorale, pendant un délai de cinq ans, les personnes condamnées du chef d'atteintes au devoir de probité. Bien qu'elle soit consécutive à une condamnation pénale, la nature de peine *stricto sensu* de cette disposition qui visait à moraliser la vie politique fait débat.

La conception française, fidèle en cela au principe de la légalité criminelle, obéit à une conception formaliste de la sanction pénale. Comme nous l'avons exposé précédemment, le principe de légalité et son corollaire, celui de la non-rétroactivité des délits et des peines sont essentiels en droit pénal, cette branche du droit la plus attentatoire aux droits et aux libertés des individus. Ce principe a pour fonction essentielle de garantir la sécurité juridique pour les justiciables. Aussi le code pénal, comme la Déclaration des droits de l'homme, dispose-t-il explicitement en son article 111-3 que « nul [...] ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi ». La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Cette suprématie formelle de la loi sur tout autre type de texte s'ancre, on l'a vu, dans l'idée qu'elle seule, en tant qu'elle est l'expression de la volonté générale, dispose de la légitimité suffisante pour permettre d'incriminer et de punir un comportement donné. Du principe de légalité selon lequel il n'est de peine que prévue par la loi, on a déduit une acception formelle de cette dernière : la sanction pénale est ce que la loi désigne comme tel, ce que le législateur a expressément inséré dans une disposition pénale¹²⁷⁴. Pour reprendre les

¹²⁷⁴ D'aucuns ajoutent d'autres critères à celui de la qualification formelle : critère *organique* tout d'abord, dans la mesure où la peine est une sanction prononcée au terme d'un procès par une juridiction répressive. Critère *matériel* également, la peine, dont le contenu s'incarne essentiellement à travers la privation de liberté et l'amende, étant supposée être la plus grave des sanctions. Critère *substantiel* enfin, qui s'intéresse à l'essence même de la sanction pénale, ce qui « revient à se demander pour quelle raison cette dernière est infligée en réponse à une infraction » (DE GRAEVE Loïc, « La notion de sanction pénale en droit interne », in *La sanction : Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean-Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, 2007, p. 67). Ces éléments traditionnellement distinctifs de la sanction pénale sont cependant aujourd'hui à relativiser. Avec la diversification des sanctions pénales issues de la réforme du nouveau Code pénal, il n'est pas rare que des sanctions administratives ou disciplinaires soient plus sévères que ces dernières. Pour ce qui est par ailleurs des justifications de la sanction pénale, toutes ne visent pas à punir, c'est-à-dire à rétribuer le condamné pour le mal commis ou à dissuader. Dans le Code pénal, certaines sanctions pénales constituent davantage des mesures de sûreté. Les critères du contenu et de la fonction ne permettent donc plus toujours d'opérer le départ entre les sanctions pénales et les sanctions non-pénales. Pour y parvenir, la qualification formelle de la sanction, sa prévision dans un texte législatif qui l'identifie comme telle reste l'élément déterminant. Sur ces points, v. DE GRAEVE (Loïc), *op. cit.*, p. 67. V. également CHOUVET-LEFRANÇOIS (Amandine), « Les finalités de la sanction en droit pénal », in Corinne MASCALA (dir.), *À propos de la sanction*, Toulouse, Presses de l'Université des

termes de Jacques-Henri Robert, « sont pénales les sanctions qu'il plaît au législateur de qualifier ainsi »¹²⁷⁵.

Ce texte législatif, aujourd'hui, ce n'est plus uniquement le code pénal. L'étude du droit pénal spécial démontre en effet que la sanction pénale intervient de plus en plus fréquemment pour renforcer des droits ou des obligations énoncés par les lois civiles, commerciales, administratives, fiscales, etc. : « gendarme du droit, le droit criminel vient au secours de certaines règles de fond d'une grande importance sociale que les simples prescriptions civiles sont [...] impuissantes à faire respecter »¹²⁷⁶. Certaines entorses au libre jeu des élections par exemple se résolvent en poursuites pénales : le législateur a entendu assortir les règles électorales qu'il a estimées les plus importantes de peines. Dans les hypothèses comme celles-ci où les législations électorales, commerciales, du droit du travail etc., procèdent par renvoi explicite à une disposition du code pénal, la nature formelle du comportement incriminé et de la sanction prévue ne fait pas de doute. À défaut d'un tel renvoi, la place qu'occupe la sanction dans l'économie du code électoral, du code de commerce, du code du travail etc., peut permettre de déterminer de façon assurée la nature de celle-ci. De nombreux codes ou textes législatifs non codifiés contiennent en effet une section intitulée « dispositions pénales »¹²⁷⁷. Il est des cas cependant dans lesquels la nature formelle, et par conséquent le régime de ces sanctions prévues en dehors du code pénal demeurent incertains. La sanction automatique d'interdiction d'inscription sur les listes électorales prévue à l'article L. 7 du code électoral dont le Conseil constitutionnel connaîtra dans sa décision du 11 juin 2010¹²⁷⁸ constitue un exemple topique à cet égard.

b. Des sanctions indépendantes de condamnations pénales

À côté du code électoral, le code de commerce et le droit disciplinaire prévoyaient également des sanctions similaires. À la différence des dispositions de l'article L. 7, ces sanctions ne résultaient pas cependant d'une condamnation pénale mais de la sanction

Sciences Sociales de Toulouse, 2007, p. 11-20 et DESFOUR (Mary-Hélène), *Contribution à la réflexion sur la notion de sanction pénale dans le droit positif contemporain français*, th. dactyl., Université d'Aix- Marseille, 2012.

¹²⁷⁵ ROBERT (Jacques-Henri), *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Paris, PUF, 2005, p. 55.

¹²⁷⁶ MERLE (Roger), VITU (André), *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 216.

¹²⁷⁷ Pour le Code électoral par ex., v. le chapitre 7 du Livre I, titre I (art. L.86 à L.117-1). Pour le Code de commerce, voir le titre IV du livre I.

¹²⁷⁸ Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres*, Rec. p. 111.

commerciale de la faillite (i), de la peine disciplinaire de la destitution (ii) et de la méconnaissance des règles relatives au financement des campagnes électorales (iii).

i. La sanction civile de la faillite et de la liquidation judiciaire : l'article 194 du code de commerce

C'est dès la période romaine que plusieurs pratiques de règlement patrimoniaux voient le jour et se succèdent : au système du *nexum* et de la *venditio trans tiberim* qui consiste en une action sur l'homme (le débiteur, acquis au créancier, peut être vendu) se substituent les procédures de la *venditio bonorum* puis celle des *districtiones*, saisies collectives reposant respectivement sur la mise en liquidation en bloc du patrimoine du débiteur et sur la vente au détail de ses biens. Le débiteur qui, au lieu de faire volontairement cession de biens à ses créanciers, oblige ces derniers à les vendre en masse, est par ailleurs frappé d'infamie, pénalité de droit public qui lui interdit d'être élu aux fonctions publiques et d'être électeur¹²⁷⁹. Ce n'est qu'au Moyen-Âge toutefois, au moment où se développe le commerce dans les villes de l'Italie du nord, que la procédure de faillite est véritablement créée¹²⁸⁰. Elle s'introduit en France à la faveur des foires.

La Constitution des 3-14 septembre 1791 prévoit la déchéance des droits politiques des faillis. Cette incapacité est reprise dans la Constitution de l'An III puis dans l'article 5 de la Constitution de l'An VIII. Cet article est resté en vigueur jusqu'à l'adoption de la Constitution du 4 novembre 1848, laquelle donne compétence à la loi électorale pour déterminer les causes susceptibles de priver un citoyen français du droit d'élire et d'être élu (art. 27). À côté des lois électorales, la perte du droit de vote et d'éligibilité frappant de plein droit les faillis est inscrite dans le code de commerce de 1807¹²⁸¹. La procédure de la faillite, qui s'appliquait jusque-là à tout débiteur, ne concerne plus, à partir de là, que les commerçants. C'est précisément dans le code de commerce que se situe l'article 194 examiné par le Conseil

¹²⁷⁹ HEPP (Eugène), *De la note d'infamie en droit romain, op. cit.*, p. 78-80.

¹²⁸⁰ Pour l'histoire de la faillite, voir infra.

¹²⁸¹ Pour ce qui regarde plus spécifiquement l'inéligibilité des faillis, qui est en cause dans la disposition dont le Conseil constitutionnel a examiné la conformité à la Constitution en 1999, la loi du 21 mai 1838 réformant le Code du commerce a prévu elle-aussi l'inéligibilité du commerçant placé en situation de faillite. Cette incapacité a été maintenue par la loi du 4 mars 1889 à l'égard des personnes placées en situation de liquidation judiciaire. L'incapacité de plein droit a encore été reprise à l'article 110 de la loi du 13 juillet 1967. Au moment où s'est prononcé le Conseil constitutionnel, elle figurait encore, avec un champ un peu plus étroit, à l'article 194 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

constitutionnel¹²⁸². Celui-ci dispose que « le jugement qui prononce soit la faillite personnelle, soit l'interdiction prévue à l'article 192 emporte l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. L'incapacité s'applique également à toute personne physique à l'égard de laquelle la liquidation judiciaire a été prononcée », pour une durée de cinq ans.

Dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises dont est issu l'article 194, la faillite personnelle peut être prononcée par le tribunal de commerce contre différentes personnes telles que les personnes physiques commerçantes, les agriculteurs, les artisans (art. 187 c. comm.) ou encore les dirigeants, de droit ou de fait, d'une personne morale (art. 188 c. comm.) pour une série de motifs énoncés aux articles 182, 187, 189 et 190. Les faits sanctionnés par la faillite personnelle, dont certains sont particulièrement répréhensibles, sont multiples et vont de la simple omission à des actes frauduleux de détournement de l'actif en passant par des agissements intentionnels et abusifs visant à poursuivre une exploitation ou à retarder l'ouverture d'une procédure collective lorsque celle-ci est déjà déficitaire. Il est à noter que dans les cas les plus graves, ces faits jugés par le tribunal de commerce ou par le tribunal de grande instance (TGI) peuvent constituer un délit – le délit de banqueroute – et être, de ce chef, sanctionnés pénalement. Le banqueroutier, qui encourt une peine d'emprisonnement, peut également être condamné par le juge pénal à la peine complémentaire de l'interdiction des droits civiques (art. 200 c. comm.) ou à celle de la faillite personnelle et de l'interdiction de gérer (art. 201 c. comm.), avec les conséquences qui s'ensuivent en termes d'incapacité. D'un point de vue formel, la faillite personnelle est donc une sanction de nature civile ou pénale selon la source légale de la mesure et la juridiction qui la prononce. Dans l'hypothèse où une juridiction civile ou commerciale et une juridiction répressive auraient, par des décisions définitives, prononcé à l'égard d'une personne la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article 192 à l'occasion des mêmes faits, l'article 202 indique que seule la mesure ordonnée par la juridiction répressive sera exécutée¹²⁸³. La sanction civile de la faillite personnelle dont le prononcé entraîne automatiquement l'incapacité d'exercer une fonction publique élective en application de l'article 194 n'est donc exécutée que lorsque les faits jugés par le tribunal de commerce ou par le TGI ne sont pas suffisamment graves pour donner lieu à une

¹²⁸² Cons. const., déc. n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *préc.*

¹²⁸³ Selon la Cour de cassation, la faillite prononcée par les juridictions répressives, régie par l'art. 201 de la loi de 1985, n'obéit pas au même régime que celle infligée par le tribunal de commerce en vertu de l'article 195 de la même loi : cf. Cass., crim., 4 janv. 1990, n° 89-81245, *Bull. crim.* 1990, n° 2, p. 2.

condamnation pénale. L'incapacité automatique prévue par l'article 194 examiné par le Conseil constitutionnel s'applique indépendamment de toute condamnation pénale. Elle ne s'applique même qu'à la condition qu'aucune condamnation pénale n'ait été prononcée.

Il en va quelque peu différemment d'une incapacité tout à fait singulière relevant du droit disciplinaire dont on a pu soutenir qu'il n'était, au fond, que « le droit pénal particulier des institutions »¹²⁸⁴.

ii. La sanction disciplinaire de la destitution appliquée aux notaires et à quelques officiers ministériels : l'article 4 de l'Ordonnance du 28 juin 1945

Cette cause d'incapacité largement méconnue, applicable uniquement aux notaires et à certains officiers ministériels, est une sanction disciplinaire : la destitution. Aux termes de l'alinéa 3 de l'article 4 de l'Ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels examiné par le Conseil constitutionnel le 27 janvier 2012¹²⁸⁵, « les notaires et les officiers ministériels destitués ne sont pas inscrits sur les listes électorales dressées pour l'exercice des droits civiques ». Selon l'article 1^{er} de l'ordonnance en cause, les notaires sont « les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions ». Cette définition est la même que celle retenue par la loi du 25 ventôse An XI, sous réserve des termes « fonctionnaire public » remplacés dans l'ordonnance par « officier public ». Le notaire est donc un officier public auquel l'État délègue une partie de l'autorité publique¹²⁸⁶. Pour les familles dont il authentifie les actes juridiques et qu'il conseille, l'investiture de l'autorité publique est une garantie supplémentaire justifiant la confiance que l'on peut accorder à ce professionnel. Aussi le notaire doit-il présenter, plus que tout autre individu, des qualités de probité et de discrétion. Leur violation va en principe déclencher des poursuites disciplinaires. « La discipline (*discere plena*) est l'ensemble des règles établies pour le maintien de la considération de certains corps

¹²⁸⁴ LEGAL (Alfred) et BRETHER DE LA GRESSAYE (Jean), *Le pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées : son organisation et ses effets dans les associations, syndicats, sociétés, entreprises, professions. Étude de sociologie juridique*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 114.

¹²⁸⁵ Cons. const., déc. n° 2011-211 QPC du 27 janv. 2012, *M. Éric M.*, *Rec.* p. 87.

¹²⁸⁶ RIPERT (Georges), « Ébauche d'un droit civil professionnel », in *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 678. Voir aussi HUSSON (Léon), « Les activités professionnelles et le droit », in *Archives de philosophie du droit*, vol. 2, 1954.

qui, dans un intérêt social, doivent être investis au plus haut degré de la confiance publique [...]. Dans l'ordre judiciaire, la discipline apparaît avec un caractère de nécessité absolue »¹²⁸⁷.

Cette cause d'incapacité pour le moins inattendue n'est donc pas si inédite qu'elle n'y paraît : à l'instar des criminels et des faillis non réhabilités, les notaires et les officiers ministériels destitués figurent d'ailleurs déjà dans la liste des personnes qui, en application de l'article 15 du décret organique de 1852¹²⁸⁸, ne peuvent être inscrits sur la liste d'électeurs et sont inéligibles. L'article 15 §8 du décret de 1852 dispose que « sont incapables les notaires, greffiers et officiers ministériels destitués en vertu de jugements ou de décisions judiciaires ». Les notaires, greffiers et officiers ministériels destitués connaissent le même sort que les criminels. Leur destinée est même aggravée du fait de l'interprétation particulièrement large que les tribunaux ont fait des termes de « jugement » ou de « décisions judiciaires » dans la seconde moitié du XIX^e siècle¹²⁸⁹. On a considéré en effet que toute décision du pouvoir exécutif qui destituait un officier ministériel après des poursuites criminelles, correctionnelles ou disciplinaires était une décision judiciaire et entraînait par là même l'incapacité électorale de l'officier. Toute décision de destitution du pouvoir exécutif prise après des poursuites entraînait de plein droit la radiation des listes électorales des intéressés, quand bien même cette décision de destitution était contraire à l'avis du juge ayant statué¹²⁹⁰. La Cour a toujours refusé que la déchéance électorale puisse résulter d'une simple mesure administrative, c'est-à-dire d'une mesure prise à l'encontre d'un notaire, greffier ou officier ministériel qui n'aurait fait l'objet d'aucune poursuite¹²⁹¹. Il n'en demeure pas moins que d'un point de vue formel, la

¹²⁸⁷ FUZIER-HERMAN (Ed.), V^o « Discipline judiciaire », *Répertoire général alphabétique du droit français*, op. cit., p. 450. Sur la discipline des notaires, v. p. 483 s.

¹²⁸⁸ Et avant cela, dans la loi électorale du 31 mai 1850 qui modifie la loi électorale du 15 mars 1849 : v. DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois*, op. cit., t. 50, p. 206-224.

¹²⁸⁹ SABAIL (Louis), *La Destitution des officiers ministériels*, th. doct., Paris, A. Rousseau, 1900, p. 114 s.

¹²⁹⁰ Prenons l'exemple d'un arrêté ministériel révoquant un huissier condamné à un mois de prison pour outrage public à des fonctionnaires. Imaginons que la chambre de discipline n'ait pas estimé nécessaire de prononcer la suspension ou la destitution de l'huissier en question. La Cour a admis dans pareille hypothèse que le décret de révocation constituait une décision judiciaire dans la mesure où il était intervenu à la suite de poursuites (Cass., req., 14 août 1850, *D.* 1850, V, 183) dont il pouvait être considéré comme le complément. Les jugements intervenus sur ces poursuites donnaient à l'acte de souveraineté qui suivait un caractère judiciaire. Et il n'était pas nécessaire que le décret de révocation soit conforme à la décision rendue par le tribunal sur les poursuites disciplinaires : ce dernier avait pu ne conclure qu'à une suspension, laquelle avait pu être transformée en révocation par le Garde des Sceaux (Cass., req., 26 mars 1862, *S.* 1862, I, 535). La révocation pouvait même avoir lieu pour motifs politiques et entraîner, néanmoins, l'incapacité (Cass., req., 25 juin 1890, cité par CHANTE-GRELLET Albert, V^o « Élections », *Répertoire du droit administratif*, Paris, P. Dupont, 1897, t. 14, p. 424).

¹²⁹¹ V. par ex. Cass., req., 25 nov. 1874, *S.* 75, I, 375 ; 19 avr. 1880, *S.* 91, I, 262 ; 26 nov. 1892, *S.* 92, I, 535.

déchéance était le plus souvent attachée à une sanction prise par l'administration. De ce point de vue, les notaires et officiers ministériels étaient plus vulnérables que les criminels ou les faillis.

La loi du 10 mars 1898 sur la destitution des officiers ministériels et ses conséquences relativement aux droits électoraux mettra fin à cette situation en établissant non seulement que la destitution doit avoir été décidée par un juge, mais que la déchéance électorale elle-même doit avoir été explicitement prononcée¹²⁹². Cette disposition est restée en vigueur jusqu'à ce que l'ordonnance de 1945 rassemble les textes épars portant sur la discipline des notaires et des officiers ministériels dans un texte unique.

L'ordonnance du 28 juin 1945 s'inscrit à la fois dans la continuité et en rupture avec les textes précités. Outre une inéligibilité définitive aux chambres, organismes et conseils professionnels (art. 4 al. 2), l'ordonnance prévoit que la peine de la destitution entraîne la radiation permanente des listes électorales du notaire ou de l'officier destitué (art. 4 al. 3). Dans le système de 1945, la destitution, comme les autres peines disciplinaires, sanctionnent les fautes énumérées dans l'article 2 qui dispose que « toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout fait contraire à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse [...], même se rapportant à des faits extra-professionnels, donne lieu à une sanction disciplinaire »¹²⁹³. À l'instar de ce que l'on a pu observer en matière de faillite, certains des faits constitutifs de ces fautes disciplinaires sont également pénalement sanctionnés¹²⁹⁴. Les poursuites pénales et disciplinaires et les sanctions auxquelles elles peuvent donner lieu demeurent cependant totalement indépendantes les unes des autres. Il n'en reste pas moins qu'elles peuvent coexister : à la différence de la sanction civile de la faillite, les sanctions disciplinaires et les sanctions pénales peuvent se cumuler. Au regard du décret de 1852 modifié par la loi de 1898, l'art. 4 al. 3 de l'ordonnance de 1945 peut être qualifié de système mixte. Comme dans la loi de 1898, la décision de destitution dont découle la perte du droit de vote ne peut être une mesure administrative : elle doit nécessairement être

¹²⁹² Pour un commentaire de cette loi, v. FALCIMAIGNE (Charles), « Loi du 10 mars 1898 sur la destitution des officiers ministériels et ses conséquences relativement aux droits électoraux (1). Note et notices », *Annuaire de législation française publié par la Société de législation comparée*, Paris, F. Pichon, 1899, p. 63-76.

¹²⁹³ Parmi les manquements graves à la probité qui ont été sanctionnés par la peine disciplinaire de la destitution, on mentionnera par exemple les agissements d'un notaire qui, ayant reçu en dépôt pour le compte d'héritiers des bons au porteur, en a lui-même perçu le montant et a fabriqué cinq conventions attestant des faits faux. Il en va de même de la faute grave consistant pour un notaire à ne pas tenir de comptabilité régulière et à encaisser sur son compte personnel des sommes remises par ses clients, sans les rétablir sur leurs comptes.

¹²⁹⁴ V. SCHUTZ (Rose-Noëlle), « Le notaire et la loi pénale (a) », *Defrénois, La revue du notariat*, 1994.

prononcée par un juge, du TGI ou de la chambre de discipline. Contrairement à la loi de 1898 cependant, qui a fait de l'incapacité une sanction complémentaire devant être elle aussi prononcée par le juge, l'ordonnance de 1945 a conçu cette déchéance comme une sanction automatique, applicable de plein droit. De ce point de vue, l'article 4 al. 3 de l'ordonnance renoue avec l'esprit initial de l'article 15 §8 du décret impérial de 1852.

iii. La méconnaissance des règles relatives au financement des campagnes électorales : l'article 118-3 du code électoral

La dernière disposition contestée, relative à l'inéligibilité attachée à la méconnaissance des comptes de campagne, est en revanche récente et on ne peut plus d'actualité. Contrairement à ses voisins européens, ce n'est en effet qu'à partir de la loi du 11 mars 1988 que la France, à la suite de ce que l'on a appelé les « affaires », s'est dotée d'une législation visant à encadrer et à assainir les conditions de financement des campagnes électorales ainsi qu'à limiter les dépenses afin d'assurer une plus grande égalité entre les candidats et de circonscrire le coût exponentiel des campagnes¹²⁹⁵. Le législateur, qui a procédé par ajustements successifs, a ainsi soumis les candidats et ceux qui leur apportent un soutien à de nouvelles obligations comptables et financières.

Dans l'espèce soumise au Conseil constitutionnel¹²⁹⁶, des requérants contestaient les comptes de campagne de la liste de M. Jean-Paul Huchon, victorieuse aux élections régionales des 14 et 21 mars 2010 en Île-de-France. Ils réclamaient au Conseil d'État l'annulation du résultat des élections ainsi que la condamnation de M. Huchon à une inéligibilité, conformément aux dispositions de l'article L. 118-3 du code électoral. L'article L. 341-1 c. élect. dont la constitutionnalité était contestée transposait aux élections régionales le régime de l'article L. 118-3 applicable aux élections législatives. Créés par les lois du 15 janvier¹²⁹⁷ et du 10 mai 1990¹²⁹⁸, ces deux articles ont été modifiés par la loi du 10 avril

¹²⁹⁵ MALIGNER (Bernard), « Le contrôle du financement des campagnes électorales. Étude des jurisprudences constitutionnelle, administrative et judiciaire », *RFDA*, 1995, p. 243-290 ; du même auteur, v. également « Le financement de la campagne électorale », *AJDA*, 2011, p. 2160.

¹²⁹⁶ Cons. const., déc. n° 2011-117 QPC du 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H.*, *Rec.* p. 186.

¹²⁹⁷ Loi ordinaire n° 90-55 du 15 janv. 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

¹²⁹⁸ Loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés.

1996¹²⁹⁹ dont est saisi le Conseil. La loi prévoit que chaque candidat ne peut recueillir des fonds que par l'intermédiaire d'un mandataire qu'il a désigné. Le législateur, qui a mis en place un plafonnement des dépenses de campagne, limite par ailleurs le montant des sommes que chaque personne physique ou morale peut verser à un ou des candidats à l'occasion d'une même élection. Enfin, l'article L. 52-12 impose à chaque candidat ou candidat tête de liste soumis au plafonnement d'établir un compte de campagne et de déposer ce compte, dans les deux mois suivant l'élection et selon les modalités qu'il définit, auprès de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP). Aux termes de l'art. L. 52-15 du code électoral, qui énonce les pouvoirs de la CNCCFP, celle-ci est chargée de contrôler les comptes de campagne des candidats, et dans ce cadre, d'approuver, de réformer et, le cas échéant, de rejeter les comptes examinés. Lorsque le compte n'a pas été déposé ou a été déposé hors délai, lorsqu'il a été rejeté à bon droit ou lorsque le plafond des dépenses autorisées a été dépassé, la Commission saisit le juge de l'élection qui recherche s'il y a lieu ou non de prononcer l'inéligibilité d'un candidat.

Le dispositif de 1990 en la matière demeurait sévère : si l'inéligibilité était facultative dans le cas de dépassement du plafond des dépenses autorisées, le juge était tenu de prononcer une sanction d'inéligibilité d'une durée d'un an lorsque le compte de campagne n'avait pas été déposé dans les délais ou lorsqu'il avait été rejeté à bon droit. L'inéligibilité était obligatoire, quand bien même le candidat eût été de bonne foi. Elle sanctionnait toute violation même involontaire des règles relatives au financement des campagnes électorales, et par là-même des candidats « sans doute maladroits, mais à coup sûr victimes des incertitudes des textes et sous la menace de sanctions [...] qui apparaissent, au cas particulier, disproportionnées à l'erreur commise »¹³⁰⁰. C'est précisément pour pallier la sévérité excessive du dispositif que le législateur est intervenu en 1996. M. Mazeaud, auteur de la proposition de loi à l'origine du texte, a parfaitement résumé l'intention poursuivie en indiquant qu'« il s'[est] agi pour le législateur de corriger les conséquences que son propre manque de rigueur rédactionnelle a fait peser sur des personnes dont la prudence peut être contestée, mais pas la bonne foi »¹³⁰¹. La loi du 10 avril 1996, qui n'a modifié en rien le droit applicable aux élections législatives, a apporté des corrections au droit applicable aux

¹²⁹⁹ Loi n° 96-300 du 10 avril 1996 tendant à préciser la portée de l'incompatibilité entre la situation de candidat et la fonction de membre d'une association de financement électoral ou de mandataire financier.

¹³⁰⁰ Ass. Nat., Rapport n° 2577 de M. Clément déposé le 20 février 1996.

¹³⁰¹ Cité par FRATACCI (Stéphane) dans ses concl. sous CE, 10 juin 1996, *Élections cantonales de Toulon (3e canton)*, *RFDA*, 1996, p. 697.

élections municipales, régionales et cantonales en général, et à la sanction de l'inéligibilité en particulier. L'article 3 de la loi de 1996 a élargi aux deuxième et troisième cas la possibilité, pour le juge de l'élection, de « ne pas prononcer l'inéligibilité du candidat dont la bonne foi est établie, ou [de] relever le candidat de cette inéligibilité » (al. 2). À la différence des autres dispositions litigieuses contestées devant le Conseil constitutionnel, l'inéligibilité est donc désormais, pour le juge, facultative.

De cet exposé des dispositions querellées, on retiendra à la fois l'ancienneté de la plupart d'entre elles et leur réactualisation par le législateur dans des textes relativement récents : 1985 pour la faillite, 1995 pour l'article L. 7 du c. élect. À l'exception peut-être de l'article 4 al. 3 de l'ordonnance de 1945 relative aux notaires – dernier texte à continuer de prévoir, en 2010, une perte *à vie* des droits civiques –, on ne peut considérer ces incapacités, auxquelles s'ajoute depuis 1990 celle de l'article L. 118-3 c. élect., comme des scories législatives. Elles répondent, pour au moins deux d'entre elles, à un souci explicite du législateur de moraliser la vie publique – et plus précisément la sphère politique. On peut dès lors s'étonner de ce que le Conseil constitutionnel les ait toutes qualifiées de « sanctions ayant le caractère d'une punition ».

2. Leur censure par le Conseil constitutionnel : l'encadrement de la privation des droits politiques par les principes du droit pénal

Tant les juges internes qu'euro-péens ont toujours refusé de considérer que les restrictions apportées par les États à l'exercice des droits politiques en matière électorale puissent constituer des « accusations en matière pénale » contraires à l'article 6 §1 de la Convention (a). À l'inverse, le Conseil constitutionnel français a systématiquement retenu que les dispositions querellées relevaient du champ d'application *ratione materiae* de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et devaient respecter, ce faisant, les principes directeurs du droit pénal (b).

a. Le refus de la qualification d'« accusation en matière pénale » devant la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme

Aux termes de l'article 6 §1 de la Convention européenne, « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses

droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Dans les affaires considérées, les requérants entendaient faire reconnaître que l'automatisme des déchéances électorales dont ils étaient l'objet violait leur droit à un procès indépendant et impartial.

i. La conventionnalité de l'article L. 118-3 du code électoral

Pour autant que les juridictions des États membres aient été amenées à statuer sur l'invocabilité des garanties du procès équitable dans le cadre du contentieux relatif aux comptes de campagne, elles ont conclu, sans d'ailleurs distinguer entre les chefs de rattachement (civil ou pénal), à l'inapplicabilité de l'article 6 §1 de la Convention. Le Conseil d'État l'a affirmé clairement en rappelant, dans l'arrêt *Sorgniard* en date du 20 octobre 1993, que les dispositions combinées de l'article L. 197 et de l'article L. 118-3 du code électoral « n'[avaient] pas pour effet d'infliger au candidat une sanction pénale et ne tranch[ai]ent pas de contestation sur des droits et obligations de caractère civil »¹³⁰² : ces dispositions aux termes desquelles les candidats n'ayant pas déposé leur compte de campagne dans les conditions et les délais prescrits sont inéligibles de plein droit pour une durée d'un an et, le cas échéant, déclarés démissionnaires d'office, ne ressortissent ni de la matière civile ni de la matière pénale telles que définies par la Cour européenne des droits de l'homme. Le moyen tiré de ce que le jugement constatant l'inéligibilité méconnaît les dispositions de l'article 6 §1 de la Convention est donc inopérant. La haute juridiction administrative avait tenu un raisonnement similaire à l'occasion du contentieux des élections cantonales de 1992. Le Conseil constitutionnel lui-même, en tant que juge électoral, s'était prononcé dans le même sens quelques années auparavant : ce dernier avait considéré en 1988¹³⁰³ que le contentieux de l'élection des députés à l'Assemblée nationale n'était pas assujéti à l'emprise de l'article 6 §1 de la Convention, ce qui lui avait permis d'écarter l'objection tirée de la non-publicité des débats. De la sorte, les tribunaux nationaux n'ont fait que s'aligner sur la jurisprudence de la Commission d'après laquelle les contestations électorales échappent au champ d'application de l'article 6.

¹³⁰² CE, 20 oct. 1993, *Sorgniard*, *Élections cantonales de Jargeau*, n° 144799, *Lebon*, p. 789 ; dans le même sens, v. CE, 7 juill. 1993, *Mme Roustan*, *Élections cantonales de Nice 12*, n° 142798, *Lebon*, p. 801.

¹³⁰³ Cons. const., déc. n° 88-1113 AN du 8 nov. 1988, *Seine-Saint-Denis (6^e circ.)*, *Rec.* p. 196.

La Commission, puis la Cour, vont confirmer cette ligne de conduite à l'occasion du contentieux portant sur l'invalidation, en 1993, de l'élection de trois députés à l'Assemblée nationale, Christian Estrosi¹³⁰⁴, Jack Lang et Jean-Pierre Pierre-Bloch¹³⁰⁵. Après avoir examiné les comptes de campagne de ces derniers, le Conseil constitutionnel, en sa qualité de juge électoral, a déclaré les intéressés inéligibles pour un an et démissionnaires d'office. Invoquant derechef le non-respect, devant le Conseil constitutionnel, du principe de la publicité des débats, les trois élus déchus de leur mandat ont fait valoir devant les instances de Strasbourg que la disposition en cause compromettrait leur droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial, seul à même de décider du bien-fondé des accusations en matière « quasi pénale » dont ils étaient l'objet. On sait que depuis l'affaire *Desmeules c. France*¹³⁰⁶ notamment, dans laquelle le Conseil constitutionnel avait statué sur une contestation concernant le droit d'un candidat à se présenter à l'élection législative, la Commission a toujours considéré que les contestations électorales en général, et le droit d'élire, de se porter candidat à une élection et de conserver son mandat en particulier, échappent *ratione materiae* au champ d'application de l'article 6 dans son volet civil : les « droits en cause, politiques par excellence »¹³⁰⁷, ne peuvent être considérés comme des droits de caractère civil. Les litiges relatifs aux droits politiques, c'est-à-dire à des droits « attachés aux individus en leur qualité de citoyens et non de personnes privées »¹³⁰⁸ relèvent exclusivement du droit public et sortent ainsi du champ d'application de cette disposition.

Si la position de la Commission sur l'incompatibilité des requêtes portant sur des droits politiques avec le *volet civil* de l'art. 6 était donc bien connue, la question posée par l'affaire *Estrosi* de « la pénalisation de restrictions apportées par les États à l'exercice des droits politiques »¹³⁰⁹ – la question, autrement dit, de savoir si, pour la Commission, les restrictions apportées par le Conseil constitutionnel à l'exercice des droits politiques constituaient des « accusations en matière pénale » au sens de l'article 6 §1 de la Convention – était inédite. La Commission européenne des droits de l'homme, dans sa décision du 30 juin 1995, a jugé la

¹³⁰⁴ Comm. EDH, 30 juin 1995, *Estrosi c. France*, req. n° 24359/94, D.R. 82, p. 56.

¹³⁰⁵ Comm. EDH, rapport du 1^{er} juill. 1996, *Pierre-Bloch c. France*, req. n° 24194/94 ; CEDH, 21 oct. 1997, *Pierre-Bloch c. France*, Rec. 1997-VI, p. 2236-2237 ; *Cah. Cons. const.* 1998, n° 4, p. 123, note J.-F. Flauss ; *AJDA*, 1998, p. 65, note L. Burgorgue-Larsen ; *RFDA*, 1998, p. 999, note P. Jan ; *JCP* 1998, I, n° 18 et 19, obs. F. Sudre.

¹³⁰⁶ Comm. EDH, 13 avr. 1989, *Desmeules c. France*, req. n° 12897/87, D.R. 67 p. 166.

¹³⁰⁷ *Ibid.*

¹³⁰⁸ CEDH, 26 janv. 1999, *Cheminade c. France*, req. n° 31599/96.

¹³⁰⁹ Comm. EDH, *Estrosi*, *préc.* (nous soulignons).

requête de M. Estrosi irrecevable. Dans l'arrêt *Pierre-Bloch* du 21 octobre 1997¹³¹⁰, la Cour a estimé également que la sanction de l'inéligibilité n'imposait pas, au regard des trois critères alternatifs de définition de la notion autonome de « matière pénale » identifiés par la Cour¹³¹¹, la « pénalisation » du contentieux en cause¹³¹². On peut donc affirmer que « la distinction établie entre deux types d'inéligibilité, selon qu'elles sont décidées par le juge électoral, en application des règles électorales ou édictées par le juge pénal, en tant que peine associée ou complémentaire, conduit à un *dédoublement* du champ d'application de l'art. 6 dans le domaine des inéligibilités »¹³¹³.

Certains auteurs ont pu s'étonner de cette conclusion¹³¹⁴. Ainsi que le rappelle Laurence Burgorgue-Larsen¹³¹⁵, cette solution s'inscrit certes dans la ligne jurisprudentielle des organes de contrôle de Strasbourg qui entendent « exclure le jeu de l'article 6 §1 dans les domaines où

¹³¹⁰ Contrairement à l'affaire *Estrosi*, l'enjeu, pour M. Pierre-Bloch, résidait aussi dans le paiement de la somme correspondant au dépassement du plafond de ses dépenses électorales et leur remboursement par l'État. Cet élément patrimonial conférait à la « contestation » dont il était question une coloration « civile » suffisante pour faire entrer le présent litige dans le champ d'application de l'article 6 §1. Aussi la Commission considéra-t-elle que la requête de M. Pierre-Bloch était recevable. Tant cette dernière que la Cour refusèrent toutefois de considérer que le contentieux avait en outre une dimension pénale. En tout état de cause, la Cour a jugé que les dispositions litigieuses étaient conformes à l'art. 6 §1 de la Convention.

¹³¹¹ Ces critères ont été posés notamment par les arrêts *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, Série A, n° 22, p. 35, point 82 et *Putz c. Autriche* du 22 févr. 1996, *Rec.* 1996-I, p. 324, point 31.

¹³¹² Pour ce qui regarde le premier indice, celui de la qualification juridique de l'infraction litigieuse en droit national, la Cour a écarté de façon lapidaire l'application de l'article 6 §1 (CEDH, *Pierre-Bloch, préc.*, point 54 ; Comm. EDH, *Estrosi c. France, préc.*) en rappelant qu'en droit national, la violation en cause, reprise dans le Code électoral, ne ressortit pas au droit pénal mais s'inscrit dans la réglementation relative au droit des élections. Un manquement à une norme juridique régissant une telle matière ne saurait être qualifié de « pénal » par nature. Les autres critères, à savoir la nature de la sanction et son degré de sévérité, ne plaçaient pas davantage le contentieux dans la sphère « pénale » : concernant la première, la Commission et la Cour ont souligné qu'en droit pénal, l'inéligibilité, qui constitue une des formes de privation des droits civiques que prévoit l'article 131-26 du Code pénal, est une peine « accessoire » ou « complémentaire » qui s'ajoute à certaines peines prononcées par les juridictions répressives. En d'autres termes, l'inéligibilité « tire sa nature pénale de la peine principale dont elle découle ». Dans la mesure où l'inéligibilité consécutive à la violation des règles relatives au financement des campagnes électorales n'est l'accessoire d'aucune peine principale ; dans la mesure, où, d'autre part, elle est limitée dans sa durée (un an à compter de la date de l'élection) et dans son étendue (ne valant que pour l'élection à l'Assemblée nationale) et ne présente donc pas un degré de sévérité suffisant, celle-ci n'entre pas dans le volet pénal de l'article 6 §1 de la Convention.

¹³¹³ V. FLAUSS (Jean-François), « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux des élections parlementaires : les enseignements de l'arrêt *Pierre-Bloch* », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 4, 1998.

¹³¹⁴ V. FLAUSS (Jean-François), *ibid.* ; BURGORGUE-LARSEN (Laurence), « Exclusion du contentieux électoral du champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 1998, p. 65 ; JAN (Pascal), « Le juge électoral et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. À propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c. France* », *RFDA*, 1998, p. 999 ; DESMOULIN (Gil), « Le contentieux des élections législatives : vers une application de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDP*, 1997, p. 155.

¹³¹⁵ BURGORGUE-LARSEN (Laurence), « Exclusion du contentieux électoral du champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

l'*imperium* de l'État se manifeste »¹³¹⁶. Au regard de la jurisprudence récente de la Cour, il eût été possible toutefois de considérer que la « remise en cause de l'exception constitutionnelle, c'est-à-dire l'assujettissement pour le moins partiel des contentieux constitutionnels préjudiciels à l'article 6 §1 au titre de la matière civile, [eût pu] être assimilée à un précédent autorisant, *mutatis mutandis* une remise en cause parallèle de l'exception des droits politiques »¹³¹⁷. L'interprétation extensive de la notion de « matière pénale » par laquelle la Cour européenne des droits de l'homme assujettit un nombre toujours plus important de domaines aux principes du procès équitable eût pu également autoriser un raisonnement semblable. Par l'arrêt *Pierre-Bloch*, la Cour infirme cette interprétation, l'application de l'article 6 §1 au contentieux des droits politiques restant dès lors une « simple hypothèse d'école »¹³¹⁸.

ii. La conventionnalité de l'article 194 du code de commerce

La Commission confirmera cette jurisprudence quelques mois plus tard en l'appliquant, cette fois, à l'inéligibilité attachée de plein droit au prononcé de la faillite personnelle ou d'une mesure de liquidation judiciaire. C'est sur l'article 6 §1 de la Convention européenne que s'est fondé Bernard Tapie pour contester la conventionnalité de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective pendant cinq ans, consécutive au prononcé du jugement de mise en liquidation judiciaire d'une personne physique. Avant que la Commission ne juge la requête irrecevable le 13 janvier 1997¹³¹⁹, la Cour de cassation et le Conseil d'État s'étaient prononcés le 9 juillet 1996¹³²⁰ et le 8 janvier 1997¹³²¹ sur la conformité des articles 194 et 195 de la loi du 25 janvier 1985 avec l'article 6 §1 de la Convention dans son volet pénal. S'appuyant sur la jurisprudence des tribunaux français comme sur celle de la Commission européenne, les juges judiciaires et administratifs avaient considéré que l'inéligibilité ne relevait pas de la « matière pénale »¹³²². Ils avaient ajouté qu'à supposer même que l'article 6 de la Convention soit applicable, le grief tiré de l'automatisme de la sanction ne pourrait être

¹³¹⁶ *Ibid.*

¹³¹⁷ FLAUSS (Jean-François), « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux des élections parlementaires ... », *op. cit.*

¹³¹⁸ *Ibid.*

¹³¹⁹ Comm. EDH, 13 janv. 1997, *Tapie c. France*, req. n° 32258/96.

¹³²⁰ Cass., com., 9 juill. 1996, *Tapie c. SDBO*, n° 95-13424, *Bull. civ.* IV, n° 207, p. 178 ; *D.* 1996, p. 465, concl. R. De Gouttes.

¹³²¹ CE, 8 janv. 1997, *Tapie*, n° 183363, *Lebon*, p. 9 ; *D.* 1997, p. 259, concl. J.-H. Stahl ; *Rev. proc. coll.*, 1998, p. 314, note R. Ghevoitian.

¹³²² *Ibid.*

retenu¹³²³ : pour l'avocat général Régis de Gouttes, l'incapacité attachée au jugement de liquidation judiciaire n'avait pas un caractère automatique dans la mesure où la décision de liquidation judiciaire était elle-même facultative pour le tribunal qui conservait donc un pouvoir d'appréciation. Surtout, les garanties de l'article 6 étaient apportées par la procédure judiciaire de liquidation dont le caractère équitable n'était pas contesté.

iii. La conventionnalité de l'article L. 7 du code électoral

Il faudra attendre 2005 pour que contre toute attente, une juridiction française – le Conseil d'État – considère que la privation des droits électoraux sur le fondement de l'article L. 7 c. élect. relève du volet pénal de l'article 6 de la Convention¹³²⁴. Dans des conclusions remarquables et audacieuses concernant deux affaires dans lesquelles M. Ousty et M. Gravier¹³²⁵, des élus municipaux reconnus coupables du délit de prise illégale d'intérêts, avaient été déclarés démissionnaires d'office de leur mandat, le commissaire du gouvernement, suivi par le Conseil d'État, a considéré que l'article L.7 c. élect. s'inscrivait en l'espèce dans le volet pénal de l'article 6. La Cour européenne des droits de l'homme admet en effet qu'une infraction qualifiée de pénale par le droit interne relève en principe de la matière pénale au sens de l'article 6 §1. Or, le Conseil d'État a jugé dans son arrêt *Vii* du 25 octobre 2002¹³²⁶ que l'art. L. 7 du c. élect. constitue une sanction pénale qui, comme telle, ne peut être appliquée rétroactivement. S'engouffrant dans l'interstice laissé vacant par l'arrêt *Pierre-Bloch*, le commissaire du gouvernement a également relevé que la disposition en cause remplissait les critères définis par la Cour. Outre le fait qu'elle était une norme générale s'adressant à tous les citoyens et qu'elle emportait des conséquences notables pour l'intéressé, la qualité de « peine accessoire » de cette incapacité, nécessairement attachée à une condamnation pénale prononcée par une juridiction répressive, lui conférait une nature pénale : « cette sanction, qui est en rapport direct avec les fonctions à l'occasion desquelles le délit a été commis, est subordonnée à la reconnaissance par la juridiction pénale de la

¹³²³ Cass., com., 9 juill. 1996, *Tapie, préc.*

¹³²⁴ CE, 1^{er} juill. 2005, *M. Ousty*, n° 261002 ; 1^{er} juill. 2005, *M. Gravier*, n° 276521, 276524, *RFDA*, 2006, p. 258. V. CAMBY (Jean-Pierre), « Une inéligibilité peut-elle être automatique ? (Note sous CE, *M. Ousty*, 1^{er} juill. 2005) », *RDP*, 2006 n° 1, p. 17 ; ENDERLIN (C. S.), « L'article L. 7 du code électoral, peine accessoire et conforme à la Conv. EDH. », *AJ Pénal*, 2005, p. 326 ; DOUENCE (Jean-Claude), « I. Élections locales », In *Annuaire des collectivités locales*, t. 26, 2006, p. 271-275 ; JOBART (Jean-Charles), « La démission d'office des élus locaux à l'épreuve de la CEDH », *D.* 2005, p. 2931.

¹³²⁵ Concl. Emmanuel GLASER, *RFDA* 2006, p. 258.

¹³²⁶ CE, 25 oct. 2002, *Vii, Lebon*, p. 354.

culpabilité de l'auteur de l'une des infractions prévues notamment par les articles 432- 10 à 432-14 du code pénal par la juridiction pénale devant laquelle l'intéressé bénéficie des garanties exigées par l'article 6 de la Convention ».

En d'autres termes, cette déchéance tirait sa nature pénale de celle de la peine principale dont elle découlait, peu important, alors, qu'elle figure non dans le code pénal, mais dans le code électoral. Emmanuel Glaser a en d'autres termes transposé la réserve formulée dans les décisions *Estrosi* et *Pierre-Bloch* qui concernait l'article 131-26 du code pénal à la présente inéligibilité. S'il a toujours été considéré que l'article 6 §1 de la Convention européenne ne s'appliquait pas au contentieux électoral, si les déchéances civiques, en raison de la nature politique des droits sur lesquels elles portent, ne sont pas susceptibles de relever de son volet civil, le Conseil d'État a donc jugé qu'elles pouvaient constituer des accusations en matière pénale. Telle avait d'ailleurs été la position de la Cour de Cassation relativement à l'art. L. 7 du c. élect. dans un arrêt en date du 18 décembre 2003¹³²⁷. D'aucuns l'ont relevé, cet arrêt du Conseil d'État qui applique l'article 6 §1 de la Convention au contentieux des droits politiques comporte une « dimension de pari »¹³²⁸, d'autant que les juges administratifs ont jugé en l'espèce que ladite sanction, nonobstant son caractère automatique, était conforme à la Convention. Aussi la portée de cette décision reste-t-elle difficile à déterminer.

En conclusion, la Commission, comme la Cour européenne, paraît se prononcer en faveur d'une inapplicabilité absolue de l'article 6 §1 au contentieux des droits politiques, ce à quoi J.-F. Flauss propose plusieurs explications. Outre le risque d'un nouvel afflux de contentieux, l'élargissement de l'applicabilité de l'art. 6 au contentieux des élections politiques serait problématique pour les pays dans lesquels la procédure de vérification des pouvoirs tient lieu de contentieux des élections parlementaires. Il est probable par ailleurs que la Cour refuse de devenir juge du « noyau dur de la souveraineté constitutionnelle » des États. On peut enfin imaginer que la Cour soit soucieuse de « coordonner » dans le domaine de l'exercice des droits politiques les jurisprudences adoptées au titre de l'article 6 de la Convention et de l'article 3 du protocole additionnel : « en clair, la Cour entend[rait] ne pas introduire une *asymétrie* dans la garantie des droits politiques : étroitement limitée sur le plan matériel dans le cadre de l'article 3 du protocole n° 1, celle-ci pourrait, en cas d'ouverture de l'article 6 au

¹³²⁷ Cass., 2^{ème} civ., 18 déc. 2003, *M. Michel X c. Insee*, n° 03-60315, *Bull. civ.* II, n° 396.

¹³²⁸ LANDAIS (Claire), LENICA (Frédéric), « Le régime d'inéligibilité des élus municipaux au risque de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2005, p. 1824.

contentieux des élections parlementaires, profiter sur le terrain processuel, d'une protection substantielle »¹³²⁹.

Finalement, aucune des dispositions qui seront soumises au Conseil constitutionnel n'auront été déclarées contraires à la Convention par les juges tant européens qu'internes. Outre l'absence d'incidence directe du droit de la Convention sur la législation française en matière de privation des droits civiques, on retiendra de ces quelques décisions la singularité des griefs des requérants français au regard de leurs voisins européens. L'inéligibilité consécutive à la faillite, contestée sans succès par M. Tapie sur le fondement de l'article 6 §1, en constitue l'exemple le plus éclatant. On sait en effet qu'en 2006, dans une série d'affaires italiennes¹³³⁰, la Cour européenne a jugé que la privation des droits électoraux qu'emportait la faillite en Italie constituait une atteinte disproportionnée à l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention. Partant, la disposition litigieuse prévue par le droit italien représentait une atteinte injustifiée aux droits politiques et a été censurée. C'est sur l'article 6 §1 que la Cour européenne a déclaré inapplicable au contentieux des droits politiques que s'est fondé Bernard Tapie comme la quasi-totalité des requêtes françaises. S'ils existent, les griefs tirés de l'atteinte que le droit français porterait au droit de vote et d'éligibilité que les requérants tiennent de l'art. 3 du Premier Protocole additionnel à la Convention sont rares¹³³¹. Tous n'ont jamais été formulés que devant les juridictions nationales. Tous ont été soulevés tardivement, après que les juges ont déclaré qu'aucune disposition du droit français ne portait atteinte aux exigences du procès équitable. Parfois mal rédigés, ils ont enfin donné lieu à des décisions

¹³²⁹ FLAUSS (Jean-François), « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux des élections parlementaires », *op. cit.* V. également « Convention européenne des droits de l'homme et contentieux des élections parlementaires », *RFDC*, 1994, n° 19, chron. p. 576.

¹³³⁰ Voir, parmi d'autres, CEDH, 24 mai 2006, *Bova c. Italie*, req. n° 25513/02, points 16-25 ; 24 mai 2006, *Pantuso c. Italie*, req. n° 21120/02, points 25-34 ; 29 juin 2006, *Vertucci c. Italie*, req. n° 29871/02, points 37-46 ; 29 juin 2006, *Chiumiento c. Italie*, req. n° 3649/02, points 23-32 ; 8 janv. 2008, *Viola et autres c. Italie*, req. n° 7842/02, points 51-54 ; 23 mars 2006, *Albanese c. Italie*, n° 77924/01 ; 23 mars 2006, *Vitiello c. Italie*, req. n° 77962/01 ; 23 mars 2006, *Campagnano c. Italie*, req. n° 77955/01 ; 29 juin 2006, *La Frazia c. Italie*, req. n° 3653/02 ; 13 juill. 2006, *Vincenzo Taiani c. Italie*, req. n° 3638/02 ; 13 nov. 2007, *Melegari c. Italie*, req. n° 17712/03.

¹³³¹ Pour des requêtes fondées sur l'atteinte à l'article 3 du Prot. add. n° 1 à la Conv.EDH de dispositions françaises prévoyant des mesures de déchéance de droits civiques, v. : Pour l'art. L. 7 c. élect. : Cass., crim., 4 mai 2006, n° 05-81151, *Bull. crim.* 2006, n° 119, p. 444 ; 8 nov. 2006, n° 05-86325 ; CA Aix-en-Provence, ch. corr., 14 juin 2006, n° 2006-388. Pour la destitution des notaires : Cass., 2^{ème} civ., 20 févr. 2008, n° 08-60.031. Pour l'art. 131-26 c. pén. : Cass., crim., 7 mars 2012, *M. Claude X*, n° 11-81.918.

peu motivées de la Cour de Cassation qui semble s'être exonérée dans ce domaine du contrôle de proportionnalité exigé¹³³².

L'introduction, en droit français, du contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception a élargi le spectre des normes supra-législatives disponibles pour obtenir la mise à l'écart des dispositions établissant des sanctions privatives de droits civiques automatiques. C'est essentiellement de la Constitution, plus que de la Convention, que les citoyens se prévaudront avec succès ultérieurement.

b. L'application systématique de la qualification de « punition » par le Conseil constitutionnel

Les QPC afférentes à la privation des droits civiques dont la Cour de Cassation et le Conseil d'État ont eu à connaître en leur qualité de « filtre » se sont référées aux principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation de la peine garantis par l'article 8 de la Déclaration de 1789¹³³³. L'article 8 dispose que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et [que] nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Pour que ces garanties soient applicables et déterminer la conformité à la Constitution des dispositions querellées (iii), il est nécessaire qu'elles relèvent du champ d'application *ratione materiae* de l'article 8 concerné (i). Afin de le déterminer, il convient d'identifier si les sanctions privatives des droits politiques ont pour finalité première de punir le condamné ou de réguler le corps électoral et de moraliser le corps politique.

i. Le champ d'application *ratione materiae* des dispositions de l'article 8 de la Déclaration de 1789

D'après la lettre de l'article 8 de la Déclaration de 1789, qui constitue la norme de contrôle principale du droit pénal substantiel, seules les « peines » seraient soumises aux principes mentionnés ci-dessus, ce qui *a priori* devrait conduire le Conseil à n'appliquer

¹³³² Cf. par exemple le commentaire du pénaliste Emmanuel Dreyer à propos de la décision Cass., crim., 7 mars 2012, *M. Claude X*, *cit.* Pour ce dernier, cette décision témoigne de ce que « la logique conventionnelle [...] semble avoir échappé aux magistrats français » (*Gaz. Pal.*, 28 juill. 2012, n° 210, p. 17).

¹³³³ Sur la constitutionnalisation des principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation de la peine, on se référera utilement à la thèse de CAPPELLO (Aurélie), *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, *op. cit.*

l'article en question qu'au droit pénal *stricto sensu*. On sait que le Haut Conseil, comme la Cour européenne des droits de l'homme, a vite admis cependant que la qualification donnée à une sanction par le législateur ne peut déterminer, à elle seule, son régime constitutionnel. Les juges constitutionnels ont reconnu, dès leur décision « Loi de finances rectificative pour 1982 » du 30 décembre 1982 que l'article 8 de la Déclaration « ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »¹³³⁴.

Si la fonction de la notion de punition est clairement perceptible, son contenu l'est bien moins. Et pour cause : le Conseil constitutionnel énonce paradoxalement les garanties attachées à l'application d'une notion qu'il ne définit pas. Lorsque le Conseil constitutionnel doit s'appliquer à dire positivement et de manière générale ce qu'est une punition, il se heurte, comme l'a bien décrit un membre du service juridique du Conseil constitutionnel, à « une "aporie" qui engendre des difficultés de lecture de [sa] jurisprudence »¹³³⁵. En l'absence d'une définition générale et positive de la notion, la méthode la plus efficace est encore celle d'énumérer les qualifications qui, dans la jurisprudence constitutionnelle, évincent celle de punition. Dans sa décision n° 2011-132 QPC 20 mai 2011¹³³⁶ par exemple, c'est de ce que l'incapacité en cause constituait une *mesure de sûreté* que le Conseil constitutionnel a déduit qu'elle n'avait pas un caractère de punition. En l'espèce, étaient en cause les articles L. 3336-2 et L. 3336-3 du code de la santé publique qui prévoient l'application de plein droit d'une incapacité et d'une interdiction temporaire ou définitive de gérer un débit de boissons à toute personne condamnée pour un crime ou pour le délit de proxénétisme ainsi qu'à toute personne condamnée à une peine d'au moins un mois d'emprisonnement pour certains délits. Le Conseil constitutionnel a considéré qu'ayant « pour objet d'empêcher que l'exploitation d'un débit de boissons soit confiée à des personnes qui ne présentent pas les *garanties de moralité suffisantes* requises pour exercer cette profession », « elles n'instituent pas des sanctions

¹³³⁴ Cons. const., déc. n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, *Rec.* p. 88, cons. 33.

¹³³⁵ DE MONTGOLFIER (Jean-François), « L'apport de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel au critère de la peine », in Valérie MALABAT, Bertrand de LAMY et Muriel GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, Paris, 2011, p. 238. Sur la notion de « punition » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, v. plus généralement VAN DE KERCHOVE (Michel), « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC*, 2008, p. 805 ; KLUGER (Jacques) « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 1995, p. 505.

¹³³⁶ Cons. Const., déc. n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011, *M. Ion C.*, *Rec.* p. 246.

ayant le caractère d'une punition »¹³³⁷. Les qualifications qui évincent celle de punition peuvent donc être celles de mesures de sûreté ou de police, que l'on peut définir comme l'ensemble des mesures tendant au maintien de l'ordre public et plus précisément, à faire cesser le trouble engendré par la commission d'une infraction, à prévenir la commission des infractions ou à rechercher leurs auteurs. Il peut s'agir également, comme l'indique J.-F. Montgolfier, de mesures pré-sentencielles ou de sanctions réparatrices. Il s'agit encore de mesures d'application d'une condition résolutoire, etc.

Avant que d'aller plus loin, une précision s'impose quant au sens à donner à la notion de « mesure de sûreté » : en matière d'incapacités en général, et d'interdiction des droits civiques en particulier, c'est principalement cette qualification qui évincera celle de punition. Les sanctions ayant un caractère de punition se définissent avant tout dans notre domaine par différence avec les mesures de sûreté, vocable dont les différents emplois prêtent parfois à confusion. Il convient à cet égard de souligner que le Conseil constitutionnel, à l'instar d'ailleurs du législateur dans le code pénal, n'utilise jamais le terme de « mesure de sûreté » qui, avant que d'être une catégorie du droit positif, est une notion doctrinale forgée par les pénalistes. On la définit traditionnellement comme une « mesure de précaution destinée à compléter ou suppléer la peine encourue par un délinquant qui [...] ne constitue pas un châtement, mais une mesure de défense sociale imposée à un individu dangereux afin de prévenir les infractions futures qu'il pourrait commettre et que son état rend probables, l'aider ou le soumettre à un traitement »¹³³⁸. La mesure de sûreté, que la doctrine oppose à la peine en droit pénal¹³³⁹, vise à prévenir le renouvellement d'une infraction par un individu condamné et présentant un caractère dangereux. Dans un sens plus large, on entend par « mesure de sûreté » toute mesure prophylactique visant à prévenir la récidive et à protéger l'institution mise en péril par l'infraction, qu'il s'agisse de la société, d'un corps professionnel ou autre. Dans un arrêt en date du 26 novembre 1997 par exemple, la chambre criminelle a considéré que « l'incapacité attachée à certaines condamnations, édictée par le texte régissant les conditions d'accès à la profession d'agent immobilier, ne constitue pas une peine

¹³³⁷ *Ibid.*, cons. 6.

¹³³⁸ CORNU (Gérard), V° « Mesure de sûreté », in *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., Paris, PUF, 2017.

¹³³⁹ Sur cette distinction entre peine et mesure de sûreté, voir MERLE (Roger), VITU (André), *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 826 s. Sur l'application de cette distinction au sein des déchéances de plein droit, v. ROBERT (Jacques-Henri), « Un ostracisme non punitif », *Dr. pén.*, n° 6, Juin 2011, comm. 82 et LOMBOIS (Claude), *Droit pénal général*, Hachette, 1994, p. 117.

complémentaire mais une *mesure de sûreté* »¹³⁴⁰. Tandis que la peine est tournée vers le passé, la mesure de sûreté se pense par rapport au futur. Elle est choisie en fonction de son action potentielle sur l'auteur de l'infraction et l'institution dont il relève, et non en fonction de la souffrance qu'elle serait susceptible de procurer au condamné¹³⁴¹. C'est en ce sens-là que nous emploierons l'expression lorsqu'on l'opposera aux sanctions ayant un caractère de punition. Précisons que dans cette acception-là, l'infraction sanctionnée par la mesure de sûreté ne s'entendra pas nécessairement d'une infraction pénale mais s'étendra à toute violation d'une règle sanctionnée juridiquement.

Plutôt que de poser des critères de définition *a priori* de la sanction ayant le caractère d'une punition, le Conseil constitutionnel procède donc, dans un certain nombre de décisions, par distinction. De l'opposition structurante entre mesures de sûreté et sanctions ayant un caractère punitif, il est possible de déduire que la *finalité* constitue un critère distinctif de la punition. Lorsque le Conseil constitutionnel, plutôt que de procéder par opposition, tente d'identifier positivement les sanctions ayant un caractère de punition en recourant à la méthode du faisceau d'indices, c'est d'ailleurs ledit critère qui apparaît très nettement comme l'élément déterminant. Le Secrétaire général l'indique d'ailleurs explicitement dans son commentaire de la décision en date du 28 février 2014 : « une mesure sans finalité répressive n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition, et les mesures ayant uniquement pour objet de prévenir ou de faire cesser un trouble à l'ordre public ou une violation de la loi ne présentent pas ce caractère répressif (interdictions d'exercice, inéligibilités, rétention de sûreté) »¹³⁴².

ii. La qualification des sanctions privatives de droits civiques : filtrer ou punir ?

Les sanctions privatives des droits politiques constituent-elles alors des sanctions ayant le caractère d'une punition ou un filtre régulant la composition du corps électoral ? Comme A. C. Ewald et B. Rottinghaus l'ont mis en évidence dans *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective* :

¹³⁴⁰ Pour une analyse de cette décision qui « pose au bout du compte la question du critère de la sanction pénale », v. REBUT (Didier), « Le retour des mesures de sûreté », *D.* 1998, p. 495.

¹³⁴¹ MERLE (Roger), VITU (André), *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 826-827.

¹³⁴² *Commentaire aux Cahiers*, Cons. const., déc. n° 2013-369 QPC du 28 févr. 2014, *Société Madag.*

« Une ambiguïté fondamentale persiste dans le droit de la privation du droit de vote : l'objet fondamental de la sanction est-il *punitif* ou *régulateur* ? La sanction a-t-elle pour but de punir les délinquants en atteignant des objectifs dissuasifs, rétributifs, incapacitants ou de réadaptation ? Ou ses effets particuliers sur le délinquant sont-ils sans importance, puisqu'elle a pour objectif de réguler et de protéger le processus électoral en excluant certaines personnes du corps électoral ? »¹³⁴³

À titre de remarque liminaire, on soulignera avec quelque étonnement que la question de la nature de ces sanctions n'ait aucunement retenu l'attention de la doctrine pour laquelle la qualification de « punition » est allée, semble-t-il, de soi. On peut ainsi lire sous la plume de Bertrand Maligner que la finalité répressive de l'article L. 7 du code électoral était « simple et claire »¹³⁴⁴. Les commentaires et éventuellement les critiques que d'aucuns feront des décisions analysées porteront exclusivement sur le régime de ces sanctions et la question de leur conformité avec les exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Un simple tour d'horizon historique et de droit comparé suffit pourtant pour s'apercevoir que dans des contextes semblables où elles avaient à déterminer la finalité – répressive ou non répressive – de mesures privatives de droits civiques attachées de plein droit à certaines condamnations pénales, d'autres Cours (suprêmes) ont pu considérer à l'inverse que ces sanctions n'avaient jamais pour objectif premier de châtier. Le cas des États-Unis, de ce point de vue, est particulièrement significatif dans la mesure où il constitue désormais le reflet exact, mais inverse du système français. Là où les Cours américaines considèrent toujours que les sanctions en cause constituent des « mesures de sûreté » (α), le Conseil constitutionnel français, rompant avec sa tradition historique, les qualifie toutes désormais de punition (β).

α . La qualification des déchéances par les Cours suprêmes américaines : des « mesures de sûreté »

Le choix de comparer l'exemple français à celui des États-Unis plus qu'à celui, davantage connu, du Royaume-Uni, se justifie par la similitude des griefs dans les deux pays. À l'instar de ce que l'on a pu observer en France, on a pu exciper aux États-Unis de l'inconstitutionnalité des lois attachant de plein droit des déchéances de droits politiques à des condamnations pénales en se prévalant des dispositions de la Constitution américaine afférentes au droit pénal. C'est sur les dispositions de la Section 10, art. 1 de la Constitution

¹³⁴³ EWALD (Alec C.) et ROTTINGHAUS (Brandon) (ed.), *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*, op. cit., p. 12.

¹³⁴⁴ MALIGNER (Bernard), « Inconstitutionnalité de l'article L. 7 du Code électoral », *AJDA*, 2010, p. 1831.

américaine et sur le VIII^e amendement que se sont fondés nombre de requérants américains pour contester la constitutionnalité des sanctions temporaires ou définitives de privation du droit de vote¹³⁴⁵. Ces dispositions prévoient respectivement qu'« aucun État ne pourra [...] promulguer aucune loi portant condamnation sans jugement » et que « des châtiments cruels et exceptionnels [ne seront pas] infligés ». La similitude ne s'arrête point là puisqu'aux États-Unis comme en France, chaque fois qu'une loi est attaquée comme contraire aux dispositions constitutionnelles qui interdisent les lois portant condamnation sans jugement ou les châtiments cruels et excessifs, les Cours doivent décider si la loi en question est ou non une loi pénale. En effet, les dispositions en cause ne s'appliquent qu'aux lois imposant des sanctions répressives. On soulignera à ce propos qu'à la différence de la France, il n'existe point aux États-Unis de sanctions privatives de droits civiques qui aient la nature de peine d'un point de vue formel. Ces sanctions, qui ne sont jamais prévues dans les lois pénales mais dans les lois électorales des États fédérés, sont dans tous les cas accessoires, « *collateral* ».

La nature du texte prévoyant la déchéance – pénale ou électorale – ne présume pas cependant de la justification de celle-ci et partant, du régime applicable à la sanction. La déchéance inscrite dans une loi électorale ne s'interprète pas nécessairement comme une mesure de protection du corps politique. C'est ce qu'affirme dans de multiples décisions la Cour Suprême des États-Unis, laquelle déduit la nature de la sanction de sa finalité : « la loi impose [-t-elle] une sanction dans le but de punir – c'est-à-dire, dans le but de réprimer le délinquant, de dissuader les autres, etc. », ou si elle « ne vise pas à punir, [cherche-t-elle] à atteindre quelque autre but légitime »¹³⁴⁶ ? Cette distinction que reprendront leurs homologues français a été établie explicitement par les juges dans le célèbre arrêt *Trop v. Dulles* de 1958. Il s'agissait en l'espèce de déterminer si la loi sur la nationalité qui disposait que toute personne déclarée coupable de désertion était, du seul fait même de cette déclaration, déchue

¹³⁴⁵ Pour des requêtes fondées sur le VIII^e amendement, voir *Woodruff*, 49 Fed. Appx. at 201 ; *Farrakhan v. Locke*, 987 F. Supp. 1304, 1314 (E.D. Wash. 1997) ; *McLaughlin v. City of Canton*, 947 F. Supp. 954, 961 (S.D. Miss. 1995). V. plus généralement THOMPSON (Mark E.), « Don't Do the Crime if You Ever Intend to Vote Again: Challenging the Disenfranchisement of Ex-Felons as Cruel and Unusual Punishment », *Seton Hall Law Review*, 2002, p. 190-93. Précisons que contrairement à la France, toutes les décisions aux États-Unis ne sont pas fondées exclusivement sur l'allégation de la violation de principes du droit pénal. Des requérants ont invoqué le XIV^e amendement (clause de « Protection équitable ») et le XV^e amendement, lequel prohibe toute limitation du droit de vote pour des motifs raciaux. Dans une mesure moindre, des Américains ont contesté la conformité des dispositions les privant de leurs droits civiques avec le I^{er} et le XXIV^e amendements. Pour une requête fondée sur le I^{er} amendement, v. *Johnson*, 214 F. Supp. 2d at 1338 (arguant que la perte du droit de vote entrave la liberté d'expression). Concernant le XXIV^e amendement qui porte sur l'interdiction de toute restriction du droit de vote fondée sur l'impôt, v. *Johnson*, 214 F. Supp. 2d at 1342.

¹³⁴⁶ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958). Nous citons la traduction proposée par ZOLLER (Elisabeth) dans *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 289 s.

de sa nationalité, pouvait servir un autre but légitime que celui de punir. Dans la mesure où le retrait de la nationalité n'était pas invoqué comme un moyen de résoudre des difficultés internationales – comme cela avait pu être le cas dans une affaire dans laquelle on avait retiré sa nationalité à un citoyen américain qui avait participé à une élection étrangère –, la Cour a jugé que la sanction était répressive et ce faisant, que les garanties propres au droit pénal devaient lui être appliquées.

Si la déchéance de la nationalité a – dans la disposition précitée du moins – une finalité punitive, qu'en est-il de celle des droits de citoyenneté ? Dans l'arrêt *Cummings v. Missouri* de 1867, la Cour a souligné que d'un point de vue théorique, la perte des droits politiques pouvait s'apparenter à une punition : « la privation de tout droit, civil ou politique, dont on jouissait précédemment peut constituer une punition [...]. *En France*, la privation ou la suspension des droits civiques, ou de certains d'entre eux, parmi lesquels le droit de suffrage ou l'accès aux fonctions publiques [...] est une peine prescrite par leur code »¹³⁴⁷. Les juges ont cependant établi, dans l'arrêt *Trop v. Dulles*, que la déchéance des droits politiques constituait un exemple paradigmatique de « sanction[s] qui ne ser[vent] pas à punir, mais à atteindre quelque autre but légitime ». L'interdiction du droit de vote souvent appliquée à une personne commettant à titre d'exemple un vol à main armée dans une banque illustre pour les juges ces propos : cette interdiction correspond à « un exercice non pénal du pouvoir de régler le droit de vote ».

Dans la quasi-totalité des affaires dans lesquelles elles ont eu à juger de la constitutionnalité de ces mesures, les Cours suprêmes ont considéré que le but de cette déchéance n'était point de punir mais de déterminer un critère raisonnable pour choisir les électeurs. Dans la décision *Washington v. State* de 1884, la plus fréquemment citée, la Cour suprême de l'Alabama a affirmé que :

« *Le but exprès* [de la privation des droits civiques] *est de préserver la pureté des urnes*, qui est l'unique fondement assuré de la liberté républicaine, et qui requiert d'être protégée contre l'invasion de la corruption, comme de celle de l'ignorance, de l'incompétence ou de la tyrannie [...]. Il convient dès lors de déchoir ce groupe [de délinquants] d'un droit dont l'exercice pourrait parfois mettre en danger le bien-être de la communauté, si ce n'est de l'État lui-même [...]. *L'exclusion [...] est imposée pour des raisons de protection, et non pas de punition* »¹³⁴⁸.

¹³⁴⁷ *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. (4 Wall.) 277 (1867).

¹³⁴⁸ *Washington v. State*, 75 Ala. 582, 585 (1884) (nous soulignons).

La privation des droits civiques est une sorte de mise en quarantaine politique, une façon de préserver la santé du corps qu'est la communauté politique. La Cour suprême des États-Unis a employé cette analogie dans *New York v. Miln* quand elle a observé qu'il est tout aussi « nécessaire » pour les États de se protéger avec des « mesures de précaution contre la peste morale des pauvres, des vagabonds, et éventuellement des condamnés, que de se prémunir contre la peste physique »¹³⁴⁹. John Dinan, qui, sur un total de 233 Conventions constitutionnelles, a examiné les 114 débats dont les textes ont été conservés, a identifié dans les Conventions de 44 États des États-Unis cinq raisons récurrentes de priver certains condamnés de leur droit de suffrage. Les motifs avancés sont la punition et la dissuasion ; le fait que les condamnés sont moralement inaptes à jouir des pleins droits de la citoyenneté et risquent de compromettre la pureté du corps électoral ; le fait que l'on souhaite retirer de l'électorat les personnes qui sont particulièrement susceptibles de commettre des fraudes électorales. Priver les condamnés de leur suffrage est en quatrième lieu considéré comme une façon d'empêcher les criminels d'utiliser leur vote pour obtenir l'adoption de politiques qui favoriseraient les intérêts « criminels ». Enfin, cette pratique s'explique par le désir de réduire le pouvoir de vote des Afro-Américains, qui sont généralement affectés par ces politiques dans une mesure disproportionnée. De tous ces arguments, le second selon lequel les conventions ou lois électorales privant les condamnés de leurs droits politiques visent à garantir la pureté du corps électoral est le plus fréquemment cité¹³⁵⁰.

À la même époque, en France, on retrouve chez le législateur et chez le juge une rhétorique similaire. À partir des premières lois électorales de 1849 et 1850 et du décret organique du 21 février 1852, on trouve énoncée de façon récurrente dans les travaux préparatoires l'idée que déchoir les délinquants de leurs droits électoraux se justifie par la nécessité « d'assurer au suffrage universel sa sincérité et sa moralité, sans lesquels il ne saurait être l'expression de la volonté du pays »¹³⁵¹. Avant que leurs homologues américains se réfèrent en 1884 à la nécessité de maintenir « la pureté des urnes », les juges de la Cour d'appel de Douai avaient mis en évidence en 1871 que :

¹³⁴⁹ *New York v. Miln*, 36 U.S. (11 Pet.) 357, 369 (1837), renversé par *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941).

¹³⁵⁰ DINAN (John), « The Adoption of Criminal Disenfranchisement Provisions in the United States: Lessons from the State Constitutional Convention Debates », *Journal of Policy History*, vol. 19, n° 3, 2007, p. 282-312.

¹³⁵¹ Loi du 31 mai 1850 qui modifie la loi électorale du 15 mars 1849, DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, op. cit.*, t. 50, citant les propos tenus par le Ministre de l'Intérieur dans son exposé des motifs du projet de loi, p. 172.

« Les mesures politiques plus ou moins sévères qui retirent le droit de vote à telle classe de condamnés *n'ont pour but que d'assurer la sincérité et la loyauté du scrutin* »¹³⁵².

La déchéance de citoyenneté était alors en France comme aux États-Unis un « procédé de filtrage [consistant] à sélectionner les individus qui conviennent dans un contexte donné. Un bon exemple de ce genre de procédure est la manière dont on procède à la vérification des membres d'un jury pour s'assurer qu'il ne comprendra aucun membre ayant un sentiment d'amitié ou d'inimitié pour l'accusé, ni aucun préjugé à son égard »¹³⁵³. Anne Simonin nous enseigne sur ce point que c'est la loi sur le jury de 1848 qui a donné au législateur l'idée de l'indignité civique en 1849¹³⁵⁴. Depuis cette date, et jusqu'à la V^e République, le droit français a interprété les déchéances de droits politiques attachées de plein droit à certaines condamnations pénales par le code électoral comme des mesures de sûreté. Le Ministère de la justice, dans sa circulaire d'application de la loi du 30 mars 1955 « modifiant le décret organique du 2 février 1852 sur les élections »¹³⁵⁵ l'énonce explicitement : « l'incapacité électorale *n'est pas une peine*, par conséquent elle n'est pas soumise au principe de la non-rétroactivité propre aux règles pénales » (souligné dans le texte). Contrairement à la France, les Cours suprêmes des États fédérés et des États-Unis ne se sont jamais départies de cette interprétation. On peut par exemple lire dans une décision de 2007¹³⁵⁶ que la sanction de privation des droits civiques est « principalement de nature civile et régulatrice, plutôt que punitive ».

Au terme de ce bref exposé de droit comparé, on est donc en mesure d'affirmer que la qualification de « punition » retenue par le Conseil constitutionnel dans ses quatre décisions ne relève en rien de l'évidence mais mérite au contraire d'être justifiée. Cette qualification s'inscrit en rupture avec ce que l'on observe dans d'autres pays et avec la tradition historique française.

¹³⁵² Douai, 6 févr. 1871, *Bouton, cit.* (nous soulignons).

¹³⁵³ PETTIT (Philip), *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement, op. cit.*, p. 294. Cité par SIMONIN (Anne), *Le déshonneur dans la République, op. cit.*, p. 23-24.

¹³⁵⁴ *Ibid.*

¹³⁵⁵ Circulaire du Ministère de la justice du 13 mai 1955 sur l'application de la loi n° 55-328 du 30 mars 1955.

¹³⁵⁶ *Simmons v. Galvin*, U.S.D.C. (D. Mass. 2007), 652 F. Supp. 2d 83.

β. La qualification des déchéances par le Conseil constitutionnel : des sanctions « ayant le caractère d'une punition »

Avant que le Conseil constitutionnel ne soit saisi, le Conseil d'État et la Cour de cassation avaient déjà considéré que certaines des dispositions étudiées constituaient « des sanctions de nature pénale »¹³⁵⁷. Dans la mesure où elle est la conséquence d'une condamnation pénale, on a jugé que l'incapacité prévue par l'article L. 7 pouvait s'analyser comme une « sanction par ricochet »¹³⁵⁸ ou comme une « sanction par assimilation ». Cette sanction, en second lieu, était donnée en réponse à une faute personnelle commise par l'intéressé. Elle avait enfin – et surtout – pour finalité d'empêcher la récidive¹³⁵⁹. Aussi la privation du droit de suffrage, dans l'article L. 7, pouvait-elle s'analyser comme une sanction de nature pénale.

Le Conseil d'État en a jugé de même de l'inéligibilité consécutive aux irrégularités dans les comptes de campagne¹³⁶⁰. En l'espèce, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques avait saisi le tribunal administratif aux fins de l'annulation de l'élection d'un candidat dont elle avait rejeté le compte de campagne. Entre-temps, la loi du 10 avril 1996 était entrée en vigueur. Or, les dispositions de cette nouvelle loi étaient sans conteste moins rigoureuses puisqu'elles substituaient à l'automatisme du prononcé de la sanction issue du dispositif du 15 janvier 1990 une latitude d'appréciation ouverte au juge pour tenir compte de la bonne foi des candidats. Pour le Conseil d'État, qui avait admis l'application du principe de rétroactivité *in mitius* non seulement aux matières dans lesquelles le juge administratif exerce lui-même des attributions répressives mais aussi à l'ensemble des sanctions administratives ayant un caractère répressif, il s'agissait de nouveau de déterminer la nature de l'inéligibilité afin d'identifier la loi applicable. Selon le commissaire du gouvernement, suivi par sa juridiction, l'inéligibilité en question avait pour objet « en premier lieu, indéniablement de réprimer un comportement irrégulier constitutif d'une infraction à la législation sur le financement des campagnes électorales et symétriquement l'institution d'une telle mesure répondait au souci du législateur de dissuader la commission de telles

¹³⁵⁷ Pour l'article L. 7 par ex., v. : Cass., 2^{ème} civ., 20 déc. 2000, *Nicoletti c. Piollet*, n° 00-60149, *Bull. civ. II*, n° 174, p. 125 ; CE, 25 oct. 2002, *M. Vii*, n° 239885, *Lebon*, p. 354 et du CE, 12 janv. 2005, *Élections régionales de Guadeloupe*, n° 266252, *Lebon*, p. 89.

¹³⁵⁸ Selon la formule de Christine Maugué dans ses conclusions sous la décision *Vii*.

¹³⁵⁹ Ces trois arguments sont énoncés par E. GLASER dans ses concl. sous CE, Sect., 1^{er} juill. 2005, *Ousty et Gravier*, *RFDA*, 2006, p. 258.

¹³⁶⁰ CE, 10 juin 1996, *Élections cantonales de Toulon (3^e canton)*, *RFDA*, 1996, p. 697, concl. S. Fratacci.

infractions »¹³⁶¹. Elle avait par ailleurs des effets qui, nonobstant leur spécificité, étaient nettement comparables à ceux de l'inéligibilité que peuvent prononcer les juges sur le fondement de l'article 131-26 al. 2 du code pénal. On peut enfin ajouter que contrairement à ce que pouvait laisser entendre l'ancien article dans la loi de 1990, l'inéligibilité en cause ne procédait plus d'un simple constat purement récognitif : le nouveau pouvoir d'appréciation laissé au juge l'inscrivait dans le cadre des pouvoirs répressifs du juge administratif. On pouvait dès lors légitimement considérer que la sanction de l'inéligibilité résultant de la méconnaissance des règles relatives aux comptes de campagne avait un « caractère pénal »¹³⁶². Pour Stéphane Fratacci, comme pour le Conseil d'État dans l'affaire en cause, la nature répressive ou plus exactement punitive de la sanction n'était guère discutable.

Le Conseil constitutionnel s'est inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État en qualifiant à son tour ces sanctions de punition. Il a justifié cette qualification de deux façons. Il a montré 1) soit que ces dispositions avaient pour finalité première de punir¹³⁶³ : ainsi, c'est parce qu'il « vis[ait] notamment à réprimer plus sévèrement certains faits lorsqu'ils sont commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public »¹³⁶⁴ que l'article L. 7 du code électoral avait le caractère d'une punition ; 2) soit que ces dispositions ne poursuivaient pas quelque autre fin, autrement dit, qu'elles ne constituaient pas des mesures de sûreté.

iii. Le régime des sanctions privatives des droits civiques : des sanctions non-conformes à la Constitution

Le Conseil constitutionnel a jugé que le régime de ces sanctions privatives de droit civiques était contraire à la Constitution, ce qui ne laissait guère de doute. Les principes de nécessité et d'individualisation de la peine impliquent en effet que ces sanctions ne puissent être appliquées que si un juge les a expressément prononcées. Le Haut Conseil a précisé à ce propos que le juge doit tenir compte, dans sa décision, des circonstances propres à chaque espèce et être en mesure de pouvoir faire varier la durée des sanctions prononcées. Il a enfin

¹³⁶¹ *Ibid.*

¹³⁶² Nous reprenons l'ensemble de ces arguments au commissaire du gouvernement.

¹³⁶³ Ainsi des articles L. 7 et L. 118-3 du Code électoral.

¹³⁶⁴ Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, *préc.*, cons. 5.

indiqué que la possibilité de pouvoir relever les intéressés de ces sanctions ne suffisait pas, à elle seule, à assurer le respect des exigences qui découlent de ces principes. Les sanctions étudiées, en raison même de leur automaticité, n'étaient pas en mesure de satisfaire à ces exigences. Elles ont à ce titre été censurées¹³⁶⁵.

À l'issue de l'analyse de ces quatre décisions, une remarque s'impose. Le Conseil constitutionnel a élargi les garanties du droit répressif aux quatre dispositions litigieuses. À cet effet, le Conseil constitutionnel a appliqué à la privation des droits civiques la même méthode de raisonnement que celle qu'il aurait pu adopter pour tout type de sanction, indépendamment de son objet – que ladite sanction autrement dit affecte la personne du condamné, son patrimoine ou bien ses droits ; que les droits dont est privé le condamné soient professionnels, civils, parentaux ou électoraux. Ces décisions, à première vue, ne nous disent donc rien sur les droits politiques, contrairement à celles qui, comme dans les autres pays, auraient pu être fondées sur l'article 3 de la Constitution, sur l'article 6 de la Déclaration de 1789 ou sur l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme. En réalité, il ressort d'une étude critique de ces décisions que le Conseil constitutionnel qualifierait aujourd'hui, au-delà de ces quatre dispositions, toute mesure privative de droits politiques de punition. C'est d'ailleurs ce que corrobore le *Commentaire aux Cahiers* précédemment cité d'une décision constitutionnelle de 2011 qui revient sur l'ancien article L. 7 du code électoral : « la perte des droits civiques, quand elle ne résulte pas de la perte des facultés mentales, ne peut être que constitutive d'une peine »¹³⁶⁶. On s'attachera alors à démontrer que selon toute vraisemblance, le Conseil constitutionnel élargirait à toutes les sanctions privatives de droits civiques subjectives quelles qu'elles soient les principes directeurs du droit pénal. Le droit pénal se fait « bouclier » de la citoyenneté, et ce, en raison de la nature même des droits politiques. Le Conseil constitutionnel a donc selon nous incidemment pris en compte le fait que ces sanctions atteignaient les individus *dans leur qualité de citoyen*.

¹³⁶⁵ Les dispositions ont toutes été censurées à une exception près. Les dispositions de l'article L. 118-3 du Code électoral, qui instaure une inéligibilité en cas d'infraction aux règles relatives aux dépenses électorales, ont en effet été assouplies par la loi du 10 avril 1996 qui donne au juge la faculté de ne pas prononcer l'inéligibilité du candidat, notamment lorsque ce dernier est de bonne foi. Contrairement aux allégations du requérant, l'inéligibilité de l'article L. 118-3 ainsi modifié n'était pas automatique et n'est donc pas contraire à la Constitution.

¹³⁶⁶ *Commentaire aux Cahiers*, déc. n° 2011-114 QPC du 1^{er} avril 2011, *préc.*

B. Son corollaire : la place du droit de vote dans le catalogue des droits fondamentaux

Une analyse des dispositions litigieuses à la lumière de leur genèse, de leur histoire, mais aussi de la jurisprudence laisse à penser que la qualification même de punition repose dans certaines décisions davantage sur la nature – politique – des droits en cause (2) que sur leur finalité (1).

1. Des qualifications contestables : limites et apories du critère de la finalité

La doctrine s'accorde à considérer que le critère tiré du but de la mesure n'est pas des plus convaincants¹³⁶⁷. En l'absence d'une définition véritable de ce qu'est une « punition », la jurisprudence du Conseil constitutionnel se construit sur une distinction que d'aucuns, à l'instar de Stéphane Détraz, qualifient de « grossière »¹³⁶⁸ : le couple « répression-prévention », qui serait la clé de lecture des décisions du Conseil constitutionnel concernant la constitutionnalité des sanctions non pénales, paraît à plusieurs égards « très manichée[n], voire simpliste »¹³⁶⁹. Une mesure peut avoir en effet plusieurs buts, et il n'est pas évident de décider de celui qui a été prépondérant dans l'esprit du législateur : punir et/ou prévenir ?¹³⁷⁰. Pour Jacques-Henri Robert comme pour nombre d'auteurs, « la frontière établie entre les interdictions, déchéances et incapacités qui sont des peines et celles qui ne le sont pas n'est

¹³⁶⁷ V. notamment DE MONTGOLFIER, « L'apport de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel au critère de la peine », *op. cit.* ; DE LAMY (Bertrand), « Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et peine perdue », *RSC*, 2013, p. 433 ; BOTTON (Antoine), « Bilan de trois années de QPC - Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 40, p. 83 s ; DREYER (Emmanuel), « Le Conseil constitutionnel et la « matière » pénale. - La QPC et les attentes déçues ... », *JCP*, 2011, p. 976 ; du même auteur, v. « Les incidences en matière de peine. Les incidences de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel sur la peine », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2011, 63 (Supplément).

¹³⁶⁸ DETRAZ (Stéphane), « Constitutionnalité de l'incapacité d'exploiter un débit de boissons », *JCP*, n° 22, 2011, p. 642 ; du même auteur, v. « Peines » (Note sous Cons. Const., déc. n° 2011-118 QPC, *M. Cédric S.*), *Gaz. Pal.*, 2012, n° 111-112, p. 31-32.

¹³⁶⁹ BRIGANT (Jean-Marie), « Quand la QPC a rendez-vous avec la discipline des notaires », note sous Cons. const., déc. n° 2011-211 QPC, 27 janv. 2012, *JCP*, n° 11, 2012, p. 338.

¹³⁷⁰ On relèvera que le Conseil constitutionnel lui-même a indiqué qu'une peine a toujours une fonction préventive. Dans une décision en date du 20 janvier 1994, les Sages ont énuméré les différents objectifs de la peine. Dans cette décision, dont on a pu dire que le second alinéa de l'article 132-24 du Code pénal, introduit par la loi du 12 décembre 2005, constituait pour une bonne part la reprise, le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion » (Cons. const., déc. n° 93-334 DC, 20 janv. 1994, cons. 12). Aux yeux du Conseil constitutionnel, une peine est nécessaire dès lors qu'elle poursuit des objectifs qui ne sont pas uniquement rétributifs (« assurer la punition du condamné ») mais aussi préventifs (« protéger la société »), des objectifs qui ne concernent pas uniquement l'individu fautif (le condamné) mais aussi la communauté (la société).

[...] ni parfaitement étanche ni parfaitement stable »¹³⁷¹. Dans ses conclusions portant sur la nature de l'article L. 7 c. élect., E. Glaser souligne d'ailleurs que « ces inéligibilités sont bifaces et, selon l'époque et la sensibilité individuelle, on peut être porté à ne regarder en elles que la finalité d'intérêt collectif ou à être sensible au sort de l'individu qu'elles frappent »¹³⁷².

La privation des droits civiques, dans certaines de nos sanctions, semble viser tout autant – si ce n'est davantage – à épurer le corps électoral qu'à châtier. Historiquement, la jurisprudence a d'ailleurs interprété lesdites sanctions comme des mesures de sûreté. Les décisions du Conseil constitutionnel représentent, de ce point de vue, une évolution. C'est ce que nous nous proposons de démontrer en réexaminant l'article L. 7 du code électoral (b) et l'article 194 du code de commerce relatif aux faillis (a). Dans la mesure où, depuis l'époque romaine, la faillite est, à côté des condamnations pénales, la principale cause d'incapacités politiques ; sachant d'autre part que le failli a longtemps été assimilé au criminel, une thèse portant sur la privation des droits civiques ne pouvait pas ne pas leur consacrer un développement conséquent. Aussi le réexamen de la finalité des incapacités frappant les faillis sera-t-il plus approfondi.

a. Le réexamen de la finalité de la sanction de l'inéligibilité attachée à la faillite et à la liquidation judiciaire

Il peut être excessif, disait le Garde des sceaux dans la discussion à la Chambre de la loi du 30 décembre 1903¹³⁷³ relative à la réhabilitation des faillis, de châtier d'une peine publique un fait qui est d'ordre purement commercial : un commerçant malheureux ou même un commerçant mauvais peut être un bon citoyen. L'auteur d'une thèse sur l'incapacité politique des faillis en 1912 partage cette position : « n'est-il pas étrange, lorsqu'on y réfléchit, que la cessation de paiement, c'est-à-dire le manquement à des obligations d'ordre purement *privé*

¹³⁷¹ ROBERT (Jacques-Henri), « L'honneur des limonadiers », *Dr. pén.* n° 7, Juill. 2011, comm. 94.

¹³⁷² GLASER (Emmanuel), Concl. sous CE, Sect., 1^{er} juill. 2005, *Ousty et Gravier, cit.* Celui-ci ajoute que s'il invite le Conseil d'État, par cohérence avec sa jurisprudence antérieure, à qualifier l'art. L. 7 c. élect. de sanction ayant une nature pénale, « [il] ne peut nier que, pour sa part, il continue à voir d'abord l'objectif d'intérêt général plutôt que la peine individuelle ».

¹³⁷³ Jusqu'en 1903, la condition strictement requise pour la réhabilitation commerciale consistait dans le remboursement intégral du passif, y compris les intérêts et les frais. La loi du 30 décembre 1903 a beaucoup adouci ce régime. D'une part, à l'exemple de la loi du 11 juillet 1900 sur la réhabilitation pénale de plein droit, elle restitue *ipso jure* au commerçant, dix ans après sa faillite, le droit d'être électeur. D'autre part, à côté de cette restitution de l'électorat, la loi de 1903 permet au tribunal de réhabiliter judiciairement cinq ans après le jugement déclaratif le débiteur concordataire qui a exécuté son concordat, alors même qu'il n'acquiesce pas complètement son ancien passif. Il appartient au tribunal d'apprécier s'il doit l'accorder ou la refuser.

ou professionnel, ait pour sanctions des incapacités touchant à des droits *publics ou politiques* ? Celles-ci devraient être réservées aux individus qui ont encouru des condamnations pénales d'une certaine gravité, atteignant directement la société dans ses intérêts généraux et démontrant que leur auteur est un mauvais citoyen. Au contraire, on peut être un détestable commerçant sans cesser pour cela d'être un bon citoyen. Pourquoi dès lors édicter contre tout négociant qui fait faillite, une flétrissure civique ? »¹³⁷⁴.

La réponse à cette question n'est plus aussi claire qu'auparavant. Si l'incapacité attachée à la faillite a eu une dimension essentiellement afflictive pendant plusieurs siècles, on peut considérer qu'elle a aussi – et peut-être surtout – aujourd'hui un but d'intérêt public. J.-H. Stahl, dans ses conclusions sous la décision *Tapie*, dit à propos de l'inéligibilité instaurée par l'article 194 de la loi du 25 janvier 1985 : « cette inéligibilité n'est pas une sanction en elle-même, mais la conséquence accessoire que la loi a attachée à une procédure civile depuis près de deux siècles et dans un *but éminent d'intérêt public* »¹³⁷⁵. Il s'agit, par là, de sanctionner une incapacité gestionnaire, autrement dit d'écarter de la gestion des affaires publiques celui qui n'a pas été à même de gérer ses affaires privées.

L'institution, avec sa note infamante, nous vient des statuts des villes commerçantes italiennes du Bas Moyen-Âge¹³⁷⁶ où elle a initialement pour fonction de satisfaire aux exigences d'auto-discipline interne de la classe des marchands. Dans ces républiques aristocratiques, la classe des commerçants gouverne : en tant que porteuse de richesses, elle s'est affirmée comme détentrice du pouvoir politique. Tous les pouvoirs publics se concentrent en ses mains. Aussi est-il naturel qu'en excluant de son sein celui qui, par la cessation de ses paiements, manque à ses devoirs professionnels, elle l'exclue aussi, du même coup, de l'exercice des pouvoirs publics qu'il détient. Qui est indigne de faire le commerce, devient par là même indigne également de prendre part au gouvernement de la cité¹³⁷⁷. La société de l'époque répond à une logique essentiellement corporative. En conséquence, le préjudice d'un membre de la catégorie s'étend à toute la classe. Au moins dans un premier temps, le failli apparaît donc comme un instrument de protection de la classe des marchands visant à réparer le plus possible le dommage social produit par l'insolvabilité. Il doit répondre

¹³⁷⁴ DE CASTELLI (Robert), *L'incapacité politique des faillis*, th. doct., Université de Paris, G. Oudin, 1912 (nous soulignons).

¹³⁷⁵ CE, 8 janv. 1997, *Tapie*, n° 183363, *Lebon*, p. 9, concl. J.-H. Stahl, *D.* 1997, p. 259 (nous soulignons).

¹³⁷⁶ SANTARELLI (Umberto), *Mercanti e Società tra mercanti*, 3^{ème} éd., Torino, Giappichelli, 1998.

¹³⁷⁷ DE CASTELLI (Robert), *L'incapacité politique des faillis*, *op. cit.*

pénalement non seulement envers ses créanciers, mais envers toute la collectivité. Ce lien entre la déchéance commerciale et la déchéance politique s'explique donc par la constitution toute spéciale des villes italiennes du Moyen-Âge.

Cette confusion entre déchéances professionnelles et déchéances politiques provient aussi à cette époque de l'idée que la faillite, même causée par cas fortuit, constitue une infraction pénale, ou tout au moins un cas déshonorant. Le terme même de « faillite » a d'ailleurs dans un premier temps été amalgamé à celui de « banqueroute » en raison de la présomption de faute qui existe à l'égard du débiteur. Ce dernier, qui est considéré comme un criminel¹³⁷⁸, voit son banc de marchand rompu. La banqueroute, qui provient du terme italien « banca rotta », soit « banc cassé », désigne une pratique de l'assemblée des marchands qui consiste, en signe d'infamie, à briser le banc ou le comptoir du commerçant qui cesse ses paiements et à l'exclure du cercle des marchands. Il faut attendre l'ordonnance de Colbert de 1673 pour que l'on distingue la faillite simple de la banqueroute, notions dont la séparation sera définitivement effective avec l'entrée en vigueur du code de commerce, en 1807.

En raison de la conception particulière qu'elles ont de l'insolvabilité, où la défaillance est associée à la fraude, les cités-marchandes italiennes du Moyen-Âge ont imprimé un caractère pénal à cette dernière : de là les peines parfois très rigoureuses qu'elles attachent à la faillite, que les foires introduiront en France. Le failli est soumis à des sanctions pénales à proprement parler, notamment à une incarcération immédiate. Il est par ailleurs l'objet d'une série de déchéances civiles, commerciales et « civiques » infamantes telle que l'incapacité d'accéder aux fonctions publiques d'échevins ou de juges consulaires réglementée en France par l'Ordonnance de commerce de 1673. La procédure est enfin accompagnée d'un rituel d'humiliations publiques telles que l'exposition au pilori, en chemise, la corde au cou, un écriteau proclamant ses « crimes » ; l'excommunication et la privation de sépulture chrétienne ; le port du bonnet vert, ou encore l'existence d'un casier judiciaire porté à la connaissance de tous. En Italie, les faillis font aussi l'objet de peintures infamantes¹³⁷⁹ commandées par les administrations des cités-États et exposées habituellement sur les murs extérieurs des édifices publics les plus importants, au centre de la ville. Le droit florentin exigeait que le *podestat* fasse peindre de telles « caricatures » et les fasse accompagner

¹³⁷⁸ RENAUT (Marie-Hélène), « La déconfiture du commerçant. Du débiteur sanctionné au créancier victime », *RTD Com.*, 2000, p. 533.

¹³⁷⁹ ORTALLI (Gherardo), *La peinture infamante du XIIIe au XVIe siècle : « pingatur in Palatio »*, Paris, G. Monfort, 1994, p. 12.

d'inscriptions indiquant le nom des personnes condamnées par contumace pour des délits d'ordre financier (mauvais payeurs, banqueroutiers, fraudeurs, faussaires, etc.)¹³⁸⁰. La peinture infamante, bien plus courante dans la Florence républicaine que dans les cités-États autocratiques¹³⁸¹, ne se contente pas de dénigrer l'individu. Par son existence même, elle modifie la condition juridique des personnes qu'elle représente¹³⁸².

À la suite des désordres financiers nés pendant la Révolution, les rédacteurs du Code de commerce conservent cet esprit répressif de la faillite dont ils font par ailleurs une institution propre au droit commercial. Certes, le législateur de 1807 distingue la faillite de la banqueroute et place par là-même le simple failli hors de l'atteinte des dispositions pénales. Il n'en conserve pas moins pour le failli un dispositif punitif : ce dernier est toujours incarcéré. On continue par ailleurs de lui appliquer l'ancienne flétrissure. Il perd enfin sa qualité de commerçant ainsi que son droit de vote et d'éligibilité non seulement aux élections aux tribunaux de commerce, aux conseils de prud'hommes, aux chambres de commerce et aux chambres consultatives des arts et des manufactures, mais aussi aux élections politiques.

Aussi peut-on considérer que depuis ses origines jusqu'au milieu du XIX^e siècle, le droit de la faillite s'est montré principalement punitif à l'égard du débiteur¹³⁸³ : si l'incarcération immédiate du failli peut s'interpréter autant comme un châtement que comme une mesure préventive permettant de placer le failli sous la main de la justice, les marques publiques d'infamie et l'incapacité politique dont il est l'objet présentent un caractère afflictif indéniable. On a pu justifier à l'époque ces incapacités spéciales en avançant qu'elles visaient à « exciter les commerçants à faire de grands efforts pour éviter la faillite »¹³⁸⁴ ou à reconquérir les droits perdus. L'essentiel semble être ailleurs cependant : on peut ainsi considérer, à l'instar de Gabriel Massé en 1845, qu'en matière d'incapacités, il s'agit encore essentiellement de « l'exercice d'une sorte de *vindicta publica* » – d'une vindicte « dont on

¹³⁸⁰ EDGERTON (Samuel Y.), « Icons of Justice », in *Past & Present*, vol. 89, n° 1, 1980, p. 30.

¹³⁸¹ DEAN (Trevor), *The Towns of Italy in the Later Middle Ages*, Manchester University Press, 2000, p. 8.

¹³⁸² ORTALLI (Gherardo), *La peinture infamante du XIII^e au XVI^e siècle*, op. cit., p. 80.

¹³⁸³ PERCEROU (Jean), *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^{ème} éd., Paris, A. Rousseau, vol. 1, 1935, p. 127.

¹³⁸⁴ École universelle de Paris, *Traité de droit commercial. Faillite, liquidation judiciaire et banqueroute*, Paris, Carus, 1933, p. 83 ; *Dictionnaire du commerce et des marchandises, contenant tout ce qui concerne le commerce de terre et de mer*, t. 1, Paris, Guillaumin & Cie., 1837, p. 921.

peut critiquer le fondement » selon l'auteur « puisque les incapacités dont il est question atteignent tous les faillis, sans distinction entre les malheureux et les coupables »¹³⁸⁵.

La sévérité excessive dont les faillis étaient l'objet pouvait donc paraître inique, ce dont l'Assemblée s'est fait l'écho en 1849. Cette sévérité, qui conduisait le plus souvent les commerçants à retarder le dépôt de bilan, produisait surtout sur un plan économique des effets contraires à ceux que le législateur escomptait. C'est pour y remédier que ce dernier a commencé à faire preuve de davantage de mansuétude envers le débiteur. La loi du 28 mai 1838 assouplit ainsi la sanction de l'incarcération du failli qui n'est plus désormais automatique. La contrainte par corps est supprimée en 1867. Le législateur introduit surtout en 1889 une nouvelle procédure réservée aux commerçants malheureux et de bonne foi qui, spontanément, et sans retard, avouent au tribunal de commerce leur situation.

À côté de la faillite, procédure de droit commun pour le débiteur dont la bonne foi n'a pas été démontrée, existe désormais la liquidation judiciaire, dépourvue d'esprit répressif : l'idée est celle de parvenir à l'apurement du passif par la liquidation judiciaire des biens du débiteur. Le dessaisissement du débiteur est par conséquent atténué : ce dernier dirige lui-même la liquidation de son patrimoine avec l'assistance d'un liquidateur judiciaire. Il est surtout exonéré de la note infamante et de certaines des déchéances attachées à la faillite. S'il perd son droit d'éligibilité (ou est réputé démissionnaire, dans l'hypothèse où il aurait déjà été élu), il conserve son droit de vote à toutes les assemblées politiques et professionnelles¹³⁸⁶. L'article 25 de la loi de 1889 accorde également le bénéfice de ces dispositions de l'article 21 aux anciens faillis qui auraient obtenu leur concordat ou auraient été déclarés excusables, après jugement.

¹³⁸⁵ MASSE (Gabriel), *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris, Guillaumin, vol. 3, 1845, p. 246.

¹³⁸⁶ La question des incapacités politiques de l'homme en situation de liquidation judiciaire a fait l'objet de multiples débats pendant l'élaboration de la loi de 1903. Certains voulaient réduire les incapacités aux droits électoraux professionnels (et non politiques). Selon ces derniers, « il est certain que la dignité du citoyen est intacte chez le débiteur malheureux qui n'a pas commis de délit [...]. Il n'y a eu qu'une faute commerciale commise et l'on comprend très bien que la faute ayant un caractère commercial, les déchéances et les incapacités aient le même caractère. » (Ass. nat., Séance du 20 oct., MM. Lecomte et Rabier, *JO* du 21 oct. 1888, p. 2244). D'autres justifiaient le fait que l'on lui retire le droit d'exercer une fonction publique élective : pour eux, « il n'est pas admissible que celui que la commission elle-même juge incapable de remplir la modeste fonction de membre d'une chambre consultative des arts et manufacture puisse être sénateur ou député » (Séance du 18 oct., p. 2222). Cette théorie est celle que la loi du 4 mars 1889 a consacrée dans son article 21.

Au total, on distingue donc divers degrés de responsabilité du débiteur commerçant auxquels correspondent des procédures et déchéances différentes : la responsabilité atténuée du débiteur donne lieu à la liquidation judiciaire de son patrimoine et entraîne son inéligibilité. À la responsabilité « normale » correspond la faillite qui s'accompagne de déchéances plus graves. La faute lourde ou la faute caractérisée est sanctionnée respectivement par la peine correctionnelle de la banqueroute simple ou par la peine criminelle de la banqueroute frauduleuse qui emporte la faillite personnelle. Le décret du 20 mai 1955 poursuit cette entreprise de distinction des procédures collectives fondée sur les critères d'honnêteté ou de malhonnêteté du chef d'entreprise ainsi que sur le degré de gravité des fautes ou des erreurs commises. La procédure de règlement judiciaire, créée par le décret, devient la procédure de droit commun applicable à tous les commerçants dont le comportement ne justifie ni l'élimination de la vie des affaires, ni de sanction particulière. L'objectif est de permettre au commerçant de rembourser ses créanciers, tout en reprenant, au terme d'un concordat, les rênes de son entreprise. À défaut de l'exécution de la convention conclue, le débiteur est placé en liquidation judiciaire.

Parallèlement à cette évolution fondée sur le critère de l'honnêteté du débiteur, un mouvement inspiré par des impératifs économiques a modifié plus récemment l'essence même des procédures collectives¹³⁸⁷. L'orientation des procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens, qui se faisait plus en fonction de la gravité des fautes que de la situation économique du débiteur, devait être repensée. À cet effet, la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et la banqueroute a dissocié les voies d'exécution collective tendant au paiement des créanciers des sanctions personnelles éventuellement applicables à l'homme. Dans un souci de distinguer l'homme de l'entreprise, le législateur a prévu autrement dit des règles indépendantes pour le paiement des créanciers et pour les sanctions. Les sanctions ne doivent atteindre que ceux qui ont commis des fautes. Elles ne doivent punir qu'à mesure de la gravité de ces dernières.

¹³⁸⁷ Sur cette évolution, v. DESURVIRE (Daniel), « Banqueroute et faillite. De l'Antiquité à la France contemporaine », *LPA*, août-sept. 1991, n° 104 et n° 105, p. 12-19 et p. 4-11 ; RENAUT (Marie-Hélène), « La déconfiture du commerçant », *op. cit.* ; du même auteur, « De la faillite à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires », *LPA*, févr. 1998, n° 14, p. 5 ; MATSOPOULOU (Haritini), « Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer après les ordonnances récentes de 2004 et 2005, et la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *D.* 2007, p. 104.

Cette distinction s'est par ailleurs accompagnée d'une redéfinition de la faillite. Avant 1967, la faillite, distincte du règlement judiciaire qui en constitue une forme atténuée, a toujours présenté un double aspect : sur un plan patrimonial, elle entraîne un règlement collectif de la situation du commerçant. Sur un plan personnel, elle emporte une série d'interdictions et de déchéances d'ordre essentiellement civique et professionnel. Avec la loi de 1967, le terme de « faillite », auquel on adjoint l'adjectif « personnelle », prend un sens nouveau, restreint. Dépourvue de toute signification patrimoniale, la faillite personnelle ne désigne plus que ces sanctions composées d'incapacités de droit privé et de droit public susceptibles d'être prononcées par le juge quand une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte. Elle ne désigne plus qu'une sanction personnelle pouvant aller jusqu'à la banqueroute. Elle peut être prononcée soit par le tribunal de commerce, pour une série de faits répréhensibles, soit par le tribunal correctionnel, en tant que peine complémentaire de la banqueroute. D'un point de vue formel, la faillite personnelle est donc une sanction de nature civile ou pénale selon la source légale de la mesure et la juridiction qui la prononce. Quant à l'aspect patrimonial des procédures collectives, il sera réglé véritablement par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 dont est issu l'article 194 : du paiement des créanciers, l'objectif est dorénavant la survie de l'entreprise débitrice et le maintien de l'emploi.

L'objectif premier de l'ouverture d'une procédure collective en 1985 n'est donc plus « la punition patrimoniale ou pénale du chef d'entreprise défaillant » dont le caractère stigmatisant dissuaderait le débiteur de solliciter l'ouverture d'une procédure collective avant que sa situation ne soit totalement compromise. Tandis que le Code de commerce, dans sa version originale, « se caractérisait par la volonté première de punir le chef d'entreprise failli »¹³⁸⁸, l'ouverture d'une procédure aujourd'hui constitue avant tout « une mesure de sauvetage d'une activité économique »¹³⁸⁹. En d'autres termes, l'ouverture d'une procédure collective n'a plus aujourd'hui le « caractère d'une punition ». Dans cette évolution générale qui se caractérise depuis la fin du XIX^e siècle par une moindre sévérité à l'égard du débiteur, la faillite fait cependant en quelque sorte figure d'exception. En créant des procédures alternatives à la faillite pour les débiteurs de bonne foi, le législateur accentue en effet d'une certaine façon le caractère répressif de celle-ci. La redéfinition même du terme de « faillite » qui a perdu toute

¹³⁸⁸ Sénat, Rapport n° 335 de Jean-Jacques Hysté déposé le 11 mai 2005 sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, p. 22.

¹³⁸⁹ *Ibid.*, p. 22-23.

signification patrimoniale renforce cette vision. Quand bien même la faillite personnelle prononcée par le tribunal de commerce est une sanction de nature civile, et non pénale, elle sanctionne des personnes négligentes ou malhonnêtes. Comment soutenir, au vu de ces éléments, que l'incapacité d'exercer une fonction publique élective qui résulte de la faillite puisse être interprétée comme une sanction n'ayant pas un caractère de punition ?

Selon nous, le caractère sanctionnateur de la faillite personnelle ne présume pas de la finalité punitive de l'incapacité qui y est attachée. La sanction de la faillite doit en effet être distinguée des déchéances qu'elle entraîne, qui sont de deux types : professionnelles, d'une part ; civiques, d'autre part. La condamnation à la faillite personnelle entraîne une interdiction de gérer ; elle emporte également la perte de droits civiques qui doivent à leur tour être différenciés. L'incapacité d'exercer une fonction publique, objet de la disposition litigieuse, n'est qu'*un* des droits civiques dont le failli se trouve déchu. L'ancien article L. 5, 5° du code électoral dispose en effet que les personnes condamnées à la faillite personnelle ne doivent pas être inscrites sur les listes électorales. Fait plus remarquable, à l'intérieur même du code de commerce, le législateur a pris soin de dissocier dans deux dispositions différentes issues de la même loi les droits civiques dont la faillite personnelle entraîne la perte. À côté de l'inéligibilité, prévue à l'article 194, l'article 186 al. 2 de la loi de 1985 dispose que la faillite « entraîne également les interdictions et déchéances applicables aux personnes qui étaient déclarées en état de faillite au sens donné à ce terme antérieurement au 1^{er} janvier 1968 »¹³⁹⁰. Cette formule sibylline, reprise presque intégralement de la loi du 13 juillet 1967 (art. 105), oblige à se reporter à l'ancien art 471 c. comm. qui inclut dans les incapacités qu'entraîne la faillite personnelle la radiation des listes électorales dans le cas d'élections politiques (art. L. 5, 5° c. élect.) ou professionnelles, l'incapacité d'être juré (art. 256, 6° c. proc. pén.), le droit de porter des décorations et la perte du grade d'officier de réserve. Sachant par ailleurs que les personnes ayant perdu la « jouissance de leurs droits civiques » sont exclues de l'entrée dans la fonction publique (l. 13 juill. 1983, art. 5, 2°), on a déduit que la faillite emportait également la perte du droit d'exercer des fonctions publiques non-électives.

Cette distinction entre l'inéligibilité, d'une part, et les autres déchéances civiques qu'entraîne la faillite, d'autre part, ne semble pas fortuite : si les incapacités que mentionne

¹³⁹⁰ ROBERT (Jacques-Henri), « Le Conseil constitutionnel entendu », *Dr. pén.* n° 3, Mars 2001, comm. 36 ; du même auteur, « Banqueroute et autres infractions : commentaire des dispositions pénales de la loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 », *Dr. pén.* n° 11, Nov. 2005, Étude 15.

l'article 186 al. 2 visent avant tout à punir le failli, il n'en va pas nécessairement de même de l'inéligibilité de l'article 194 qui peut tout aussi bien être interprétée comme une mesure d'intérêt public. Le législateur a déjà eu par le passé le souci de dissocier la perte du droit d'éligibilité de celle de l'électorat, fait suffisamment rare pour être relevé. Dans son *Précis de droit administratif*, Maurice Hauriou souligne à cet égard qu'« en principe, tout jugement qui fait perdre le droit de vote fait perdre, et dans la même proportion, le droit d'éligibilité. Il faut ajouter seulement l'indication de certains cas où le droit d'éligibilité est perdu, alors que le droit de vote ne l'est pas »¹³⁹¹ : en vertu de l'article 15, al. 17 du décret du 2 février 1852 modifié par la loi du 4 mars 1889, les faillis concordataires ou déclarés excusables étaient inéligibles mais conservaient le droit de vote quand le jugement en avait expressément décidé ainsi. Il en allait de même pour les liquidés judiciaires sous la loi de 1889. Or, la liquidation judiciaire avait précisément été conçue comme une procédure *non répressive* réservée aux commerçants malheureux et de bonne foi. Là où les faillis étaient déchus de *tous* leurs droits civiques, seuls ceux qui avaient été déclarés excusables ou avaient été reconnus de bonne foi en 1889 conservaient ces droits, à l'exception de l'éligibilité. À la lumière de ces exemples dans lesquels le législateur a pris soin de distinguer la perte du droit d'exercer une fonction publique élective de la perte des autres droits politiques, on peut supposer que l'inéligibilité, contrairement aux autres déchéances, a été conçue comme une mesure d'intérêt public. Or, aucun élément ne permet d'affirmer que l'intention du législateur soit différente dans l'article 194 de la loi de 1985. Il est donc loisible d'interpréter l'article en question comme une sanction n'ayant pas un caractère de punition.

L'examen de la jurisprudence qui précède la décision du Conseil constitutionnel conforte d'ailleurs cette interprétation. C'est dans ce sens en effet que se sont prononcées les Cours suprêmes judiciaires et administratives en 1996 et 1997, à l'occasion d'une affaire fortement médiatisée. En l'espèce, M. Bernard Tapie, alors parlementaire, avait été déchu de son mandat de député à l'Assemblée nationale et au Parlement européen. Le tribunal de commerce de Paris avait prononcé en décembre 1994 la liquidation judiciaire personnelle de M. Bernard Tapie consécutivement à celle des sociétés en nom collectif dont il était associé¹³⁹². Cette liquidation entraînait de plein droit l'incapacité de l'intéressé à exercer toute fonction

¹³⁹¹ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 582.

¹³⁹² Aux termes de l'art. 178 de la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 précitée, les associés d'une personne morale, lorsqu'ils répondent personnellement du passif social, se voient appliquer par les juridictions commerciales les mêmes mesures que celles qui sont prises à l'égard de la personne morale.

publique électorale. Ce jugement, confirmé par la Cour d'appel de Paris le 31 mars 1995, est devenu définitif à la suite du rejet du pourvoi en cassation par un arrêt du 9 juillet 1996¹³⁹³. Le Conseil constitutionnel, en sa qualité de juge électoral, a dès lors pris acte de la déchéance de plein droit de M. Bernard Tapie de ses fonctions de membre de l'Assemblée nationale¹³⁹⁴. Par un décret en date du 28 oct. 1996¹³⁹⁵, le premier ministre a constaté à son tour que cette déchéance mettait fin *ipso facto* à son mandat de parlementaire européen. Le recours de l'ancien ministre qui attaquait la légalité du décret a été rejeté par le Conseil d'État¹³⁹⁶.

Dans son pourvoi en cassation comme dans son recours devant le Conseil d'État, le demandeur argue que l'incapacité n'est pas applicable, l'article en cause ayant été sinon abrogé, du moins rendu caduc par l'entrée en vigueur du nouveau code pénal. Aux termes de l'article 132-17 du nouveau code pénal, « aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée ». L'article 132-21 précise quant à lui que la déchéance des droits civiques ne peut plus, « nonobstant toute disposition contraire », résulter *de plein droit* d'une condamnation pénale : elle doit être prononcée expressément par le juge qui, lorsque la loi le prévoit, a la faculté et non l'obligation de priver l'individu de son droit d'éligibilité. L'ancien ministre critiquait le fait que le régime de l'incapacité d'exercer une fonction publique électorale puisse varier selon qu'elle résulte d'une condamnation prononcée par une juridiction pénale ou d'un jugement de faillite ou de liquidation judiciaire prononcé par un tribunal de commerce. Cette disparité de régime était d'autant plus regrettable qu'elle maintenait à l'égard des personnes faisant l'objet d'une liquidation judiciaire, qui n'ont commis aucune faute, une plus grande rigueur qu'envers les délinquants condamnés pénalement.

Aussi légitime qu'elle puisse paraître, cette critique du demandeur au pourvoi relève, comme le montre l'avocat général, d'un débat *de lege ferenda* : cette dualité de régime est en effet inscrite dans le droit positif. L'art. 132-21 nouv. c. pén. vise expressément la sanction pénale de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, telle qu'elle est définie par l'art. 131-26 du même code et résultant d'une condamnation pénale. L'art. 194 de la loi du 25 janv. 1985 ne vise, quant à lui, que l'incapacité d'exercer une fonction publique résultant d'un

¹³⁹³ Cass., com., 9 juill. 1996, *Tapie c. SDBO*, *cit.*

¹³⁹⁴ Cons. Const., déc. n° 96-10 D du 5 sept. 1996, *Déchéance de plein droit de M. Bernard Tapie*, *Rec.* p. 111.

¹³⁹⁵ Décr. 28 oct. 1996, *JO* 30 oct. 1996, p. 15878.

¹³⁹⁶ CE, 8 janv. 1997, *Tapie*, *cit.*

jugement prononçant la liquidation judiciaire, la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer ou diriger une entreprise commerciale.

Contrairement aux arguments du requérant, cette différence de régime peut par ailleurs paraître justifiée : pour Régis De Gouttes, elle s'explique par la différence des objectifs que le législateur a assigné à ladite incapacité dans le code pénal d'un côté et dans la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises de l'autre. Tandis que dans l'esprit du nouveau code pénal, l'interdiction des droits civiques constitue une sanction pénale qui doit être personnalisée et modulée par le juge en fonction de la gravité des infractions en cause, ce qui a conduit à en supprimer le caractère obligatoire et automatique, l'incapacité qui s'attache de par l'article 194 de la loi du 25 janvier 1985 à un jugement de liquidation judiciaire « repose sur le constat financier et économique objectif de l'état de l'entreprise, dont l'actif disponible ne permet plus de faire face au passif exigible et dont la situation ne peut être rétablie, indépendamment même de toute considération de faute de gestion »¹³⁹⁷. Pour Régis de Gouttes comme pour Jacques-Henri Stahl, rapporteur de la même affaire devant le Conseil d'État, « l'incapacité qui s'attache de par l'article 194 de la loi du 25 janvier 1985 à un jugement de liquidation judiciaire *n'a pas le caractère d'une sanction pénale*, mais celle d'une *mesure à caractère électoral*, édictée par le législateur dans un but d'intérêt public, celui d'écarter de la gestion des affaires de la cité ceux qui ont été déclarés, par le juge commercial, en situation de faillite personnelle ou de liquidation judiciaire »¹³⁹⁸. Cette mesure d'intérêt public repose sur l'« idée que celui qui ne peut gérer ses affaires privées ne peut être reconnu digne de gérer les affaires de la cité »¹³⁹⁹. Par cette incapacité, il s'agit d'écarter de la gestion des affaires publiques ceux qui se sont révélés incapables de mener à bien des affaires privées. L'inéligibilité sanctionne ici une « incapacité gestionnaire »¹⁴⁰⁰. Comme l'a dit un député lors des débats sur la loi de 1889 qui a créé la procédure de la liquidation judiciaire et a restreint l'incapacité politique de l'individu placé dans cette situation à la seule inéligibilité, il est loisible de considérer que « si cet homme n'est pas absolument indigne d'être éligible et de remplir les fonctions sociales et politiques, il est au moins imprudent et fâcheux de lui laisser l'accès de ces fonctions »¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁷ Concl. De Gouttes, *cit.*

¹³⁹⁸ Concl. J.-H. Stahl, *cit.* (nous soulignons).

¹³⁹⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰⁰ GHEVONTIAN (Richard), « Faillite personnelle et déchéance des droits civiques », *D.* 1997, p. 259, note 9.

¹⁴⁰¹ Séance du 18 oct., amendement au projet de la commission de M. de la Batie, *Doc. parl.*, Chambre, 1888, p. 2222 s.

L'incapacité d'exercer une fonction publique électorale instaurée par l'article 194 pour les faillis et les chefs d'entreprise placés en situation de liquidation judiciaire peut donc être interprétée sinon comme une « mesure d'intérêt public », du moins comme une sanction se situant « à la frontière »¹⁴⁰² des catégories « punition » et « non punition » auxquelles se réfère le Conseil constitutionnel. La qualification retenue par les Sages ne va donc pas de soi.

b. Le réexamen de la finalité de l'incapacité électorale attachée aux manquements au devoir de probité

Il aurait aussi été loisible, selon nous, d'interpréter l'article L. 7 du code électoral comme une mesure de sûreté. On peut en effet considérer que les infractions concernées font par elles-mêmes obstacle à la participation à la chose publique et au pouvoir politique. On a souligné dans le chapitre 4 que les infractions sanctionnées par l'article L. 7 relèvent de la section dite des atteintes au devoir de « probité ». Avoir substitué cette appellation à l'ancien intitulé de « forfaiture » n'était pas anodin. En l'érigeant comme valeur supérieure au sein du code pénal, le législateur a voulu, comme dans les professions libérales, instaurer une certaine moralité dans l'exercice d'une fonction publique entendue au sens large. Que par la déchéance des droits électoraux, l'article L. 7 vise davantage à préserver l'intégrité du corps politique, c'est d'ailleurs ce qui ressortait de la lecture des travaux préparatoires de la loi de 1995 sur le financement de la vie politique : issu d'un amendement gouvernemental, nous avons vu dans le chapitre 4 que l'article L. 7 du code électoral a été conçu avant tout comme un instrument de moralisation de la vie politique. À rebours de l'argument du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel selon lequel l'article L. 7 vise à réprimer plus sévèrement certains faits lorsqu'ils sont commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique, on peut voir dans cette référence à la vie publique un indice de ce que l'inéligibilité de l'article L. 7 du code électoral n'est justement pas une sanction pénale mais qu'elle sert avant tout à garantir la moralité du corps des représentants.

C'est là d'ailleurs l'interprétation que l'on peut tirer d'autres décisions du Conseil constitutionnel dans lesquelles celui-ci a jugé que des sanctions présentant certaines similarités avec l'article L. 7 ne constituent pas des punitions. Les articles L. 723-2 et L. 724-7 du code de commerce par exemple disposent que la participation au collège électoral qui élit

¹⁴⁰² CEDH, *Pierre-Bloch*, préc., point 56.

les juges des tribunaux de commerce imposent de n'avoir pas été « condamné pénalement pour des agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs »¹⁴⁰³. Dans ce cas comme dans celui de l'article L. 7, il s'agit donc de refuser l'inscription ou de retirer d'une liste électorale des personnes condamnées pénalement du chef d'infractions comparables. Le Conseil constitutionnel a toutefois considéré que ces dispositions du code de commerce étaient sans caractère répressif dans la mesure où elles avaient pour objet « d'assurer l'intégrité et la moralité » des candidats à l'exercice de cette fonction. Ainsi que l'a indiqué le Secrétaire général du Conseil constitutionnel lui-même dans son commentaire de la décision relative aux juges consulaires du 1^{er} avril 2011, « une interrogation comparative pourrait conduire à s'interroger sur le point de savoir pourquoi il n'en allait pas de même de la sanction prévue par l'article L. 7 du code électoral que le Conseil constitutionnel a qualifié de peine. Pourquoi s'agissait-il d'une peine et non d'une mesure destinée à garantir la moralité du corps politique ? »¹⁴⁰⁴

Du réexamen de ces dispositions, il ressort donc qu'on ne peut affirmer avec certitude que l'intention première du législateur dans les articles que le Conseil a censurés ait toujours été de réprimer l'individu fautif plutôt que de protéger la communauté politique par l'exclusion partielle et temporaire de certains de ses membres. Comme aux États-Unis, la qualification systématique de punition que le Conseil constitutionnel arrime aux sanctions privatives de droits politiques ne semble pas reposer – exclusivement – sur la finalité poursuivie par lesdites sanctions. Elle tient également à leur objet : la citoyenneté.

2. Des qualifications explicables : la pertinence du critère matériel

C'est de la nature de ces droits devenus en quelque sorte « droits du citoyen » pensé comme individu que dépend en amont la qualification même de punition. La nature du droit de vote influence la manière dont il est protégé. Ainsi que l'indique à ce propos le Secrétaire général dans le *Commentaire aux Cahiers*, c'est parce qu'il y a un droit fondamental à voter que la perte des droits civiques, quand elle ne résulte pas de la perte des facultés mentales, « ne peut être que constitutive d'une peine » :

¹⁴⁰³ Cons. const., déc. n° 2011-114 QPC, *préc.*

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, *Commentaire aux Cahiers*.

« Il peut y avoir une police des professions, mais la perte des droits civiques, quand elle ne résulte pas de la perte des facultés mentales, ne peut être que constitutive d'une peine. L'exercice d'un mandat électif ne peut être assimilé à une interdiction professionnelle. *Il y a un droit fondamental à voter*, non à être juge consulaire. Par conséquent, le législateur peut restreindre l'accès à ces fonctions sans que les exigences constitutionnelles en matière répressive soient applicables »¹⁴⁰⁵.

Dénonçant l'incohérence des décisions des Cours suprêmes américaines qui jugent depuis plus d'un siècle que l'incapacité électorale n'a pas un caractère de punition, P. Karlan aux États-Unis s'exprime dans des termes peu ou prou similaires :

« Les termes du débat contemporain reflètent un changement profond de la façon dont l'on conçoit à la fois le droit de vote et la nature fondamentale de la privation des droits civiques. À partir du moment où *le suffrage est considéré comme un droit fondamental* plutôt que comme un privilège octroyé par l'État, la nature essentiellement punitive de la déchéance devient indéniable »¹⁴⁰⁶.

La préférence du Conseil pour la qualification de punition s'explique par le régime traditionnellement plus strict qui s'y attache. Dans la mesure où l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce expressément des exigences précises en matière pénale, le fait de qualifier une mesure de punition sera le gage d'une meilleure protection des droits fondamentaux. Le régime répressif, plus protecteur que le régime « commun », dicte ici la nature de la mesure. Pour le dire autrement, soutenir que toute privation des droits politiques constitue nécessairement une punition ne signifie pas que, dans les faits, ces sanctions aient toutes une finalité répressive. Affirmer cela, c'est considérer que la limitation des droits politiques doit être encadrée de façon plus stricte. Les droits de vote et d'éligibilité sont devenus des droits fondamentaux constitutionnellement protégés. Le cas de la déchéance de citoyenneté qui résulte d'une condamnation pénale démontre qu'ils sont même des droits fondamentaux de premier rang. Pour rendre effectif ces droits, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (art. 87) a pour la première fois permis en mai 2019 aux personnes placées en détention provisoire et aux détenus purgeant une peine n'entraînant pas une incapacité électorale de voter en prison à l'élection des représentants au Parlement européen¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁵ Cons. const., déc. n° 2011-114 QPC *préc.*, *Commentaire aux Cahiers*.

¹⁴⁰⁶ KARLAN (Pamela S.), « Convictions and Doubts: Retribution, Representation, and the Debate over Felon Disenfranchisement », *Stanford Law Review*, vol. 56, 2004, p. 1149.

¹⁴⁰⁷ Ce dispositif est cependant propre aux élections européennes et ne pourrait être opérant que pour certaines élections à circonscription nationale. Actuellement, le droit prévoit que le détenu peut exercer son droit de vote ou directement, en obtenant une permission de sortie, ou par procuration (art. 71 c. élect.). Depuis la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 nov. 2009, le prisonnier a la possibilité de s'inscrire sur les listes électorales de la commune où il se trouve détenu. La personne détenue doit trouver un mandataire inscrit sur la liste électorale

Aux États-Unis, la déchéance en question peut rester par différence une mesure de sûreté dans la mesure où le droit de vote, qui est devenu un droit fondamental, ne l'est pas pour les personnes condamnées¹⁴⁰⁸. Se fondant sur le XIV^e amendement, la Cour suprême fédérale a certes établi en 1964 que le suffrage est un droit « fondamental »¹⁴⁰⁹ et ce faisant, que les lois qui privent les citoyens de ce droit doivent poursuivre un intérêt impérieux, et pas uniquement légitime. Une série de décisions de la Cour suprême a confirmé cette nouvelle protection du suffrage en invalidant de nombreuses restrictions telles que l'impôt électoral, le nombre d'années de résidence exigé, le test de compétence linguistique, etc.

En se fondant sur une disposition tirée de la section 2 du XIV^e amendement, la Cour des États-Unis a cependant considéré, dans l'arrêt *Richardson v. Ramirez*¹⁴¹⁰ de 1974, que la déchéance automatique des droits politiques résultant d'une condamnation pénale était conforme à la clause d'égalité de protection. Aux termes de ladite section, les États qui déniaient ou restreindraient de quelque manière que ce soit le droit de voter de leurs habitants qui sont également citoyens des États-Unis verraient la base de leur représentation à la Chambre des Représentants réduite. Le Congrès a tenu à préciser toutefois que cette réduction de la représentation des États ne s'applique pas lorsque les citoyens visés sont coupables de rébellion ou d'autres crimes : « sauf en cas de participation à une rébellion ou à un autre crime » dit le texte. Cette interprétation a prêté le flanc à de vives critiques dans la mesure où elle fait fi du contexte dans lequel ce texte a été adopté¹⁴¹¹ : au sortir de la Guerre de Sécession, l'expression « *other crimes* » désignait les cas de trahison. On a invité dès lors la Cour à limiter l'application de cette disposition aux crimes les plus graves. Nonobstant ces critiques, cette jurisprudence n'a pas été renversée. Ainsi peut-on lire dans des décisions de 1982 et de 2007 que « *Richardson* dicte que le droit de vote n'est pas considéré comme un

de la même circonscription. Dans les faits, le vote par procuration ou la demande de permission pour aller déposer son bulletin restent très difficiles à mettre en œuvre, comme en a fait état le rapport annuel 2013 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

¹⁴⁰⁸ BEHRENS (Angela), « Voting - Not Quite a Fundamental Right? A Look at Legal and Legislative Challenges to Felon Disfranchisement Laws », *Minnesota Law Review*, vol. 89, 2004, p. 231-276.

¹⁴⁰⁹ *V. Reynolds v. Sims*, 377 U.S., 562 (1964); *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 336 (1972).

¹⁴¹⁰ *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24, 56 (1974). La Cour suprême a néanmoins jugé en 1985 qu'une déchéance des droits électoraux motivée par des considérations raciales n'était pas conforme à la Constitution : voir *Hunter v. Underwood*, 471 U.S. 222 (1985).

¹⁴¹¹ Sur l'interprétation de la section 2 du XIV^e amendement, v. ASKIN (Frank), « Disenfranchising felons (Or how William Rhenquist earned his stripes) », *Rutgers Law Review*, vol. 59, n° 4, 2007, p. 875-884. V. également TRIBE (Laurence H.), *American Constitutional Law*, 2d ed., Mineola, N.Y., Foundation Press, 1988, §13-16 (qualifiant l'interprétation de la Cour de *Ramirez* de « fondamentalement erronée »); FLETCHER (George P.), « Disenfranchisement as Punishment : Reflections on the Racial Uses of Infamia », *UCLA Law Review*, vol. 46, 1999, p. 1900-02.

droit fondamental pour les personnes condamnées »¹⁴¹² et que « le droit de vote des criminels n'est pas un droit constitutionnellement protégé »¹⁴¹³. Si le droit de vote ne constitue pas seulement un droit fondamental parmi d'autres mais un droit fondamental de premier rang en France, ce que démontre le cas des délinquants, les droits politiques sont aux États-Unis aussi des droits fondamentaux, sauf pour les délinquants.

Dans la mesure où elles sont désormais interprétées comme des punitions et non plus comme des mesures de sûreté, toutes les mesures privatives des droits civiques sont soumises au principe de non-rétroactivité de la loi pénale. Aussi, quand bien même les droits politiques ne seraient pas pour autant devenus des droits acquis, les lois politiques qui attachent des déchéances à des condamnations pénales ne peuvent plus s'appliquer immédiatement et priver « rétroactivement » des citoyens des droits dont ils jouissaient auparavant. Pour reprendre la distinction établie par la Cour de Montpellier dans sa décision précitée du 7 mai 1885¹⁴¹⁴, les droits politiques n'appartiennent plus au Souverain mais aux citoyens pensés comme individus. En prenant acte de cette évolution de la nature du droit de vote, par cette dynamique de « fondamentalisation »¹⁴¹⁵, le droit constitutionnel français s'inscrit dans le sillage du droit international et européen.

§2. Des droits garantis par le droit international et européen : son influence sur la question des condamnés

Comme en droit national, c'est à l'occasion du contentieux relatif à la privation du droit de vote résultant d'une condamnation pénale que les instances internationales et européennes ont été conduites soit à affirmer pour la première fois le caractère fondamental dudit droit (B), soit à en souligner la préséance dans le catalogue des droits fondamentaux (A).

¹⁴¹² *Williams v. Taylor*, 677 F.2d 510, 514 (5th Cir. 1982).

¹⁴¹³ *Madison v. Washington*, 163 Wn.3d 757 (2007).

¹⁴¹⁴ C. Montpellier, 3^e ch., 7 mai 1885, *Lignière c. Voisse*, *cit.*

¹⁴¹⁵ L'idée de fondamentalisation « [évoque] l'importance croissante des droits et libertés fondamentaux dans l'architecture juridique », v. FABRE-MAGNAN (Muriel), *Introduction au droit*, Paris, PUF, 2016, p. 71. On se référera également au dossier sur « La fondamentalisation du droit privé », *Revue de droit d'Assas*, 2015, n° 11, p. 33-118.

A. La protection des droits politiques par le droit conventionnel

Le droit conventionnel, qui avait déjà reconnu dans un premier temps la nature subjective des droits électoraux (1), a progressivement renforcé son contrôle de la limitation desdits droits lorsqu'étaient en cause des détenus (2). Les restrictions au droit de vote des personnes soupçonnées d'avoir commis un crime, ou condamnées, sont d'ailleurs celles qui ont entraîné les premières condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 3 du Premier Protocole additionnel de la Convention européenne¹⁴¹⁶.

1. La reconnaissance préalable de la nature subjective des droits électoraux

Si la nature subjective des droits électoraux est inscrite dans le texte même de la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte onusien (a), c'est à la faveur de la jurisprudence qu'elle a été affirmée en droit de la Convention européenne des droits de l'homme (b).

a. La Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte onusien

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unis le 10 décembre 1948, constitue le premier texte à valeur internationale à avoir érigé les droits politiques au rang des libertés et droits fondamentaux¹⁴¹⁷. L'article 21 dispose que « toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ». Il ajoute que la volonté du peuple doit s'exprimer par des élections qui doivent avoir lieu au suffrage universel. Il faut cependant attendre le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) adopté à New York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies pour que ce principe acquière force obligatoire. L'article 25¹⁴¹⁸, lequel s'inspire fortement de l'article 21 de la

¹⁴¹⁶ NATALE (Virginie), « Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen », *RTDH*, vol. 68, 2006, p. 960.

¹⁴¹⁷ Sur les textes internationaux de protection des droits politiques, v. GALLAND (Yannick), *La protection par le droit international des droits politiques*, th. dactyl., Université Strasbourg III-Robert Schuman, 2000 ; DENQUIN (Jean-Marie), *Les droits politiques - Libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.*

¹⁴¹⁸ Art. 25 DUDH : « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables: a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ; b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques,

DUDH, traite du droit des citoyens à titre individuel de participer aux processus qui représentent la direction des affaires publiques.

La conformité des dispositions nationales privant les condamnés de leurs droits politiques a été examinée par le Comité des droits de l'homme¹⁴¹⁹. Dans l'affaire opposant *Denis Yevdokimov et Artiom Rezanov* à la Fédération de Russie, qui mettait en jeu des détenus¹⁴²⁰, le Comité a ainsi conclu à une violation des articles 25 et 2 §3 du pacte. Comme l'indiquent les observations générales formulées par le Comité des droits de l'homme sur l'article 25 du Pacte en 1996¹⁴²¹, les États doivent prendre des mesures efficaces pour garantir l'exercice effectif des droits qu'il prévoit. Dans l'observation générale n° 25(57) qu'il a adoptée le 12 juillet 1996, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré plus généralement au sujet du droit garanti par l'article 25 que « dans leurs rapports, les États parties devraient préciser les motifs de privation du droit de vote et les expliquer. Ces motifs devraient être objectifs et raisonnables. Si le fait d'avoir été condamné pour une infraction est un motif de privation du droit de vote, la période pendant laquelle l'interdiction s'applique devrait être en

honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ; c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ».

¹⁴¹⁹ V. MACDONALD (Morgan), « Disproportionate punishment: the legality of criminal disenfranchisement under the International Covenant on Civil and Political Rights », *The Georges Washington International Law Review*, vol. 40, p. 1375-1408.

¹⁴²⁰ CCPR/C/101/D/1410/2005, Constatations du Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant la Communication n° 1410/2005, 21 mars 2011, *Denis Yevdokimov et Artiom Rezanov c. Fédération de Russie*. Le Comité a retenu que si le fait d'avoir été condamné pour une infraction était un motif de privation du droit de vote, encore était-il nécessaire d'établir un rapport entre la période d'interdiction et l'infraction et la sentence. Renvoyant à l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* cité par la Russie, le Comité a rappelé que pour la CEDH, le principe de proportionnalité exige l'existence d'un lien suffisant entre la sanction et le comportement de la personne visée ainsi que sa situation. En l'espèce, la privation du droit de vote s'appliquait automatiquement pendant toute la durée de la peine d'emprisonnement. Le Comité a par ailleurs rappelé que, aux termes du paragraphe 3 de l'article 10 du Pacte, le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Il a enfin estimé que la disposition querellée violait les principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus énoncés par le Pacte en son article 5. Selon ce dernier, « sauf pour ce qui est des limitations qui sont évidemment rendues nécessaires par leur incarcération, tous les détenus doivent continuer à jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncés dans [...] le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ». La restriction du droit de vote n'est pas une condition essentielle ni nécessaire à la vie carcérale. Une telle restriction ne peut être mise sur le même plan que les restrictions de la liberté de circulation et d'autres libertés, qui sont inhérentes à la privation de liberté.

¹⁴²¹ CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, Observations générales adoptées par le Comité des Droits de l'Homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, 27 août 1996, en particulier l'annexe 5, Observation générale n° 25 adoptée par le Comité le 12 juillet 1996. V. SCHABAS (William), « L'observation générale du Comité des droits de l'homme au sujet de l'article 25 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques », in Jean-Yves MORIN (dir.), *Les droits fondamentaux : universalité et diversité, droit au développement, démocratie et État de droit, commerces illicites*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 285-295.

rapport avec l'infraction et la sentence »¹⁴²². C'est sur la base de ces rapports que le Comité des droits de l'homme a suggéré au Royaume-Uni en 2011 de réexaminer ses dispositions privant automatiquement les détenus de leur droit de vote. Outre le fait qu'il « ne voit pas la justification, à l'époque moderne, d'une telle pratique, qu'il considère comme une peine complémentaire », le Comité a souligné qu'elle ne contribuait pas à l'amendement et à la réinsertion sociale des détenus. Or, l'article 10 §3 PIDCP dispose que « le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social [...] »¹⁴²³. La législation britannique est par conséquent contraire aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 10, lu conjointement avec l'article 25 du Pacte. C'est à un constat similaire qu'est parvenu le Comité en 2006, à la lecture du rapport concernant les États-Unis¹⁴²⁴.

Le Comité s'inscrit donc dans le sillage de la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'endroit du Royaume-Uni. À la différence du Pacte de 1966, qui se réfère dans son intitulé même aux droits politiques, la Convention européenne des droits de l'homme n'a toutefois envisagé cette catégorie de droits qu'à compter de son premier Protocole additionnel.

b. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Si le droit aux élections libres était inscrit dans la première version de la Convention présentée à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe et examinée par la Commission des questions juridiques et administratives¹⁴²⁵, plusieurs États se sont opposés à l'insertion de cette clause au motif qu'il s'agissait de dispositions relatives à des questions de nature constitutionnelle et politique qui ne devaient pas figurer dans une Convention de sauvegarde

¹⁴²² *Ibid.*

¹⁴²³ CCPR/CO/73/UK, Observations finales du Comité des droits de l'homme : Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 6 déc. 2011, point 10.

¹⁴²⁴ CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, Observations finales du comité des droits de l'homme : États-Unis d'Amérique, 28 juill. 2006, point 35. La politique de déchéance des droits politiques résultant de plein droit de nombre de condamnations pénales ne favorise pas la réinsertion des délinquants. Cela est d'autant plus vrai que plusieurs États fédérés ne rétablissent pas dans leur droit de vote les citoyens qui ont exécuté toute leur peine. L'État partie devrait enfin déterminer dans quelle mesure de tels règlements n'influent pas de manière disproportionnée sur les droits des groupes minoritaires et fournir au comité des informations détaillées à ce sujet.

¹⁴²⁵ MARCUS-HELMONS (Silvio), « L'article 3 du Protocole additionnel », in Louis Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, éd. Economica, 1995, p. 1011-1020.

des droits de l'homme. Aussi la Convention signée à Rome le 4 novembre 1950 ne contient-elle aucune disposition en ce sens. L'article 3 qui a finalement été inclus dans le protocole additionnel n° 1 à la Convention adopté le 20 mars 1952 diffère de celui qui avait été proposé à l'origine par l'Assemblée consultative : il n'y est plus fait référence au principe de suffrage universel.

L'article 3 a pu être initialement considéré comme une disposition dont les seuls destinataires étaient les États parties au Protocole. En effet, à la différence de plusieurs articles de la Convention, l'article 3 du Protocole additionnel n'est pas rédigé suivant une formulation qui accorderait des droits à « toute personne ». Plus conforme au droit international, le libellé de l'article 3, qui semble indiquer un simple engagement des « Hautes Parties Contractantes [...] à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif », suggère que le droit à des élections libres n'engendre aucun droit subjectif. Dans un premier temps, la Commission n'a d'ailleurs vu dans cet article qu'un droit « institutionnel » à l'organisation d'élections libres¹⁴²⁶. À l'occasion d'une requête introduite par des détenus de la République Fédérale d'Allemagne que leur détention empêchait de participer aux élections de 1967, la Commission a toutefois infléchi sa jurisprudence en arrimant le suffrage universel à l'article 3¹⁴²⁷. Il faudra cependant attendre le 30 mai 1975¹⁴²⁸ pour que celle-ci reconnaisse que le libellé de l'article 3 énonce un *droit à caractère individuel*, « ce caractère étant la base de toute la Convention ». Amenée à statuer pour la première fois sur la base de l'article 3 dans la décision *Mathieu-Mohin et Clerfayt*¹⁴²⁹, la Cour européenne des droits de l'homme a repris à son compte l'examen de la Commission. « Eu égard aux travaux préparatoires de l'article 3 du Protocole n° 1 [...], la Cour a établi que cet article implique également des *droits subjectifs*, dont le droit de vote et celui de se porter

¹⁴²⁶ Comm. EDH, 18 sept. 1961, *X c. Belgique*, req. n° 1028/61, *Annuaire de la Convention*, vol. 4, p. 339. La Commission a estimé que l'art. 3 ne fait pas naître dans le chef des particuliers de droits à prendre part à des élections : cf. Comm. EDH, 6 oct. 1967, *X c. République fédérale d'Allemagne*, req. n° 2728/66. Pendant une quinzaine d'années donc, la Commission a rarement manqué de souligner que « les obligations souscrites par les États Contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des États Contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers » (Comm. EDH, 11 janv. 1961, *Autriche c. Italie*, req. n° 788/60).

¹⁴²⁷ Comm. EDH, 6 oct. 1967, *X c. Allemagne*, req. n° 2728/66, *Annuaire de la Convention*, vol. 10, p. 339.

¹⁴²⁸ Comm. EDH, 30 mai 1975, *W., X., Y. et Z. c. Belgique*, req. n° 6745, *DR* 2, p. 110.

¹⁴²⁹ CEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, req. n° 9267/81.

candidat à des élections »¹⁴³⁰. D'une interprétation de la clause politique en des termes institutionnels, la Commission puis la Cour en donnent désormais une lecture extensive en faveur d'une interprétation subjective.

2. L'affirmation de l'importance du droit de vote parmi les droits fondamentaux

Comme nombre de droits contenus dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les droits concernés ne sont pas absolus (a). Par une jurisprudence abondante relative au contentieux du droit de vote des prisonniers, la Cour est venue cependant à partir des années 2000 intensifier son contrôle juridictionnel en limitant *de facto* la marge d'appréciation des États (b).

a. La reconnaissance initiale d'une ample marge d'appréciation des États

Le droit de la Convention opère une distinction entre plusieurs types de droits : d'une part, les droits intangibles, auxquels les États ne peuvent porter atteinte ; d'autre part, les droits conditionnels en période de circonstances exceptionnelles (lorsque la guerre ou un danger public menace la vie de la nation) ; enfin, les droits conditionnels, qui peuvent faire l'objet de restrictions en période normale dans des conditions cumulatives strictement déterminées aux articles 8 à 11¹⁴³¹. En matière de droits politiques, dans le cadre des condamnations pénales, la jurisprudence de la Commission faisait prévaloir la large marge d'appréciation des États¹⁴³². Avant même de reconnaître sans ambiguïté que l'article 3 consacre également des droits individuels, la Commission justifiait certaines interdictions de prendre part aux élections¹⁴³³ : il était nécessaire que les exclusions ne portassent pas atteinte à la libre expression de l'opinion du peuple ou qu'elles ne fussent pas arbitraires. Au moment d'opérer son revirement, celle-ci a affirmé qu'il s'agissait là de conditions cumulatives.

¹⁴³⁰ *Ibid.* La Cour ajoute que la « coloration interétatique » du libellé de la clause politique ne reflète aucunement une différence de fond avec les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Celle-ci semble davantage s'expliquer par la « volonté de donner plus de solennité à l'engagement assumé » ainsi que par la « circonstance que dans le domaine considéré se trouve au premier plan non une obligation d'abstention ou de non-ingérence, comme pour la majorité des droits civils et politiques, mais celle, à la charge de l'État, d'adopter des mesures positives pour « organiser » des élections démocratiques » (point 50).

¹⁴³¹ Droit au respect de la vie privée et familiale, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression, liberté de réunion et d'association.

¹⁴³² NATALE (Virginie), « Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen », *op. cit.*, p. 960.

¹⁴³³ LECUYER (Yannick), *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, p. 132-133.

Celles-ci ne font pas obstacle toutefois à ce que le législateur, usant de sa marge d'appréciation, limite le droit de vote des condamnés.

La Commission a d'ailleurs affirmé l'existence d'un principe généralement reconnu selon lequel certaines restrictions concernant le droit de vote peuvent être imposées aux condamnés à certaines peines de prison¹⁴³⁴. Elle a ainsi jugé que la privation du droit de participer aux élections pour une période déterminée encourue par un antimilitariste et objecteur de conscience condamné à 18 mois de prison n'est pas arbitraire et ne s'oppose pas à la libre expression du peuple. Ces limitations « s'expliquent par l'idée que certaines condamnations marquent d'infamie pour un temps déterminé qui peut être pris en considération par la législation quant à l'exercice des droits politiques »¹⁴³⁵. La Commission a longtemps retenu également qu'indépendamment même de la peine de détention ou de la réclusion, la privation d'une personne du droit de vote actif et passif du fait de ses agissements passés n'enfreint pas l'article 3 du Protocole n° 1. C'est ce qu'elle a notamment affirmé à la faveur d'une série de décisions consécutives à la Seconde guerre mondiale. La privation du droit de vote à la suite d'une condamnation pour incivisme n'est pas entachée d'arbitraire en ce qu'elle entraverait la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif¹⁴³⁶. La *ratio legis* des lois privant les condamnés pour incivisme de certains droits politiques est d'empêcher certaines catégories de personnes qui ont gravement abusé, au cours d'une guerre, de leur droit de participer à la vie publique de leur pays, de faire à l'avenir mauvais usage de leurs droits politiques. Dans la mesure où cette *ratio legis* qui consiste à éviter des « atteintes à la sûreté de l'État ou aux fondements d'une société démocratique » satisfait aux critères énoncés par la Cour, le traitement imposé au requérant est justifié. Dans la décision *Van Wambeke* rendue en 1991 sur la requête d'un ancien membre de la Waffen-SS condamné pour trahison après la guerre, la Commission a même accepté le principe d'une déchéance à perpétuité¹⁴³⁷.

Cette position semblait acquise dans la jurisprudence des organes de Strasbourg. La Cour semblait se ranger à l'avis de la Commission : celle-ci a en effet retenu que la radiation des

¹⁴³⁴ Comm. EDH, 4 juill 1983, *H. c. Pays-Bas*, DR, n° 33, p. 244.

¹⁴³⁵ *Ibid.* Dans d'autres décisions, la Commission a jugé que dans la mesure où la privation du droit de vote des personnes purgeant une peine d'emprisonnement n'est pas en elle-même contraire à l'article 3 du Premier Protocole (Comm. EDH, 5 oct. 1972, *X. c. Royaume-Uni*, DR, n° 43, p. 28), *a fortiori* la situation du condamné empêché non pas *de jure* mais *de facto* d'exercer son droit de suffrage en ce qu'aucune disposition n'est prise pour lui permettre d'exercer son droit pendant sa détention n'entrave pas l'expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif (Comm. EDH, 14 avril 1998, *Patrick Holland c. Irlande*, DR, n° 93-B, p. 15).

¹⁴³⁶ Comm. EDH, 19 déc 1974, *X. c. Pays-Bas*, req. n° 6573/74, DR, n° 1, p. 88.

¹⁴³⁷ Comm. EDH, 12 avril 1991, *Van Wambeke c. Belgique*, req. n° 16692/90.

listes électorales et la suspension temporaire du droit de vote consécutives à une mise en examen ou à une surveillance policière particulière sont légitimes¹⁴³⁸. Quant à la radiation d'un parlementaire des listes électorales à la suite d'une condamnation à trois ans de peine privative de liberté et à une peine accessoire d'interdiction de toute fonction publique pendant deux ans pour infraction fiscale, elle répond au « bon fonctionnement » et au « maintien du régime démocratique » et ne heurte pas l'ordre conventionnel¹⁴³⁹.

Au regard de cette jurisprudence, la position de la Cour dans l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* fait figure de « brusque revirement »¹⁴⁴⁰. Elle a pour effet de restreindre la marge d'appréciation des États, au point de remettre en cause le caractère subsidiaire du contrôle exercé¹⁴⁴¹. Controversé, cet arrêt¹⁴⁴² a fait l'objet de cinq opinions dissidentes – dont celles de son Président L. Wildhaber et de son Vice-président J.-P. Costa. Il été adopté à une courte majorité de sept voix contre cinq, contrairement à la plupart des arrêts adoptés sur ce fondement.

b. L'infléchissement soudain de l'auto-limitation de la Cour

Revirement dans le cadre du droit de la Convention, la décision *Hirst c. Royaume-Uni* s'inscrit en réalité dans la droite lignée d'une série d'arrêts rendus par des Cours suprêmes étrangères dans les années 2000¹⁴⁴³. La CEDH s'appuie ainsi sur la décision *Sauvé*¹⁴⁴⁴ de la Cour suprême du Canada ainsi que sur celles de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud¹⁴⁴⁵ *August v. Independent Electoral Commission* (1999)¹⁴⁴⁶ et *Minister of Home Affairs v.*

¹⁴³⁸ CEDH, 6 avril 2000, *Labita c. Italie*, req. n° 26772/95, Rec. 2000-IV, point 203.

¹⁴³⁹ CEDH, 28 janv. 2003, *M.D.U. c. Italie*, req. n° 58540/00.

¹⁴⁴⁰ LÉCUYER (Yannick), *op. cit.*, p. 130.

¹⁴⁴¹ NATALE (Virginie), « Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen », *op. cit.*, p. 962.

¹⁴⁴² CEDH, Gde. Ch., 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01. Sur cet arrêt, v. EASTON (Susan), « Electing the Electorate : The Problem of Prisoner Disenfranchisement », *The Modern Law Review*, vol. 69, n° 3, 2006, p. 443-452 ; POWERS (William Ashby), « *Hirst v. United Kingdom (No. 2)*: A First Look at Prisoner Disenfranchisement by the European Court of Human Rights », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 21, n° 2, 2006, p. 243-296 ; CHENEY (Deborah), « Prisoners as Citizens in a Democracy », *The Howard Journal*, vol. 47, n° 2, 2008, p. 134-145.

¹⁴⁴³ FATIN-ROUGE STEFANINI (Marthe), « Le droit de vote des détenus en droits canadien, sud-africain et conventionnel européen », *op. cit.*, p. 617-643.

¹⁴⁴⁴ *Sauvé c. Canada (Directeur général des Élections)* [2002] 3 R.C.S. 519.

¹⁴⁴⁵ Pour un aperçu des décisions de la Cour suprême d'Afrique du Sud, voir infra, section 2.

¹⁴⁴⁶ *August and Another v. Electoral Commission and Others*, CCT 8/99, 1999 (3) SA 1.

NICRO (2004)¹⁴⁴⁷. Les juges y soutiennent que le droit de vote n'est plus un simple privilège dont l'attribution serait décidée par les seuls Parlements nationaux. Il s'agit d'un droit fondamental situé à la base de toute société démocratique qui ne peut pas être refusé de façon générale et arbitraire. Ils affirment avec vigueur la nécessité d'un contrôle *approfondi* des dispositions privant les détenus de leurs droits politiques. Dans la décision *Sauvé*, qui a fait grand bruit, il était demandé explicitement à la Cour de faire preuve de retenue dans son contrôle : pour le gouvernement et l'avis de la minorité exprimé par le juge Gonthier, la justification avancée par le législateur dans ce domaine trouvait en effet sa source dans des « considérations philosophiques, politiques et sociales » dont la « preuve scientifique »¹⁴⁴⁸ ne pouvait être faite. La Cour devait par conséquent limiter son contrôle. Le droit en cause étant fondamental, la Cour a au contraire considéré que sa restriction devait faire l'objet d'un « examen approfondi »¹⁴⁴⁹: « l'argument portant que la nature philosophique ou symbolique des objectifs du gouvernement commande en soi la retenue est rejeté. Le législateur ne peut s'appuyer sur de nobles objectifs pour soustraire la législation à un examen fondé sur la Charte »¹⁴⁵⁰.

La position de la CEDH dans *Hirst* s'inscrit dans la continuité de *Sauvé*. À l'instar des juges canadiens, elle condamne la suppression générale et automatique du droit de vote. Son raisonnement se fonde sur une conception non plus restrictive mais extensive du droit de vote et sur l'exercice d'un contrôle désormais « normal »¹⁴⁵¹ de sa limitation. En l'espèce, le requérant, condamné à une peine d'emprisonnement perpétuelle pour homicide, avait été déchu du droit de vote pendant sa détention en vertu de l'article 3 de la loi de 1983 sur la Représentation du peuple (*Representation of the People Act 1983*), qui s'applique aux personnes condamnées purgeant une peine privative de liberté. Comme leurs homologues canadiens trois ans plus tôt, les juges de Strasbourg ont pour la première fois établi que « le droit de vote ne constitue pas un privilège »¹⁴⁵². Au XXI^e siècle, dans un État démocratique, « la présomption doit jouer en faveur de l'octroi de ce droit au plus grand nombre »¹⁴⁵³. Par

¹⁴⁴⁷ *Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders (NICRO) and others*, CCT 03/04, 2004 (3) SA 280.

¹⁴⁴⁸ *Sauvé c. Canada*, point 67.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, point 9.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, point 16.

¹⁴⁵¹ NATALE (Virginie), « Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen », *op. cit.*, p. 940.

¹⁴⁵² CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, *cit.*, point 59.

¹⁴⁵³ *Ibid.*

cette affirmation, les juges européens entérinent une retentissante évolution conceptuelle de la nature même du droit de suffrage : « d'une simple compétence reconnue aux membres d'une communauté considérés comme les plus aptes à juger du bien commun, il est progressivement devenu un véritable droit de l'homme pouvant être revendiqué par tous »¹⁴⁵⁴. Les droits consacrés par l'article 3 du Protocole n° 1 n'en sont pas pour autant absolus. Il y a place pour des limitations implicites et les États contractants doivent se voir accorder en principe une marge d'appréciation en la matière. L'ampleur de cette marge en ce domaine est en principe large. Les systèmes électoraux peuvent être organisés de nombreuses manières. Il existe sur le sujet une multitude de différences en Europe. Néanmoins, cette marge d'appréciation n'est pas illimitée : il revient à la Cour de s'assurer que « les limitations ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité »¹⁴⁵⁵. Abandonnant le critère de la Commission de « l'absence d'arbitraire » au profit de celui qu'elle a élaboré dans l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, la Cour vérifie que ces limitations poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés.

Eu égard à la variété des philosophies politiques et pénales qui peuvent être invoquées dans ce contexte, la Cour se garde de conclure que les objectifs mis en avant par le gouvernement britannique ne sauraient passer pour légitimes. Par ailleurs, contrairement à d'autres dispositions de la Convention, l'article 3 ne précise ni ne limite les buts qu'une restriction doit viser. Une grande variété de buts peut donc se trouver compatibles avec lui. La Cour ne trouve dans les circonstances de la cause aucune raison d'exclure ces buts au motif qu'ils seraient indéfendables ou incompatibles en soi avec le droit garanti par l'article 3 du Protocole n° 1. Les moyens employés à cet effet se révèlent être, toutefois, disproportionnés. S'il est vrai que certaines catégories de détenus échappent à cette interdiction, celle-ci concerne néanmoins une grande fraction des personnes incarcérées et toutes sortes de peines d'emprisonnement, allant d'un jour à la réclusion à perpétuité, et d'infractions, allant d'actes relativement mineurs aux actes les plus graves. Qu'aussi l'interdiction générale n'est pas liée à la nature ou à la gravité de l'infraction commise. « Pareille restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale

¹⁴⁵⁴ EUDES (Marina), « Vers l'abolition des dernières restrictions au droit de vote ? Étude des frontières du corps électoral », *RTDH*, n° 67, 2006, p. 594.

¹⁴⁵⁵ CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, *cit.*, point 62.

outrepasse [donc] une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle »¹⁴⁵⁶. Elle est dès lors contraire à l'article 3 du Protocole n° 1.

Bien qu'elle se soit en partie référée à l'espèce dans sa conclusion, la chambre a été critiquée pour avoir apprécié cette législation *in abstracto*, sans tenir compte des faits de la cause. En effet, même si le Royaume-Uni devait amender la loi et limiter son application aux personnes ayant commis les crimes les plus graves, le requérant, condamné pour homicide, resterait privé du droit de vote. L'extension du contrôle normal aux mesures restrictives de l'exercice des droits politiques traduit une évolution de l'attitude de la Cour. Initiée en 2004 par la chambre qui examine très ostensiblement les restrictions à l'aune de la clause des mesures nécessaires dans une société démocratique, elle est pleinement confirmée par la Grande Chambre dans l'arrêt *Hirst* en 2005. Au regard de l'intensité du contrôle exercé, d'aucuns ont pu se demander si la « large marge d'appréciation » relevait d'une clause de style ou si elle révélait la consécration d'une nouvelle vérité de marge d'appréciation, une « marge d'appréciation acceptable »¹⁴⁵⁷. Dans son opinion concordante, le juge Caflish souligne qu'il eût été plus utile pour la Cour de dire que les mesures d'exclusion doivent être « raisonnables » au lieu de se référer à une marge d'appréciation « étendue ». Ainsi que le note également le juge Costa, le problème est que la Cour « d'une part affirme théoriquement une large marge d'appréciation des États quant aux conditions d'exercice d'un droit subjectif (dégagé par voie prétorienne) » et que « d'autre part, [elle] conclut à la violation de ce droit, ce qui annihile pour l'État toute marge d'appréciation ». C'est aussi précisément sur l'argument de la marge d'appréciation que le Royaume-Uni a construit ses conclusions orales présentées le 2 novembre 2011 à l'occasion de l'arrêt de Grande Chambre *Scoppola c. Italie* : « elle [la marge d'appréciation] reconnaît la légitimité de solutions différentes et d'approches différentes entre les États sur une même question ». Rappelant « qu'il existe de profondes divergences de vues philosophiques entre des personnes raisonnables sur la question du droit de vote des prisonniers », il est ajouté que « le vote des prisonniers est peut-être le *meilleur exemple* que l'on puisse trouver d'un contexte dans lequel la Cour devrait faire application de la marge d'appréciation et ne pas chercher à imposer des solutions uniformes restrictives ».

On a pu observer pendant longtemps une certaine retenue des instances européennes dans le contrôle du respect, par les États, des droits de nature politique. Ces droits, comme le

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, point 82.

¹⁴⁵⁷ Obs. J.-F. FLAUSS, *AJDA*, 2006, p. 466. L'expression est utilisée au point 84 de l'arrêt CEDH *Hirst*, *cit.*

rappelle Virginie Natale¹⁴⁵⁸, ont pour la Cour une nature particulière, parce qu'ils affectent directement l'organisation constitutionnelle des États. La principale difficulté réside dans le fait que l'article 3 ne comporte aucun critère précis permettant de limiter la liberté des États. La Cour est donc confrontée au problème d'établir une frontière entre la marge d'appréciation garantie aux États et son contrôle de la proportionnalité des restrictions afin d'assurer une protection effective des droits concernés. La jurisprudence démontre une certaine évolution de la position de la Cour de Strasbourg sur le sujet. Dans l'arrêt *Mathieu-Mohin*, elle n'effectuait qu'un contrôle qualifié de marginal ou restreint¹⁴⁵⁹. Avec l'arrêt *Hirst*, « c'est toute la perspective historico-politique du droit de vote qui change : si au départ, le droit de vote était perçu par la Cour et la Commission comme une simple prérogative de souveraineté confiée, par l'État membre, aux seuls titulaires de la souveraineté qu'il juge dignes de l'exercer [...], l'arrêt *Hirst* ouvre une nouvelle ère, où le droit de vote sera aussi perçu comme un droit fondamental individuel doté d'une réelle effectivité »¹⁴⁶⁰.

En intensifiant son contrôle à son endroit, la CEDH signale donc l'importance du droit de vote au regard des autres droits et libertés fondamentales garantis par la Convention. Cette décision, adoptée à une très courte majorité, a ouvert toutefois un bras de fer entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Royaume-Uni qui, depuis lors, s'est refusé à exécuter l'arrêt et à modifier sa législation¹⁴⁶¹.

Le Royaume-Uni n'a donc pas saisi la main tendue par la CEDH dans l'arrêt de compromis *Scoppola c. Italie*¹⁴⁶² dans lequel cette dernière se livre à une interprétation restrictive de la jurisprudence *Hirst*. Par cette décision dans laquelle le Royaume-Uni a

¹⁴⁵⁸ NATALE (Virginie), « Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen », *op. cit.*, p. 939-972.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 950.

¹⁴⁶⁰ SAINT-LAURENT (Geneviève), *Le droit de vote limité par la condamnation pénale*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁴⁶¹ Le Royaume-Uni a, depuis l'arrêt *Hirst*, fait l'objet de multiples condamnations : cf. CEDH, 23 nov. 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08 ; CEDH, 12 août 2014, *Firth et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 47784/09 et neuf autres ; CEDH, 10 févr. 2015, *McHugh et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 51987/08 et 1014 autres requêtes ; CEDH, 30 juin 2016, *Millbank et autres c. Royaume-Uni*. Pour un aperçu de la « saga » du droit de vote des détenus entre le Royaume-Uni et la CEDH, voir BATES (Ed), « Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg », *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, p. 503-540.

¹⁴⁶² CEDH, gde ch., *Scoppola c. Italie* [n° 3], 22 mai 2012, req. n° 126/05. Voir HERVIEU (Nicolas), « Le droit de vote des détenus : histoire sans fin pour un contentieux décisif (CEDH, gde ch., *Scoppola* [n° 3] c. Italie, 22 mai 2012) », *RTDH*, vol. 94, 2013, p. 424-456 ; ROBERT (Anne-Gaëlle), « Le contrôle européen des restrictions au droit de vote des détenus condamnés : la Cour de Strasbourg se veut moins exigeante », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2012, chron. n° 18 ; PITEA (Cesare), « Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti : il dilemma tra giustizia "individuale" e giustizia "costituzionale" dinanzi alla Grande Camera della Corte europea », *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, n° 3, 2012, p. 663-668.

cherché à faire entendre sa voix en intervenant au soutien de l'Italie – ce qui s'est concrétisé par une tierce intervention écrite et des observations orales –, la Cour se rallie à la « stratégie du roseau »¹⁴⁶³ en pliant sous la tempête pour éviter de se rompre. Pour le Royaume-Uni, il s'agissait alors d'amener la Cour à revenir sur sa jurisprudence *Hirst* de sorte que chaque État puisse adopter le système juridique qui lui est propre selon sa politique sociale et choisir librement le pouvoir – législatif, exécutif ou judiciaire – jugé par lui compétent pour se prononcer sur le droit de vote des détenus. C'est ce qu'a fait la Cour dans un arrêt rendu à une large majorité de seize voix contre deux, qui s'explique par une évolution subreptice sous-tendue par une recherche de compromis. Dans la jurisprudence *Scoppola* (n°3), la Cour ne s'est certes pas départie de l'affirmation selon laquelle le vote constitue un droit et non un privilège. La Cour réaffirme par ailleurs les principes dégagés par la Grande Chambre dans l'arrêt *Hirst* : toute interdiction « générale, automatique et indifférenciée » du droit de vote imposée à tous les détenus condamnés indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction commise est incompatible avec l'article 3 du Protocole additionnel n° 1.

La Grande Chambre souscrit cependant à la thèse du gouvernement britannique selon laquelle la question de savoir si pareille mesure doit résulter d'une décision judiciaire prise au cas par cas ou de l'application générale d'une loi appartient aux États. Dans *Hirst contre Royaume-Uni*, la Cour n'avait pas explicitement formulé la nécessaire intervention d'un juge. Elle l'avait néanmoins évoquée à plusieurs reprises, en soulignant notamment la recommandation de la Commission de Venise selon laquelle la suppression des droits politiques doit être prononcée par un tribunal dans une décision spécifique. La première section de la Cour, elle, s'était prononcée plus ouvertement en faveur d'une telle intervention dans son arrêt *Frodl c. Autriche* du 8 avril 2010¹⁴⁶⁴. À rebours de cette « conception large des principes établis dans *Hirst* », la Grande Chambre¹⁴⁶⁵ juge dans *Scoppola* que « s'il est clair que l'intervention d'un juge est en principe de nature à assurer la proportionnalité d'une restriction au droit de vote d'un détenu, une telle restriction n'est pas forcément automatique, générale et indifférenciée par cela seul qu'elle n'a pas été ordonnée par un juge »¹⁴⁶⁶. La Cour

¹⁴⁶³ HERVIEU (Nicolas), « Le droit de vote des détenus : histoire sans fin pour un contentieux décisif », *op. cit.*, p. 437.

¹⁴⁶⁴ CEDH, 8 avril 2010, *Frodl c. Autriche*, req. n° n°20201/04.

¹⁴⁶⁵ L'affaire *Scoppola* avait donné lieu à un premier arrêt du 18 janv. 2011 dans lequel la Chambre avait condamné l'Italie au motif que la décision portant sur l'interdiction n'avait pas été prise par un juge. Contrairement au gouvernement britannique, lequel n'avait pu obtenir le renvoi de l'affaire *Greens* devant la Grande Chambre, le gouvernement italien a obtenu un tel renvoi.

¹⁴⁶⁶ CEDH, *Scoppola*, *cit.*, point 99.

a maintenu cette position dans les sept affaires dans lesquelles elle a condamné la Roumanie¹⁴⁶⁷, la Russie¹⁴⁶⁸, la Bulgarie¹⁴⁶⁹ la Géorgie¹⁴⁷⁰ et la Turquie¹⁴⁷¹ entre 2012 et 2018.

De cet exposé de la jurisprudence de la CEDH et de son évolution, on retiendra que le renforcement du contrôle du juge européen dans l'arrêt *Hirst* témoigne de l'importance particulière de ce droit. C'est pour des raisons politiques – le Royaume-Uni envisageant une abrogation du *Human Rights Act* de 1998 (HRA), voire une dénonciation de la Convention européenne des droits de l'homme – que la Cour a été amenée à réviser sa jurisprudence. Aussi la reconnaissance d'une plus ample marge d'appréciation des États à partir de l'arrêt *Scoppola* ne remet-elle pas totalement en cause la position de la Cour sur l'importance de la place du droit de vote parmi les droits fondamentaux. C'est dans cette tendance que s'inscrit le droit français précédemment décrit. Le droit français de la privation des droits civiques et politiques à la suite d'une condamnation pénale est soumis au contrôle du droit de la Convention, mais aussi à celui du droit de l'Union européenne depuis la reconnaissance, par une jurisprudence de 2015, de l'existence d'un « droit » de vote distinct et spécifique aux élections européennes, autonome vis-à-vis du principe de non-discrimination entre nationaux et non-nationaux et expression du suffrage universel dans une démocratie.

B. La protection des droits politiques par le droit de l'Union européenne

C'est à l'occasion d'une affaire mettant en cause un Français déchu de ses droits politiques à la suite d'une condamnation pénale que la Cour de justice de l'Union européenne a été conduite à affirmer pour la première fois la nature subjective et supranationale du droit de vote aux élections au Parlement européen¹⁴⁷². Jusque-là, le but de la citoyenneté de l'Union était principalement d'« élaborer les principes d'une *intégration* sociale européenne, c'est-à-dire de créer les conditions d'une reconnaissance mutuelle des sociétés nationales et de leurs membres ». Sa « forme essentielle n'[était] pas celle de droits publics subjectifs

¹⁴⁶⁷ CEDH, 1^{er} juill. 2008, *Calmanovici v. Romania*, req. n° 42250/02 ; CEDH, 13 nov. 2012, *Cucu v. Romania*, req. n° 22362/06.

¹⁴⁶⁸ CEDH, 4 juill. 2013, *Anchugov et Gladkov c. Russie*, req. n° 11157/04 et n° 15162/05 ; 4 juill. 2017, *Isakov et autres c. Russie*, req. n° 54446/07 et 23 autres.

¹⁴⁶⁹ CEDH, 21 juill. 2016, *Kulinski et Sabev c. Bulgarie*, req. n° 63849/09.

¹⁴⁷⁰ CEDH, 31 mai 2018, *Ramishvili c. Géorgie*, req. n° 48099/08.

¹⁴⁷¹ CEDH, 17 sept. 2013, *Söyler c. Turquie*, req. n° 29411/07 ; 21 oct. 2014, *Murat Vural c. Turquie*, req. n° 9540/07.

¹⁴⁷² Pour une analyse approfondie de cet arrêt, nous renvoyons à notre article « La citoyenneté politique dans l'Union européenne à l'épreuve de la sanction pénale de la privation des droits politiques », *RTD Eur*, n°3, juill.-sept. 2019, p. 603-627.

revêtus d'une autorité supranationale, mais plutôt celle de la reconnaissance d'un statut personnel doté d'une portée transnationale »¹⁴⁷³. Avec l'arrêt *Delvigne*, la citoyenneté de l'Union européenne devient un statut supranational et proprement politique impliquant un droit de *participer* à la vie démocratique de l'Union elle-même. Les droits de vote et d'éligibilité au Parlement européen, lesquels apparaissaient comme des droits relevant de la compétence exclusive des États (1), acquièrent avec cette décision une dimension européenne et politique (2). Les citoyens de l'Union peuvent désormais invoquer valablement le droit de l'Union et, ce faisant, la Charte des droits fondamentaux, dans le but de contester la conformité des déchéances des droits politiques prévues par leurs législations nationales.

1. Le suffrage aux élections du Parlement européen : un droit européen relevant de la compétence des États

La dimension politique de la citoyenneté de l'Union a longtemps été absente. Développés à partir du marché intérieur et des droits des travailleurs indépendants, les droits fondamentaux de cette « citoyenneté de marché »¹⁴⁷⁴ sont économiques et transnationaux. Le droit de circuler, de séjourner et de travailler dans d'autres États membres sans discrimination fondée sur la nationalité est au cœur de la citoyenneté de l'Union. Les droits politiques n'ont jamais été formellement liés à la citoyenneté de l'Union, malgré l'importance croissante du Parlement européen en tant qu'institution de l'Union élue au suffrage direct et la volonté d'utiliser la citoyenneté de l'Union comme un moyen de relier les individus. Les droits explicitement politiques introduits aux côtés de la citoyenneté de l'Union dans le Traité de Maastricht et mis en œuvre par la directive 93/109/CE du 6 décembre 1993¹⁴⁷⁵ et la directive

¹⁴⁷³ AZOULAI (Loïc), « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁷⁴ Sur la question de savoir dans quelle mesure la citoyenneté de l'UE va au-delà de la protection des personnes économiquement actives et autosuffisantes – sur la question de la « citoyenneté de marché », autrement dit –, voir : AZOULAI (Loïc), *ibid.*, spéc. p. 7-13 ; EVERSON (M.), « The Legacy of the Market Citizen », in Jo SHAW and Gillian MORE (eds), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995 ; SHUIBHNE (N. Níc), « The Resilience of EU Market Citizenship », *Common Market Law Review*, n° 47, 2010, p. 1597 ; WOLLENSCHLÄGER (Ferdinand), « A New Fundamental Freedom Beyond Market Integration », *European Law Journal*, n° 17, 2011 ; SHAW (Jo), « Citizenship : Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism », in Paul CRAIG and Grainne DE BÚRCA (eds), *The Evolution of EU Law*, 2d ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

¹⁴⁷⁵ Dir. 93/109/CE du Conseil du 6 déc. 1993, fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants, JOCE n° L 329 du 30 déc. 1993, p. 34-38.

94/80 CE du Conseil du 19 décembre 1994¹⁴⁷⁶ sont en fait des *droits transnationaux* et une manifestation spécifique du droit général à la non-discrimination plutôt que des droits politiques autonomes comme tel. Loïc Azoulai parle en ce sens de droit d' « intégration » nationale dans l'État de résidence plus que de droit de « participation » européenne à une instance supranationale¹⁴⁷⁷.

Dans l'affaire *Delvigne*¹⁴⁷⁸, la question ne portait pas sur l'inégalité de traitement en fonction de la nationalité en matière de droits politiques. En l'espèce, l'intéressé, un ressortissant français inculpé pour meurtre en 1988, avait été condamné de manière automatique et à titre perpétuel à la dégradation civique en France en application de l'ancien code pénal. En 1994, le nouveau code pénal a supprimé l'automatisme de cette privation des droits civiques qui, par ailleurs, ne peut désormais plus excéder dix ans. Toutefois, cette nouvelle règle ne s'applique pas aux condamnations définitives prononcées avant l'entrée en vigueur du nouveau code en raison de l'article 370 de la loi « d'adaptation » du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal¹⁴⁷⁹. Le requérant reste donc privé à

¹⁴⁷⁶ Dir. 94/80/CE du Conseil, du 19 décembre 1994, fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils n'ont pas la nationalité, JOCE n° L 368 du 31 déc. 1994, p. 38-43.

¹⁴⁷⁷ AZOULAI (Loïc), « La citoyenneté, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*, p. 3-4.

¹⁴⁷⁸ CJUE, gde ch., 6 oct. 2015, aff. C- 650/13, *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre Médoc et préfet de la Gironde*, ECLI:EU:C:2015:648. Parmi les nombreux commentaires de cette décision, on se référera principalement à ceux de Romain TINIERE et de Myriam BENLOLO-CARABOT in Fabrice PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2015 – Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 130-134 et 246-249. V. également BERLIN (Dominique), « Un problème de compétence escamoté ? », *JCP G*, 2015, p. 2232-2235 ; CARPANO (Éric), « Privation des droits civiques et citoyenneté européenne. À propos de la compatibilité de la privation du droit de vote prévu par l'ancien code pénal français avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union », *D.* 2015, p. 2414 ; ALLAMÉLOU (Angélique), « L'affaire Delvigne : la déchéance du droit de vote à l'épreuve des droits fondamentaux », *AJ Pénal*, 2016, p. 80 ; RIGAUX (Anne), « Droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes », *Europe*, n° 12, 2015, comm. 477 ; TINIERE (Romain), « Arrêt "Delvigne" : le droit de vote des (ex)-prisonniers devant la Cour de justice de l'Union européenne », *Journal de droit européen*, n° 225, 2016, p. 14-15. En langue étrangère, on se référera aux articles de TRUCCO (Lara), « Il caso Delvigne e il diritto di voto europeo », *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 1030-1033 ; COUTTS (Stephen), « Delvigne : A Multi-Level Political Citizenship », *European Law Review*, n° 42, 2017, p. 867-881 ; VAN EIJKEN (Hanneke) & VAN ROSSEM (Jan Willem), « Prisoner disenfranchisement and the right to vote in elections to the European Parliament : Universal suffrage key to unlocking political citizenship ? », *European Constitutional Law Review*, 2016, vol. 12, p. 114-132.

¹⁴⁷⁹ V. LORHO (Gérard), « La suppression de la peine accessoire d'incapacité électorale face au principe de réalité, ou les délices du droit transitoire », *RSC*, 1994, p. 788. D'aucuns ont pu parler, à propos de cette disposition mais aussi de l'application rigide et inflexible qu'en font les juridictions internes, de « mort électorale » (ROBERT Jacques-Henri, « Mort électorale », *Dr. pén.*, n° 7, 2007, comm. 103). Dans ses *Rapports* annuels de 2008 et 2010, la Cour de cassation avait souligné « l'inégalité de traitement » qui résultait de l'article 370 dont elle suggérait dès lors l'abrogation. Dans son *Rapport* de 2012, cette dernière était allée jusqu'à avancer qu'à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel ayant abrogé en juin 2010 l'article L. 7 du Code électoral en ce qu'il portait atteinte au principe constitutionnel d'individualisation des peines, la conformité des dispositions de l'art. 370 à l'art. 8 DDHC pouvait être discutée. On peut dès lors s'étonner de ce que la même Cour ait refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel les cinq QPC relatives audit article dont elle a eu à

vie de l'ensemble de ses droits politiques, à moins qu'il ne soit relevé de cette peine – ce qui lui a été refusé à plusieurs reprises. Ainsi que l'a mis en évidence l'avocat général, la question de droits fondamentaux soulevée était de savoir « non pas si, dans les mêmes circonstances que les siennes, les ressortissants d'autres États membres peuvent participer aux élections au Parlement, que ce soit en France ou dans d'autres États membres, mais si, en tant qu'elle est appliquée aux citoyens de l'Union, la réglementation nationale appliquée est conforme à un droit fondamental reconnu par la Charte à tous les citoyens de l'Union, même s'ils devaient l'exercer dans l'État membre dont ils sont ressortissants »¹⁴⁸⁰. Il s'agissait autrement dit de savoir si le droit de vote aux élections au Parlement européen garanti implicitement par l'article 39 §2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union aux termes duquel « les membres du Parlement européen sont élus au suffrage universel direct, libre et secret » pouvait être opposé en France par un ressortissant français à une législation pénale française imposant une perte définitive ou automatique du droit de vote aux élections au Parlement européen.

Il fallait, pour cela, que la Charte des droits fondamentaux soit applicable, c'est-à-dire que les dispositions nationales litigieuses « mettent en œuvre » le droit de l'Union au sens de l'article 51 §1 de la Charte. On connaît la ligne jurisprudentielle de la Cour fixée depuis l'arrêt *Akerberg Fransson* du 7 mai 2013. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que la Charte était applicable dès lors que l'on se trouvait dans le champ d'application du droit de l'Union, mais qu'en dehors d'une telle situation, les dispositions de la Charte ne sauraient fonder à elles seules la compétence de la Cour¹⁴⁸¹. En l'espèce, considérer que la législation en cause constitue une mise en œuvre du droit de l'Union pouvait sembler *a priori* une affirmation audacieuse. Les faits révélaient en effet une situation purement interne sans aucun élément d'extranéité. La Cour aurait pu se heurter par ailleurs à l'absence de législation dérivée prévoyant les titulaires et les modalités d'exercice du droit de vote. En effet, si le droit de participation trouve son fondement dans l'ordre juridique communautaire, sa mise en œuvre

connaître : cf. Cass. 2^{ème} civ., 5 sept. 2013, *Thierry Delvigne*, n°13-40043 QPC (non lieu à renvoi) ; Cass., 2^{ème} civ., 16 mai 2013, *Thierry Delvigne*, n° 13-40007 QPC (irrecevabilité) ; Cass., crim., 14 nov. 2012, n° 12-85.319 QPC (non lieu à renvoi) ; Cass., 2^{ème} civ., 7 juin 2012, n° 12-60235 QPC incidente (irrecevabilité) ; Cass., crim., 23 mai 2012, n° 12-90014 QPC (non lieu à renvoi). Ces décisions de rejet ont fait l'objet de critiques de la doctrine. Selon Jacques-Henri Robert et Martine Herzog, il n'est pas sûr que l'article passe le test du Conseil constitutionnel et de la CEDH.

¹⁴⁸⁰ Concl. de l'avocat général M. Cruz VILLALÓN présentées le 4 juin 2015 dans l'affaire C-650/13, *Delvigne*, *préc.*, point 110.

¹⁴⁸¹ Principe rappelé aux points 26 et 27 de l'arrêt *Delvigne*.

résulte du droit interne. Le droit de l'Union laisse aux États membres le soin de fixer les conditions de participation aux élections européennes. Les articles 1 §3 et 8 de l'Acte de 1976 ne définissent pas expressément ou précisément les titulaires du droit de vote aux élections au Parlement européen¹⁴⁸². De même, « la procédure électorale est régie, dans chaque État membre, par les dispositions nationales »¹⁴⁸³. La décision 76/787/CECA, CEE, Euratom du 20 septembre 1976, relative à l'Acte portant élection des représentants à l'Assemblée au suffrage universel direct n'a pas introduit de procédure électorale uniforme dans tous les États membres.

Il appartient donc encore en 2015 à chaque État membre de décider souverainement de la composition du corps électoral pour les élections politiques, tant nationales qu'européennes. C'est ce qu'ont excipé les gouvernements français, mais aussi britanniques et espagnols dans l'affaire T. Delvigne : les États européens ont demandé le rejet de la question préjudicielle pour irrecevabilité au titre d'un prétendu bloc de compétence national en matière de droits politiques. Cette affirmation est à nuancer : on sait depuis des arrêts de 2006 que cette

¹⁴⁸² C'est ce qu'a affirmé la Cour de Justice dans deux célèbres arrêts rendus le même jour : CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, *Rec.* p. I-07917 et CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, *M. G. Eman et O. B. Sevinger c. College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, aff. C-300/04, *Rec.* p. I-0805. La Cour a explicitement jugé que le champ d'application *ratione personae* du droit de vote pour les élections au Parlement européen n'était pas déterminé par le droit de l'Union européenne. D'une part, aucun principe général de droit communautaire ne prévoit que, pour les élections au Parlement européen, l'électorat doit être limité aux citoyens de l'Union européenne. D'autre part, rien n'impose que tous les citoyens de l'Union européenne en jouissent nécessairement.

¹⁴⁸³ Si la décision 76/787/CECA, CEE, Euratom du 20 sept. 1976 prévoyait que l'élection au suffrage universel direct des membres de l'Assemblée se réaliserait conformément à une procédure électorale uniforme dans tous les États membres, l'Acte n'a pas introduit de procédure électorale de ce type. La décision s'est contentée d'énoncer certaines règles. Cette décision a été complétée et modifiée depuis : le Parlement européen a adopté le 15 juillet 1998 un projet de procédure électorale comprenant des principes communs pour l'élection des députés au Parlement européen, lequel projet a été suivi d'une décision du Conseil du 25 juin et du 23 septembre 2002 portant modification de l'acte original de 1976. Cette décision a introduit un certain degré d'uniformité dans des domaines clés de la procédure électorale européenne. On retrouve, en outre, des dispositions concernant l'organisation et les compétences du Parlement européen à l'article 14 TUE et aux articles 223 et 234 TFUE tels que modifiés par le Traité d'Amsterdam du 1^{er} mai 1999. L'art. 223 §1 TFUE (ex-art. 190 TCE), qui se substitue à l'ancien art. 138 §3 TCE, rappelle l'objectif qu'énonçait déjà ce dernier, à savoir celui d'établir une procédure électorale uniforme dans tous les États membres. Le besoin d'uniformité pouvant toutefois constituer un obstacle s'opposant à une procédure électorale européenne, le Traité d'Amsterdam a introduit une nouvelle possibilité, celle de prévoir des élections au suffrage universel direct, « conformément à des principes communs à tous les États membres ». Le projet d'acte relatif à une procédure électorale uniforme pour l'élection des députés européens de 1992, ainsi que les résolutions adoptées par le Parlement européen le 10 mars 1982 (rapport Seitlinger) et en mars 1993 (rapports Karel De Gucht) relatives à l'instauration d'une procédure électorale uniforme ont cependant tous trois été repoussés. En se fondant sur l'article 223, paragraphe 1 TFUE, le Parlement européen a de nouveau adopté, lors de la séance plénière du 11 novembre 2015, un ensemble de propositions visant à définir une procédure électorale uniforme dans tous les États de l'Union pour l'élection des députés européens. Pour l'heure, bien que certaines dispositions aient été adoptées au cours du temps, la procédure électorale pour les élections au Parlement européen demeure donc largement régie par les législations nationales.

compétence des États en matière électorale n'est pas illimitée mais qu'elle doit être exercée, même en l'absence d'élément transfrontalier, « dans le respect du droit communautaire ». Le fait qu'une matière ressortit à la compétence des États membres n'empêche pas que, dans des situations relevant du droit de l'Union, les règles nationales concernées doivent respecter ce dernier¹⁴⁸⁴. Dans l'affaire *Eman et Sevinger*¹⁴⁸⁵, la Cour a ainsi rappelé que le principe d'égalité de traitement faisait obstacle à ce que les critères choisis par les États membres conduisent à traiter différemment des citoyens placés dans des situations identiques¹⁴⁸⁶. La compétence des États en matière de droit de vote aux élections du Parlement européen n'est donc pas absolue. Ce principe d'égalité de traitement, on l'a vu, était cependant inapplicable dans l'affaire *Delvigne*. Au vu de ces éléments, il semblait donc à première vue improbable qu'un citoyen de l'Union puisse invoquer un droit subjectif individuel de vote aux élections européennes des citoyens de l'Union à l'encontre de son propre État¹⁴⁸⁷.

2. Le suffrage aux élections du Parlement européen : un droit subjectif *supra-national* limitant la compétence des États

C'est pourtant ce qu'a reconnu la Cour de justice de l'Union dans l'arrêt *Delvigne* dans lequel elle a affirmé que les législations des États membres qui restreignent de façon

¹⁴⁸⁴ CJCE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, *Rec.* p. I-01449, point 41. V. en ce sens CJCE, 24 nov. 1998, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, *Rec.* p. I-7637, point 17 (s'agissant d'une réglementation nationale en matière pénale et de procédure pénale) et CJCE, 12 juill. 2005, *Schempp*, aff. C-403/03, *Rec.* p. I-6421, point 19 (s'agissant de règles nationales relatives à la fiscalité directe).

¹⁴⁸⁵ CJCE, *Eman et Sevinger*, *préc.*,

¹⁴⁸⁶ En l'espèce, les appelants au principal ainsi que la Commission faisaient valoir que la loi électorale néerlandaise, qui octroyait le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen à tout Néerlandais résidant dans un pays tiers mais le refusait aux Néerlandais résidant aux Antilles néerlandaises ou à Aruba, violait les principes généraux du droit communautaire. La Cour a souscrit à cet argument en affirmant que « si rien ne s'oppose à ce que les États membres définissent [...] les conditions du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen par référence au critère de la résidence sur le territoire dans lequel sont organisées les élections », le principe d'égalité de traitement fait toutefois obstacle à ce que les critères choisis conduisent à traiter différemment des citoyens placés dans des situations identiques (*Eman et Sevinger*, point 61).

¹⁴⁸⁷ On mentionnera qu'avant le jugement de Grande chambre de 2015 dans l'affaire *Delvigne*, d'aucuns avaient déjà décelé dans l'arrêt *Eman* de 2016 la reconnaissance implicite mais nécessaire de l'existence d'un droit subjectif de vote. C'est ce qu'ont affirmé notamment les requérants dans les affaires écossaises et anglaises *McGeoch et Chester* jugées conjointement par la Cour suprême du Royaume-Uni le 16 octobre 2013 : v. United Kingdom Supreme Court, *R (Chester) v. Secretary of State for Justice ; McGeoch v. The Lord President of the Council and another* [2013] UKSC 63. Pour une analyse détaillée de l'argumentation des requérants et de la Cour suprême, on se référera en particulier à l'article de A. LANSBERGEN, « Prisoner Disenfranchisement in the United Kingdom and the Scope of EU Law : United Kingdom Supreme Court », *European Constitutional Law Review*, n° 10, p. 126-142. Pour un commentaire plus général en français, v. P. DUCOULOMBIER, « Le droit de vote des prisonniers : la perspective britannique », *RDLF*, 2014, Chron. 12. Que l'on nous permette également de renvoyer à AYNES (Camille), « La citoyenneté politique dans l'Union européenne à l'épreuve de la sanction pénale de la privation des droits politiques », *op. cit.*

disproportionnée l'exercice du droit de suffrage aux élections européennes portent atteinte au principe du suffrage universel et au droit de vote que les citoyens de l'Union tiennent de cette dernière. Dans l'arrêt considéré, l'avocat général s'est proposé d'explicitier le lien rattachant les dispositions des législations nationales relatives au droit de vote aux élections au Parlement européen avec le droit de l'Union en se fondant sur deux éléments, à savoir : la compétence qu'assume le droit primaire en la matière, dont atteste l'article 223 §1 TFUE, d'une part¹⁴⁸⁸ ; l'intérêt croissant de l'Union pour la procédure de désignation des membres du Parlement manifeste à partir de l'élection au suffrage universel direct des députés européens par les ressortissants des États membres, d'autre part¹⁴⁸⁹. Selon l'avocat général, cet article 223, qui signifierait que le législateur de l'Union a deux choix possibles pour réglementer l'élection de ses députés (en établissant une procédure uniforme ou en posant des principes communs), témoignerait de la qualité de « colégislateur » de l'Union en la matière. Le fait que cette disposition du TFUE ne se soit pas encore concrétisée n'infirmerait pas cette conclusion. Elle permettrait au contraire de comprendre la raison pour laquelle « le renvoi presque total aux procédures électorales nationales [...] est aujourd'hui encore nécessaire ». Ce renvoi ne serait plus comme par le passé la conséquence de l'existence d'une compétence inconditionnelle des États en la matière. Il serait à interpréter comme « le fruit de la nécessité de suppléer au vide qui apparaîtrait sinon, faute de s'être acquitté du mandat figurant à l'article 223, paragraphe 1, TFUE »¹⁴⁹⁰.

À rebours de l'argumentation de l'avocat général, la Cour, plus directe, s'est fondée non pas sur une compétence de l'Union en la matière mais sur l'obligation qui, en vertu de l'article 1 §3 de l'Acte de 1976 lu en combinaison avec l'article 14 §3 TUE, pèse sur les États membres d'assurer que l'élection des membres du Parlement européen se déroule au suffrage universel : « un État membre qui, dans le cadre de la mise en œuvre de l'obligation [susmentionnée], prévoit, dans la législation nationale, une exclusion du nombre des bénéficiaires du droit de vote aux élections au Parlement européen des citoyens de l'Union qui [...] ont fait l'objet d'une condamnation pénale [...] doit être considéré comme mettant en œuvre le droit de l'Union »¹⁴⁹¹. Comme l'indique le Parlement dans ses observations, « le suffrage universel, qui est la notion centrale pour définir la substance de ce droit, implique un

¹⁴⁸⁸ CJUE, *Delvigne, préc.*, point 92.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*, points 97 et s.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, point 102.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, point 33.

droit *ratione personae* en principe général supposant une protection non seulement des citoyens de l'Union votant dans un État membre autre que leur État d'origine, mais aussi des nationaux de l'État membre de vote»¹⁴⁹². Le droit de vote aux élections au Parlement européen garanti par l'article 39 §2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union peut donc être opposé à une législation pénale nationale imposant une perte définitive ou automatique du droit de vote aux élections au Parlement européen.

La portée de cette affirmation est considérable. En effet, la législation française relative à la dégradation civique des personnes condamnées ne distingue pas selon le type d'élection. Dès lors, mis à part l'introduction de dispositions spécifiques aux élections européennes, c'est *de facto* l'ensemble du système français dans ce domaine qui relève du droit de l'Union. On connaît, de surcroît, l'autorité de la chose interprétée dans les arrêts de la Cour. Par conséquent, ce sont pratiquement toutes les législations nationales des États membres qui ne distinguent pas en fonction du type d'élections qui entrent dans ce champ d'application, ce qui permet aux personnes auxquelles de telles législations sont appliquées d'invoquer valablement le droit de l'Union et, par conséquent, la Charte des droits fondamentaux, dans le but de contester la conformité des dispositions nationales. Les prisonniers britanniques sont donc désormais en mesure de contester la loi britannique sur la base du droit de l'Union avec des outils plus avancés que ceux proposés par la Convention. Avec la reconnaissance d'un « droit » de vote supra-national, distinct et spécifique aux élections européennes, la Cour de justice de l'Union s'introduit autrement dit dans le bras de fer qui oppose la CEDH au Royaume-Uni, tiers-intervenant dans l'affaire *Delvigne*. Le caractère politiquement sensible de l'affaire explique vraisemblablement en partie la pusillanimité du contrôle de proportionnalité opéré dans cette espèce par l'avocat général et par la Cour, soucieux de ne pas s'attirer les foudres des États.

Aux termes de l'article 52 §1 de la Charte, des limitations aux droits fondamentaux qu'elle garantit ne peuvent être apportées que si celles-ci respectent le « contenu essentiel » des droits et qu'elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union. En vertu du §3 dudit article, lequel précise que « dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Conv.EDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère la Conv.EDH », il était

¹⁴⁹² *Ibid.*, point 43.

loisible pour l'avocat général de se référer, dans ce domaine, à la jurisprudence de Strasbourg. Au vu de la grande diversité pouvant être constatée entre les diverses législations nationales quant aux sens et à la portée des droits électoraux, le droit de l'Union ne pouvait se fonder, au surplus, que sur le minimum commun partagé par tous les États membres, autrement dit uniquement sur la jurisprudence de la CEDH. À la lumière de cette dernière, il n'était selon nous absolument pas certain, contrairement à ce qu'affirme Pedro Cruz Villalón, que la privation indéfinie des droits civiques subie par T. Delvigne ne présente pas les caractéristiques de généralité, d'automaticité et d'application indifférenciée censurées par la CEDH¹⁴⁹³. L'avocat général comme la Cour de Justice – laquelle, curieusement, ne s'est pas référée à la jurisprudence de la CEDH – ont cependant conclu que la privation automatique et globale du droit de vote et d'éligibilité du requérant aux élections européennes avait un caractère proportionnel et était dès lors conforme aux dispositions de l'article 39 §2 de la Charte. Comme la décision *Scoppola* de la CEDH, l'arrêt de grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne, rendu dans un contexte de relations tendues entre la CEDH et le Royaume-Uni, fait manifestement figure de solution de compromis. Cette conclusion ne remet pas en cause cependant l'apport non négligeable de la décision.

Cet apport a été confirmé par la Grande chambre de la CJUE réunie le 19 décembre 2019 dans l'affaire *Oriol Junqueras Vies*¹⁴⁹⁴ qui a consacré non plus seulement le droit de vote mais le droit d'éligibilité comme droit fondamental. Ainsi que l'affirme l'avocat général Maciej Szpunar dans ses conclusions¹⁴⁹⁵ : « le droit électoral a été élevé au niveau de droit fondamental à l'article 39, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...]. Si l'article 39, paragraphe 2, de la Charte protège le droit électoral *actif* des citoyens de l'Union (droit de vote), il doit nécessairement protéger également leur droit électoral *passif*, autrement dit le droit de se porter candidat et d'être élu. En effet, le droit de vote direct et libre n'aurait aucune valeur sans le droit pour les candidats de se présenter d'abord librement aux élections et, ensuite, une fois élus, d'exercer leur fonction, en bénéficiant, le cas échéant, de la protection conférée par l'immunité parlementaire »¹⁴⁹⁶. Dans cette affaire qui concernait le champ d'application personnel et temporel des immunités parlementaires prévues à l'article 9 du protocole sur les privilèges et immunités de

¹⁴⁹³ *Ibid.*, point 122.

¹⁴⁹⁴ CJUE, gde ch., 19 déc. 2019, *Oriol Junqueras Vies*, aff. C 502/19, ECLI:EU:C:2019:1115

¹⁴⁹⁵ Concl. de l'avocat général Maciej Szpunar dans l'affaire C 502/19, présentées le 12 nov. 2019, ECLI:EU:C:2019:958

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, point 106.

l'Union¹⁴⁹⁷, la Cour elle-même a reconnu que l'article 39 §2 de la Charte des droits fondamentaux garantit le droit d'éligibilité¹⁴⁹⁸.

La Cour précise que le droit d'éligibilité implique le droit d'exercer une fonction publique élective : en effet, le droit d'éligibilité n'aurait aucune valeur sans la possibilité, une fois élu, d'exercer ses fonctions¹⁴⁹⁹. C'est d'ailleurs là une des principales justifications de l'immunité parlementaire. Les immunités prévues au bénéfice des membres du Parlement européen visent d'une part à assurer le bon fonctionnement et l'indépendance de cette institution dans l'accomplissement de sa mission¹⁵⁰⁰. Elles garantissent d'autre part l'effectivité du droit d'éligibilité : pour que ce droit ne soit pas une coquille vide, le parlementaire élu doit pouvoir exercer son mandat – à moins que le Parlement européen n'autorise les autorités nationales à lever l'immunité.

Ce droit d'éligibilité et d'exercer une fonction publique élective au sein du Parlement européen n'est pas toutefois absolu. Le membre du Parlement européen peut être déchu de son mandat en cas de condamnation à une peine d'inéligibilité dans un État membre¹⁵⁰¹. Tel

¹⁴⁹⁷ En l'espèce, le requérant au principal, M. Oriol Junqueras Vies, avait été élu membre du Parlement européen alors qu'il était placé en détention provisoire dans le cadre de la phase de jugement d'une procédure pénale. Il était reproché à celui qui était vice-président du gouvernement autonome de Catalogne au moment des faits d'avoir pris part à un processus de sécession en 2017 en raison de sa participation à l'organisation du référendum d'autodétermination qui s'est tenu le 1^{er} octobre 2017 dans la communauté autonome de Catalogne. Après avoir été officiellement proclamé élu au Parlement européen par l'autorité nationale compétente, M. Junqueras Vies s'est vu refuser l'autorisation extraordinaire de sortie de prison qui lui aurait permis d'accomplir une formalité conditionnant, en droit espagnol, l'acquisition de la qualité de membre du Parlement européen. La Commission électorale centrale a par conséquent déclaré son siège vacant. M. Junqueras Vies s'est dès lors prévalu des immunités prévues à l'article 9 du protocole sur les privilèges et immunités de l'Union.

¹⁴⁹⁸ CJUE, gde ch., 19 déc. 2019, *cit.*, point 86.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, point 86.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, point 84.

¹⁵⁰¹ Cette déchéance peut être prononcée par l'État d'origine du citoyen de l'Union mais aussi par l'État étranger (membre de l'Union) dans lequel il réside. C'est ce qu'indique l'art. 6 §1 de la directive 93/109/CE du 6 décembre 1993 qui dispose que « tout citoyen de l'Union qui réside dans un État membre sans en avoir la nationalité et qui, par l'effet d'une décision individuelle en matière civile ou pénale, *est déchu du droit d'éligibilité en vertu soit du droit de l'État membre de résidence, soit du droit de son État membre d'origine*, est exclu de l'exercice de ce droit dans l'État membre de résidence lors des élections au Parlement européen » (Directive 93/109/CE du Conseil, du 6 déc. 1993, fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants, *JOCE* n° L 329, 30 déc. 1993, p. 34-38). Qu'un État membre de l'Union puisse condamner un citoyen étranger ayant commis une infraction sur son territoire à la privation de son droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen, c'est d'ailleurs ce qu'a mis en évidence l'affaire *Teshome v. The Lord President of the Council* de 2014 portée devant la Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles. L'espèce concernait un ressortissant néerlandais qui avait commis un meurtre au Royaume-Uni et avait été condamné en 2000 par les tribunaux britanniques à une peine d'emprisonnement. En vertu de la législation britannique, le détenu néerlandais s'est vu privé *ipso jure* de ses droits politiques pendant la durée de la détention. Pour ce dernier, la perte des droits politiques aux élections municipales et européennes dont il faisait l'objet portait atteinte aux droits dont il jouissait en tant que citoyen de l'Union. La Haute Cour, en l'espèce, a

était l'enjeu de la « saga » Le Pen, qui a débuté alors qu'il était conseiller régional de la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur. M. Le Pen a fait l'objet d'une condamnation pénale pour « violences sur personne dépositaire de l'autorité publique à l'occasion de ses fonctions ». Un arrêt du 17 novembre 1998 de la Cour d'appel de Versailles l'a condamné notamment à une inéligibilité d'un an en application de l'article 131-26 du code pénal. La Cour de cassation ayant rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt¹⁵⁰², cette inéligibilité devait entraîner la démission d'office de l'intéressé de ses mandats non seulement de conseiller régional¹⁵⁰³ (sur le fondement de l'art. L. 341 c. élect.) mais aussi de député européen (sur le fondement de la loi du 7 juillet 1977).

M. Le Pen a attaqué le décret signé par le Premier ministre qui avait constaté que son inéligibilité mettait fin à son mandat de représentant au Parlement européen. Ce litige a donné lieu à de multiples décisions et ordonnances du Conseil d'État, du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPI) et de la Cour de justice des Communautés européennes. Aux termes de l'article 12 §2 de l'Acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct : « lorsque la vacance d'un siège de représentant résulte de l'application des dispositions nationales en vigueur dans un État membre, celui-ci en informe le Parlement européen qui en prend acte. Dans tous les autres cas, le Parlement européen constate la vacance et en informe l'État membre ». Le Conseil d'État a jugé le 6 octobre 2000¹⁵⁰⁴ qu'il n'existait pas d'incompatibilité entre les dispositions de la loi française du 7 juillet 1977, qui dispose que « l'inéligibilité met fin au mandat de représentant du Parlement européen » et les dispositions communautaires applicables lorsque le Parlement européen est appelé à constater lui-même la vacance d'un siège. Il est entendu que dans ce dernier cas, le Parlement peut refuser, pour des raisons d'inexactitude matérielle ou de vice du consentement, de constater cette vacance. Ces dernières dispositions ne s'appliquent pas cependant dans le cas d'espèce. Ici en effet, le Parlement européen *ne*

jugé qu'il n'existait aucune discrimination entre les citoyens de l'Union résidant au Royaume-Uni et les citoyens britanniques placés dans la même situation.

¹⁵⁰² Cass., crim., 23 nov. 1999, *Bull. crim.*, 1999, n° 270.

¹⁵⁰³ M. Le Pen a tout d'abord attaqué sans succès la légalité du décret du préfet le privant de son mandat de conseiller régional en se fondant sur la prétendue contrariété entre l'art. L. 341 c. élect. et l'art. 131-27 issu du nouveau Code pénal. V. CE, 29 mars 2000, *Le Pen*, n° 218001, *Lebon tables*, p. 1010 ; *JCP G*, 2000, IV, 2378, obs. M.-C. Rouault ; *RDP*, 2000, p. 933, concl. L. Touvet. L'art. 131-27 c. pén. prévoit que l'interdiction d'exercer une fonction publique prononcée à titre de peine complémentaire n'est pas applicable à l'exercice d'un mandat électif. Cette disposition aurait abrogé selon le requérant l'article L. 341 du Code électoral issu de la loi du 8 février 1995. Il n'en est rien affirme le Conseil d'État le 29 mars 2000 : « ces dispositions n'ont eu ni pour objet ni pour effet d'abroger les dispositions précitées de l'article L. 341 du Code électoral ».

¹⁵⁰⁴ CE, 6 oct. 2000, *Le Pen*, n° 221716, *Lebon*, p. 403 ; *RFDA*, 2000, p. 1318.

constate pas la vacance, il en *prend simplement acte* à partir d'une information que lui fournissent les autorités françaises. Aussi le Conseil d'État a-t-il rejeté le recours en annulation dirigé par le parlementaire européen.

M. Le Pen a porté l'affaire devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes. Il faut savoir que lorsque le gouvernement français a notifié le décret relatif à la déchéance de M. Le Pen, la présidente du Parlement a pris acte en séance plénière de sa déchéance sans que le Parlement soit appelé à voter. Son attitude était justifiée par le fait que, dans ce cas, la compétence parlementaire était *totalelement liée*. Un vote n'aurait donc eu aucune signification. Telle n'a pas été l'opinion du président du Tribunal de première instance statuant en référé le 26 janvier 2001¹⁵⁰⁵, lequel n'a pas exclu que la déchéance doive être prononcée par le Parlement en séance plénière. Il a donc été sursis à la déchéance. Statuant au principal, le 10 avril 2003¹⁵⁰⁶, le Tribunal a déclaré cependant irrecevable le recours formé par J.-M. Le Pen. Cette décision a été confirmée par la Cour de justice le 7 juillet 2005¹⁵⁰⁷. La Cour a mis un point final au feuilleton juridictionnel déclenché par la déchéance du mandat de M. Le Pen, en confirmant que le vote par lequel le Parlement européen « prend acte » de la constatation effectuée par les autorités nationales compétentes ne fait pas grief et ne constitue donc pas un acte susceptible de recours en annulation.

Le droit d'éligibilité n'est donc pas absolu. Il n'en a pas moins été élevé par la Cour au rang de droit fondamental.

Au terme de cette section, on peut affirmer que la protection des droits politiques s'est renforcée ces dernières années au niveau international et surtout européen. Dans l'Europe de Strasbourg, dans laquelle la nature subjective du droit de vote avait été reconnue avant que la question du suffrage des détenus ne se pose, la privation des droits politiques à la suite d'une condamnation pénale a été pour la CEDH l'occasion d'affirmer comme en France l'importance particulière de cet attribut parmi les droits fondamentaux. Cette importance se traduit notamment par l'intensité du contrôle exercé par la Cour et par le recul, *de facto*, de la marge d'appréciation des États. Les tensions politiques ont conduit la CEDH, juridiction

¹⁵⁰⁵ TPI ord., 26 janv. 2001, *Le Pen c. Parlement*, aff. T-353/00 R, *Rec.*, p. II-125.

¹⁵⁰⁶ TPI, 10 avr. 2003, *Le Pen c. Parlement*, aff. T-353/00, *Rec.* p. II-1729.

¹⁵⁰⁷ CJCE, 7 juill. 2005, *Le Pen c. Parlement*, aff. C-208/03 P, *Rec.* p. I-6051.

internationale perpétuellement aux prises avec la difficulté contre-majoritaire¹⁵⁰⁸, à faire un pas en arrière et la CJUE à entrer en scène par la consécration d'un nouveau droit, un droit du citoyen non pas français mais européen, le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen. Le droit de l'Union européenne pénètre dans le droit français de la citoyenneté.

Les droits politiques, de droits dans les mains du souverain qu'ils étaient, sont maintenant des droits appartenant aux citoyens, par où l'on entend la négation de la logique concession/restriction mise en évidence dans le chapitre 5. En France plus encore que dans bon nombre de pays d'Europe, les droits politiques sont protégés comme des droits fondamentaux *de premier plan*, ce que manifestent les garanties pénales attachées à leur privation. Cette évolution résulte de la subjectivisation des droits politiques. On a établi à cet égard que si les décisions commentées du Conseil constitutionnel résultent explicitement du principe d'*individualisation* de la peine, elles se fondent implicitement sur la nature des droits politiques érigés au rang de droits fondamentaux. Il convient de préciser, ainsi que nous l'avons annoncé en conclusion de notre second chapitre, que ces deux processus de *subjectivisation* des droits et d'*individualisation* de la peine sont corrélés dans la matière qui nous occupe. Il est en effet probable que dans le nouveau code pénal de 1992, « code des droits de l'homme », le législateur ait déjà tenu compte lui-même de l'évolution en cours de la nature des droits politiques lorsqu'il a décidé d'appliquer le principe d'individualisation de la peine *sans exception* aux interdictions portant sur ces droits. Les articles du code pénal concernés ne pouvaient cependant s'appliquer aux déchéances résultant de motifs extra-pénaux. Les Sages ont donc complété le travail du législateur en appliquant à toutes les « interdictions subjectives » les principes pénaux en général, et celui d'individualisation de la peine en particulier : le droit pénal, par les garanties qui lui sont associées et qui sont désormais constitutionnalisées, se fait « bouclier » de la citoyenneté.

Le droit pénal se présente de ce point de vue non plus tant comme ce « terrible pouvoir »¹⁵⁰⁹ décrit par Montesquieu, mais comme un « paradigme garantiste », pour reprendre l'expression utilisée par Luigi Ferrajoli dans ses ouvrages sur le garantisme

¹⁵⁰⁸ BATES (Ed), « British sovereignty and the European Court of Human Rights », *Law Quarterly Review*, n° 128, 2012, p. 382-411.

¹⁵⁰⁹ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois* (1748), in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1951, liv. XI, chap. 6, p. 398. Sur le garantisme pénal chez Montesquieu, v. IPPOLITO (Dario), *Lo Spirito del Garantismo : Montesquieu e il potere di punire*, Roma, Donzelli, 2016.

pénal¹⁵¹⁰. Luigi Ferrajoli rappelle que le sens originaire du terme « garantie » désigne en droit civil une catégorie d'institutions remontant au droit romain et visant à assurer l'exécution des obligations et la protection des droits patrimoniaux correspondants. On distingue à cet égard deux types de garanties : les garanties réelles (exemple de l'hypothèque) et les garanties personnelles (exemple de la fiducie). L'extension du sens du terme « garanties » entendu comme technique normative de protection d'un droit subjectif¹⁵¹¹ et l'introduction du néologisme « garantisme » qui se réfère aux techniques de protection des droits fondamentaux sont en revanche relativement récentes. Il n'est pas anodin que « le terrain sur lequel se [soit] produit cet élargissement de la signification de « garanties » [soit] celui du droit pénal »¹⁵¹², le pouvoir de punir étant le pouvoir le plus attentatoire aux libertés. L'expression « garantisme », au sens strict du terme « garantisme pénal », a été élaborée dans la culture juridique italienne de gauche dans la seconde moitié des années 70 comme réponse théorique à la législation et à la juridiction de l'état d'urgence, qui depuis lors ont diversement réduit le système déjà faible de garanties du droit à un juste procès. Le paradigme garantiste, qui est un paradigme théorique et normatif¹⁵¹³, tente d'élaborer un droit pénal qui se présente comme un système de garanties des droits individuels, à même de minimiser la violence institutionnelle des appareils répressifs. Le garantisme pénal, pour ce qui est des droits politiques, est lié en France tant à la constitutionnalisation du principe d'individualisation de la peine qu'à l'évolution de la nature desdits droits.

Loin de limiter ses effets au seul contenu matériel de la citoyenneté, cette évolution de la nature et du régime des droits civiques et politiques emporte une modification des qualités que l'on est en droit d'attendre du citoyen et, plus généralement, de la nature de la citoyenneté telle que décrite dans la seconde partie de la thèse.

Section 2 – Vers un changement de modèle de la citoyenneté

Il résulte en effet de cette évolution un changement de paradigme de la citoyenneté. Lorsque l'on se place du point de vue de l'individu citoyen et de ses droits et non plus de

¹⁵¹⁰ FERRAJOLI (Luigi), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, pref. di N. Bobbio, Roma-Bari, Laterza, 1989. Les différents articles de l'auteur relatifs au garantisme pénal ont été rassemblés dans l'ouvrage *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica 2014.

¹⁵¹¹ FERRAJOLI (Luigi), *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, op. cit., p. 3.

¹⁵¹² *Ibid.*, p. 4.

¹⁵¹³ *Ibid.*, p. 11.

celui de sa communauté d'appartenance, des biens qu'elle entend protéger, la dimension morale de la citoyenneté pose un problème constitutionnel (§1). Ce changement de paradigme, dont il convient de préciser la portée selon les droits politiques considérés, révèle la tension inhérente aujourd'hui au concept même de citoyenneté (§2).

§1. Un changement de modèle

Les Sages de la rue de Montpensier ont établi que l'exercice du droit de vote, parce qu'il est un droit fondamental, ne peut plus être subordonné à une condition de moralité (A). Allant plus loin encore, le droit français a substitué au critère de la *dignitas du citoyen*, fondement d'*obligations*, le critère de la *dignité individuelle de la personne*, fondement de *droits*. Pour être plus exacts, le droit français a introduit le concept de dignité humaine pour élargir le suffrage aux « aliénés ». D'autres cours suprêmes étrangères cependant l'ont l'appliqué directement aux condamnés (B).

A. Droit constitutionnel français : le rejet de la moralité comme condition d'exercice de la citoyenneté

Le *Commentaire aux Cahiers* relatif à l'ancien article L. 7 du code électoral énonce que :

« Si le législateur est fondé à définir les *conditions de moralité* d'exercice de certaines professions ou de certaines fonctions publiques, telles celles de juge consulaire, de telles *conditions de moralité* pour l'inscription sur la liste électorale, c'est-à-dire l'exercice de la citoyenneté, auraient posé un problème constitutionnel [...]. Il y a un droit fondamental à voter, non à être juge consulaire »¹⁵¹⁴.

Nous avons vu dans le chapitre 4 que par la privation des droits civiques, le législateur et le juge sanctionnaient avant tout des infractions portant atteinte à des valeurs morales : c'est ce que nous avons appelé « la dimension morale du contrat social ». Par ce commentaire aux *Cahiers*, le Secrétaire général ne remet pas en cause cette conclusion, mais son corollaire : l'exigence de moralité du citoyen. Qu'est-ce à dire ? Nous avons relevé, en reprenant une distinction élaborée par Danièle Lochack¹⁵¹⁵, que le législateur liait la moralité pensée comme bien juridique protégé par l'exclusion de la citoyenneté (*moralité de l'objet*) à la moralité de

¹⁵¹⁴ *Commentaire aux Cahiers*, Cons. const., déc. n° 2011-114 QPC du 1^{er} avr. 2011, M. Didier P. (nous soulignons).

¹⁵¹⁵ LOCHACK (Danièle), « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », *op. cit.*, p. 23.

l'individu conçue comme condition d'appartenance à la communauté politique (*moralité du sujet*). Le législateur inférait en effet de la commission d'une infraction portant atteinte à des valeurs morales à l'absence de moralité du délinquant, et inversement : c'est en se fondant sur « l'atteinte morale qu'elles apportaient au caractère du condamné »¹⁵¹⁶ que le législateur, à partir de 1849, a identifié les infractions devant entraîner une incapacité électorale. C'est autrement dit parce qu'ils « attaquaient la moralité » de l'infracteur que les comportements contraires aux bonnes mœurs ou à la probité devaient être assortis d'une incapacité électorale. Et si l'individu dont la moralité était attaquée devait être de la sorte exclu du corps politique, c'est parce que la communauté politique devait elle-même être composée de citoyens dignes. L'exercice de la citoyenneté était donc subordonné à une condition de moralité. Il fallait « donner une *base morale* à l'exercice des droits électoraux »¹⁵¹⁷.

C'est sur ce même présupposé qu'a reposé jusqu'à la V^e République la qualification des mesures privatives de droits civiques de *mesures de sûreté*. Les mesures de sûreté, dans la matière qui nous intéresse, ont pour corollaire que la citoyenneté, lors même qu'elle serait devenue un droit, n'en demeure pas moins conditionnée par des qualités propres à l'individu. Cette corrélation entre la qualification de la perte des droits civiques comme mesure de sûreté et l'affirmation d'une « base morale » de la citoyenneté est particulièrement bien mise en évidence par les cours américaines qui en ont fait un principe quasi-constitutionnel. Dans la décision *Washington v. State* de 1884 précitée, la Cour suprême de l'Alabama a jugé que :

« Le but exprès [de la privation des droits civiques] est de préserver la pureté des urnes.

La présomption est que celui rendu infâme par une condamnation criminelle, ou autre, révélatrice d'une *grande turpitude morale*, est inapte à exercer son droit de suffrage ou à occuper une fonction publique »¹⁵¹⁸.

C'est pour préserver la pureté des urnes et la moralité du corps politique que le délinquant, dont le comportement révèle le défaut de moralité, doit être exclu de la sphère de la citoyenneté. Comme Hauriou l'affirmait au début du XX^e siècle, « les droits publics, quels qu'ils soient, ne doivent appartenir qu'à ceux qui ont *un minimum de moralité*, à plus forte raison le droit de suffrage qui est un pouvoir dans l'État »¹⁵¹⁹. La compétence politique

¹⁵¹⁶ « Discussion sur le projet de loi électorale », séance du 16 févr. 1849, in *Procès-verbaux de l'Assemblée nationale*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁵¹⁷ « Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi qui a pour objet de modifier la loi électorale du 15 mars 1849, par M. Léon Faucher, représentant du peuple », *op. cit.* Souligné par nous.

¹⁵¹⁸ *Washington*, 75 Ala., *préc.* Nous soulignons.

¹⁵¹⁹ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 570 (nous insistons).

comporterait selon cette vision une dimension intellectuelle et une dimension morale¹⁵²⁰. Comme les fous, les criminels seraient inaptes (« *unfit* », « *unsuited* ») à prendre part aux affaires du gouvernement. Là où les premiers sont disqualifiés *intellectuellement* pour voter, les criminels sont disqualifiés *moralement*. P. Emory Aldrich, membre du Comité ayant établi la Convention du Massachusetts en 1853, a explicitement établi ce parallèle : « nous privons une personne aliénée du droit de vote, non pas à titre de punition, mais parce qu'elle est inapte à prendre part aux affaires du gouvernement. Elle est disqualifiée intellectuellement. Et le Comité propose de priver le criminel du droit de vote au motif qu'il est disqualifié moralement, et non en tant que partie de la peine due à son crime »¹⁵²¹. Les Cours, aux États-Unis, n'ont eu de cesse de rappeler ce principe¹⁵²². La privation du droit de vote du criminel ne vise pas à le punir. Elle se justifie par le fait que le criminel, comme le fou ou encore l'étranger¹⁵²³, ne remplit pas les conditions nécessaires à l'exercice de la citoyenneté – dans son cas, les conditions morales. Cette privation est donc une mesure de sûreté.

L'argument de la dignité morale aux États-Unis constitue toujours le présupposé sur lequel se fonde l'incapacité électorale des délinquants. Certes, le droit américain prohibe désormais l'exigence de moralité comme condition d'aptitude à l'exercice de la citoyenneté. Le statut fédéral qui interdit de façon définitive l'usage du test de compétences linguistiques interdit également de refuser le droit de vote aux citoyens qui ne peuvent démontrer qu'ils sont de « bonne moralité »¹⁵²⁴. On continue toutefois de reprocher aux délinquants de ne pas avoir les qualités que l'on n'exige pas des électeurs. C'est sur ce présupposé persistant que se fonde la justification constante de la privation des droits civiques comme mesure régulatrice. *A contrario*, en interprétant toute mesure privative des droits politiques ne résultant pas de la perte des facultés mentales comme une punition et non plus comme une mesure de sûreté, le Conseil constitutionnel rompt avec cette exigence de moralité.

Quelle est la portée de cette affirmation ? Que l'on ne s'y méprenne pas : si le Conseil s'est érigé depuis 1971 en gardien des droits fondamentaux, il n'a jamais entendu, dans

¹⁵²⁰ TRIBE (Laurence), « The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and "The Purity of the Ballot Box" », *op. cit.*, p. 1307.

¹⁵²¹ DINAN (John), « The Adoption of Criminal Disenfranchisement Provisions in the United States ... », *op. cit.*, p. 288.

¹⁵²² *Shepherd v. Trevino*, 575 F.2d 1110 (5th Cir. 1978) : l'État peut exclure des délinquants du corps électoral après qu'ils ont purgé leur peine car « like insane persons, [they] have raised questions about their *ability* to vote responsibly ».

¹⁵²³ *Washington v. the State*, *cit.*

¹⁵²⁴ V. 42 U.S.C. § 1973aa (1994).

l'exercice de cette mission, accorder une protection absolue aux principes constitutionnels. Le fonctionnement harmonieux d'une société démocratique exige que le législateur puisse réglementer les conditions d'exercice des droits et libertés des citoyens. Les Sages admettent donc à certaines conditions que le législateur restreigne l'exercice des droits ou libertés protégés par le Conseil. La nature du motif de droit exigé par le juge pour justifier les limitations apportées et le degré du contrôle de proportionnalité exercé par ce dernier varie certes selon l'importance des droits auxquels il est porté atteinte : certains droits bénéficient d'une protection renforcée au sens où le Conseil exige que toute limitation apportée par le Parlement soit justifiée par la mise en œuvre d'un principe, d'un objectif ou d'un autre droit de valeur constitutionnelle. Pour justifier la limitation apportée par le législateur à des droits considérés comme de second rang, le Conseil se contente en revanche de la poursuite d'un intérêt général. Nonobstant ces différences, le Conseil admet dans tous les cas que des droits et des libertés qui, par leur force constitutionnelle, sont des droits fondamentaux, puissent être réglementés et limités par le législateur. En ce qui concerne le droit de vote, rien n'explique donc qu'il ne puisse être limité par des considérations de moralité, *quel que soit son caractère fondamental*. Ce que refuse en réalité le Conseil constitutionnel en énonçant qu'établir des conditions de moralité à l'exercice de la citoyenneté serait contraire à la Constitution, c'est que les criminels en tant que catégorie distincte de la population puissent être considérés *ipso facto* comme des mauvais citoyens. Autrement dit, c'est l'*automaticité* et la *généralité* d'une telle affirmation qui est condamnée. On n'assiste pas à la disparition de toute moralité au cas par cas. L'évolution n'en demeure pas moins particulièrement significative. Le criminel n'est plus *réifié*. Il est désormais *individualisé* : on l'a détaché de sa « catégorie d'appartenance ».

Avec la moralité, c'est toute la conception de la *dignitas* du citoyen développée dans le chapitre 3 que certaines juridictions abandonnent désormais au profit du concept de dignité de l'homme.

B. Droit constitutionnel étranger : de la *dignitas* du citoyen (*moral worthiness*) à la dignité de l'homme condamné (*dignity*)

Dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Sauvé n° 2* de 2002 précité, la majorité rejette l'ensemble des arguments traditionnels liant le droit de vote à une certaine conception du « devoir civique ». Le retrait du droit de vote fondé sur la présumée indignité du détenu qui ne jouirait plus de l'autorité morale nécessaire pour participer au processus démocratique devient pratiquement indéfendable. Le vote est avant tout un droit individuel et tout « retrait de ce

droit fondé sur une supposée absence de *valeur morale* est incompatible avec le respect de la *dignité humaine* qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne »¹⁵²⁵. Certains tribunaux rejettent l'idée que la citoyenneté puisse être retirée à un citoyen sous le prétexte qu'il n'est pas digne moralement de participer à la vie sociale et politique. Elles le font au nom de la valeur du droit de vote qui signifie que chaque individu compte et est marqueur de dignité individuelle. Un lien est autrement dit établi entre l'affirmation du droit de vote comme droit fondamental individuel, le refus d'exigence de valeur morale pour l'exercer et le concept de dignité humaine (2). Les juridictions semblent désormais lier le droit de vote à la dignité dans son sens « individuel » (dignité humaine) et non plus « institutionnel » (*dignitas* romaine) (1).

1. La plurivocité du concept de dignité

Le concept de dignité revêt deux sens principaux : il désigne soit une fonction ou une charge qui donne à quelqu'un un rang éminent, soit le respect ou la considération que mérite un être humain¹⁵²⁶. Il est loisible de préciser cette classification en distinguant non pas deux mais trois « types de définitions substantielles » de la dignité¹⁵²⁷. Selon Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauchez, la dignité serait ainsi institutionnelle, individuelle ou universaliste.

Suivant une première approche, la dignité pourrait être qualifiée « d'institutionnelle ». Dans cette définition, la dignité est très proche de la notion de *dignitas* de droit romain, puisque attachée à une position sociale ou à une fonction officielle. Elle est, en ce sens, génératrice d'*obligations* pour son titulaire. Cette dignité n'est pas innée mais est acquise, soit dès la naissance, simplement en raison de l'appartenance de l'individu à une catégorie donnée de citoyens, ou en raison de l'exercice d'une fonction, d'une charge ou d'une occupation particulière. Si elle peut s'acquérir, cette dignité qui confère honneur et respectabilité à ses titulaires, peut aussi être retirée. C'est sur ce concept de dignité que se fondaient sinon explicitement, du moins implicitement, la doctrine, le législateur et le juge pour légitimer la déchéance de citoyenneté dont font l'objet certains condamnés. Comme nous l'avons étudié,

¹⁵²⁵ *Sauvé c. Canada*, préc, point 44 (nous soulignons).

¹⁵²⁶ FABRE-MAGNAN (Muriel), « Dignité humaine », in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, note 12, p. 285.

¹⁵²⁷ GIRARD (Charlotte) et HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Introduction », in Charlotte GIRARD et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *La Dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005, note 90, p. 23.

la citoyenneté pouvait au prix de quelques ajustements être pensée sur le modèle de cette dignité institutionnelle.

C'est désormais à la dignité individuelle qui repose sur l'exercice de la liberté¹⁵²⁸ et de l'autonomie personnelle que les juridictions françaises, sud-africaines, canadiennes et dans une moindre mesure, la CEDH, vont arrimer les droits politiques. L'émergence de cette forme moderne de dignité est liée au développement des droits de l'homme après la Seconde Guerre mondiale. L'impératif de dignité de la personne humaine est ainsi expressément consacré dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948¹⁵²⁹ ou dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966¹⁵³⁰. Cette dignité, qui se fonde sur l'idée d'égalité entre les personnes humaines, est reconnue à toute personne de par son appartenance à la race humaine. Elle permet à l'homme d'opposer sa dignité, droit de la personne, à des tiers. Elle est fondement de *droits*.

Elle se distingue de la dignité universaliste qui se réfère à un principe visant la protection non plus de l'individu mais d'une certaine idée de ce qu'est l'humanité digne. Cette troisième et dernière approche fait de la dignité « une qualité opposable à l'homme par des tiers »¹⁵³¹. Une « série d'obligations comprise dans cette approche incombe à tout individu quel qu'il soit et en tant qu'il appartient au genre humain ». Cette conception contemporaine de la dignité a donc une visée plus universelle qu'individuelle. L'affaire du « lancer de nain »¹⁵³² témoigne que la dignité humaine peut être opposée à la personne au nom d'une dignité qui dépasse, en quelque sorte, les limites de son autonomie, de son individualité. Cette troisième acception partage, on le voit, des points communs avec le concept ancien de *dignitas* en tant qu'ils ont une même fonction (comme fondement d'obligations et d'interdictions plutôt que de droits),

¹⁵²⁸ BIOY (Xavier), « Dignité et responsabilité - Genèse d'une rencontre entre éthique et droit », in Charlotte GIRARD et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *La Dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, op. cit., p. 200.

¹⁵²⁹ Déclaration universelle des droits de l'homme, Art. 1^{er} : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ».

¹⁵³⁰ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Préambule : « considérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

¹⁵³¹ GIRARD (Charlotte) et HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Introduction », *La Dignité de la personne humaine*, op. cit., note 90, p. 26.

¹⁵³² CE, Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727, *Lebon*, p. 37.

une même structure (comme fondement d'obligations envers soi-même) et un même régime¹⁵³³.

2. Les références au principe de dignité de l'homme dans la jurisprudence

Selon la seconde approche du concept de dignité, celle retenue par les Cours mentionnées, non seulement les personnes considérées comme « incapables » (a) mais également les détenus constituent des catégories de citoyens à part entière (b). La privation automatique du droit de vote de tous les prisonniers, comme la perte des droits politiques du majeur sous tutelle, portent atteinte à la dignité de la personne humaine, dignité partagée de façon *égale* par tous les hommes quelle que soit leur situation¹⁵³⁴. Si, à la différence de ce que l'on observe pour les « fous », l'introduction du concept de dignité individuelle ne va pas avoir pour effet d'universaliser le suffrage à *tous* les condamnés, du moins va-t-il contraindre les parlements qui souhaitent priver des criminels de leurs droits politiques à trouver « des critères plus objectifs, relatifs à la conduite particulière de chaque contrevenant, plutôt qu'à leur seul statut de condamnés »¹⁵³⁵. On rejoint par là l'idée évoquée en conclusion de la section précédente : le criminel ne peut plus être rapporté à une « communauté d'appartenance » qui en ferait *ipso facto* un mauvais citoyen. Il est désormais *individualisé*. Fonder l'octroi des droits politiques sur la notion de dignité *individuelle* fait apparaître derrière le citoyen le *sujet individuel* titulaire de droits opposables au Tout.

a. La référence à la dignité des personnes « incapables » dans la jurisprudence française

C'est sur ce fondement de la dignité de la personne que le législateur français a, par la loi du 23 mars 2019, élargi le droit de vote à toutes les personnes protégées¹⁵³⁶. Ainsi que nous l'avons exposé dans le chapitre 2, les personnes sous tutelle peuvent désormais exprimer leur

¹⁵³³ HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Une *dignitas* humaine : vieilles outres, vin nouveau », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 2009, n° 48. V. aussi du même auteur, « A human *dignitas* ? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 32-57.

¹⁵³⁴ Sur la substitution du concept de « dignité » à celui d'honneur, v. CARDOSO DE OLIVEIRA (Luís R.), « Honneur, dignité et réciprocité », in Alain CAILLÉ (dir.), *La quête de reconnaissance*, La Découverte, 2007, p. 89-103 ; BERGER (Peter), « On the obsolescence of the Concept of Honor », in Stanley HAUERWAS, Alasdair MACINTYRE (eds), *Revisions : Changing Perspectives in Moral Philosophy*, Notre Dame (Indiana), Notre Dame University Press, 1983, p. 172-181 ; TAYLOR (Charles), « The politics of recognition », in Amy GUTMANN (ed.), *Multiculturalism and the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 25-73.

¹⁵³⁵ SAINT-LAURENT (Geneviève), *Le droit de vote limité par la condamnation pénale*, *op. cit.*, p. 376-377.

¹⁵³⁶ V. GAMALEU KAMENI (Christian), « Brèves réflexions sur le droit de vote des majeurs protégés au regard de la loi du 23 mars 2019 », *AJ Famille*, 2019, p. 515.

choix dans le cadre des processus électoraux en dehors de toute intervention du juge des tutelles. Il s'agit là d'une évolution majeure, qui rompt avec l'idée ancrée selon laquelle l'exercice de la citoyenneté requiert une certaine capacité ou du moins une certaine lucidité : la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), dans un avis rendu le 26 janvier 2017 sur le droit de vote des handicapés, souligne en ce sens que « l'exclusion politique des personnes vivant avec un handicap intellectuel ou psychique est un réflexe *ancré* dans la pensée démocratique issue des Lumières. De l'analogie entre l'enfant et l'"idiot" chez John Locke, qui soumet la jouissance de la liberté à la capacité de penser, aux constituants de l'an III, qui privent de "l'exercice des Droits des citoyens" les gens frappés de "fureur, de démence ou d'imbécilité", l'idée que la participation politique est une charge qui ne peut être confiée à des "irresponsables" – majeurs et mineurs confondus – est largement répandue »¹⁵³⁷.

En élargissant le droit de vote à toutes les personnes placées sous mesure de protection, le législateur écarte les deux critiques que soulève classiquement l'idée d'octroyer aux « fous » ledit droit¹⁵³⁸ : en premier lieu, cet élargissement signifie que des personnes dont la conscience est altérée pourront voter. David Nogero se fait l'écho d'une telle critique en soulignant que « si l'on pousse la logique des droits de la personne jusqu'à l'absurde, sans égard pour son état de conscience réel, son aptitude de fait, qui fonde seule, à [ses] yeux, son autonomie résiduelle, il n'y a pas de raison de s'arrêter en chemin. Après tout, n'est-il pas intolérable qu'un enfant mineur, y compris le bambin, soit privé, en raison de son âge, de ce droit au vote si consubstantiel à nos droits fondamentaux de personne ? »¹⁵³⁹. Il est coutume par ailleurs d'invoquer les risques que l'incapacité pourrait faire peser sur l'intégrité du processus électoral et la sincérité du scrutin. En effet, les parents et auxiliaires de vie qui accompagnent les personnes handicapées pourraient faire pression sur le majeur protégé afin qu'il vote comme eux. Cette éventualité ferait peser un danger sur l'intégrité du processus électoral. Une étude consacrée au vote des personnes vivant avec un handicap intellectuel ou

¹⁵³⁷ CNCDH, « Avis sur le droit de vote des personnes handicapées – Citoyenneté et handicap "le droit de vote est un droit, pas un privilège" », 26 janv. 2017, p. 9 (nous soulignons).

¹⁵³⁸ Pour un aperçu des débats relatifs au droit de vote des « aliénés », v. HURME (Sally B.), APPELBAUM (Paul S.), « Defining and Assessing Capacity to Vote : The Effect of Mental Impairment on the Rights of Voters », *McGeorge Law Review*, 2016, vol. 38, n° 4, p. 931-79. On consultera également CLEMENT-SAINTE-MARIE (Olivier) et GAGNON (Bernard), « Le droit de vote des personnes ayant une déficience intellectuelle : considérations éthiques et politiques », *Éthique publique*, 2018, vol. 20, n° 2. D'un point de vue philosophique, la question a été abordée par NUSSBAUM (Martha), « The capabilities of people with cognitive disabilities », *Metaphilosophy*, 2009, vol. 40, n° 3, p. 331-351.

¹⁵³⁹ NOGERO (David), « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés », *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, n° 16, 2017, p. 134.

psychique lors du référendum écossais a d'ailleurs révélé que les parents exerçaient une influence décisive sur leurs enfants handicapés, au point que certaines familles n'hésitaient pas à considérer qu' « elles avaient une voix en plus »¹⁵⁴⁰.

Au regard de l'importance des difficultés soulevées, le fait que le législateur ait élargi à toutes les personnes handicapées le droit de vote est remarquable. Nous avons dit que par cette réforme, le droit français respecte ses engagements internationaux en général, et l'article 29 de la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées en particulier. En vertu de cet article, et notamment de l'interprétation qu'en a donnée le Comité des droits des personnes handicapées, l'ancien article L. 5 du code électoral était *discriminatoire*. La discrimination, qui a constitué l'un des arguments de la réforme, n'a pas toutefois été l'unique. L'élargissement du suffrage a aussi résulté dans une large mesure du principe de la *dignité* de la personne. Dans son avis précité, la CNCDH a ainsi estimé que :

« L'[ancien] article L. 5 du code électoral relaie une préoccupation d'ordre institutionnel, sans considération pour l'importance que le droit de vote revêt pour l'individu : en démocratie il est un *gage important de dignité* [...]. L'accès au droit de vote crée un sentiment d'*existence civique*, et, plus généralement, d'*inclusion sociale* ; la suspension du droit de vote est, quant à elle, hautement stigmatisante. On ne peut pas d'un côté affirmer que les personnes handicapées sont des citoyens comme les autres et, de l'autre, leur retirer l'attribut le plus emblématique de la citoyenneté »¹⁵⁴¹.

C'est également sur le principe de dignité tiré de l'article 415 du code civil que la Cour d'appel de Riom, allant jusqu'à contester l'avis médical que le juge d'instance avait suivi, a annulé le 2 mai 2016¹⁵⁴² la décision prise au premier degré et a rétabli le droit de vote du plaignant placé sous tutelle :

« M. B. a établi à l'appui de son recours un courrier manuscrit à l'écriture très incertaine, indiquant qu'il est hémiparétique et aphasique mais qu'il a toutes ses facultés mentales ; ce document est accompagné d'une lettre de son éducatrice spécialisée, indiquant qu'il conteste uniquement la suppression de son droit de vote ; selon l'équipe éducative, en effet, M. B... conserve la capacité de voter, car il suit les actualités, s'informe sur les partis et les candidats et sait exactement pour qui il veut voter, de sorte qu'*il a été très touché par la décision qui l'a privé de ce droit* ; À l'audience M. B... a exprimé le souhait de conserver son droit de vote. Mme G. sa mandataire judiciaire, a déclaré ne pas avoir réalisé

¹⁵⁴⁰ WILLIS (Diane S.), MCGLADE (Isla), GALLAGHER (Mark), MENABNEY (Colin), « Voting and the Scottish referendum : perspectives of people with intellectual disabilities and their family and paid carers », *Disability and society*, vol. 31, n° 7, p. 921.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 6 (nous soulignons).

¹⁵⁴² CA Riom, 2 mai 2016, n° 15/02669.

que la suppression de ce droit le choquerait autant, et avoir constaté qu'en fait il était tout à fait capable de l'exercer, même si cela devait lui prendre beaucoup de temps, l'éducatrice de M. B... a confirmé ses propos.

Aux termes de l'article 415 du code civil, la protection des personnes majeures est assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la *dignité de la personne* ; elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée ; elle favorise dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Il convient en l'espèce [...] de faire droit à la demande de M. B... et de lui permettre de conserver son droit de vote »¹⁵⁴³.

Pour les personnes placées sous tutelle, comme pour les populations afro-américaines décrites par Judith Shklar, le droit de vote est un symbole d' « inclusion sociale ». Au nom de la dignité de la personne, de sa commune humanité, on considère qu'elle a le droit à une « existence civique ». Plus qu'un instrument de *participation politique*, le suffrage est un gage d'*appartenance à la société*. Il signifie, pour reprendre les termes employés par la Cour suprême d'Afrique du Sud dans un arrêt concernant des condamnés, que « tout le monde est important ».

b. La référence à la dignité des personnes condamnées dans la jurisprudence étrangère

Loin de ne concerner que les « incapables », la dignité individuelle a également été invoquée dans des affaires impliquant des criminels. C'est en se fondant sur cette notion que les Cours suprêmes de juridictions étrangères ont censuré des dispositions privant des catégories larges de détenus de leurs droits politiques ou qu'elles ont enjoint à ce que soient prises les mesures nécessaires pour garantir l'effectivité de ces droits. Tel est l'enseignement que l'on peut tirer de la décision *August*¹⁵⁴⁴ rendue à l'unanimité par la Cour constitutionnelle sud-africaine avant les élections générales de 1999. En l'espèce, la Cour ne s'est pas prononcée sur la légitimité, en droit, de restrictions au droit de vote, mais elle a statué, uniquement, sur l'application de ce droit. Depuis l'adoption de la nouvelle Constitution, en effet, aucune loi n'était venue préciser si les personnes détenues ou, plus largement, les personnes faisant l'objet d'une condamnation, pouvaient conserver leur capacité électorale. La loi n'imposait aucune restriction du droit de vote des prisonniers. Les demandeurs souhaitaient s'assurer que la Commission électorale prendrait les mesures nécessaires pour permettre aux prisonniers du pays d'exercer leur droit de vote. En l'état, la position de ladite

¹⁵⁴³ Cité dans BLATMAN (Michel), « Étude de l'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées », Rapport au défenseur des droits, déc. 2016, p. 358.

¹⁵⁴⁴ *August and Another, préc.* Sur cet arrêt, v. en particulier MUNTINGH (Lukas) & SLOTH-NIELSEN (Julia), « The Ballot as a Bulwark: Prisoners' Right to Vote in South Africa », in Alec EWALD & Brandon ROTTINGHAUS (Eds.), *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*, *op. cit.*, p. 221-243.

Commission restreignait selon eux ledit droit, « droit fondamental ». Ils ont formé dès lors un recours devant la Cour suprême « en se fondant sur le droit de vote, le droit à l'égalité et le droit à la dignité »¹⁵⁴⁵.

La Cour constitutionnelle a confirmé que des obligations positives pesaient sur la Commission et qu'elle devait organiser la mise en place du suffrage dans les prisons. En effet, explique la Cour, le suffrage universel est l'un des fondements de tout l'ordre constitutionnel sud-africain. L'octroi du droit de vote, dans un pays marqué par l'*apartheid*, à tous les Sud-africains, indépendamment de leur race, est d'une importance considérable pour l'établissement d'une nation inclusive¹⁵⁴⁶. Le vote de tous les citoyens est un « symbole de dignité et d'identité individuelle ».

« La réalisation du droit de vote a toujours été importante, tant pour l'acquisition des droits d'une citoyenneté pleine et effective par tous les Sud-Africains, quelle que soit leur race, que pour l'édification d'une nation englobante. Le vote de chaque citoyen est une marque de *dignité* et d'identité personnelle. Littéralement, il signifie que tout le monde compte »¹⁵⁴⁷.

Dans un État où subsistent de grandes disparités de richesse et de pouvoir, le droit de vote de chaque citoyen est le signe que tous, riches ou pauvres, favorisés ou honnis, appartiennent à une seule et même nation démocratique. Il symbolise le fait que les destins de chacun sont liés dans un même régime politique. Les prisonniers, dont, par ailleurs, un principe de *Common law* établit qu'ils conservent tous leurs « droits fondamentaux » durant leur incarcération et que leur « dignité personnelle »¹⁵⁴⁸ ne peut jamais leur être retirée, doivent continuer à jouir du droit de vote.

La Cour suprême du Canada, en 2002, reprendra et approfondira la position exprimée par les juges dans l'arrêt *August n° 2* en explicitant le lien établi entre le refus de l'exigence de moralité comme condition d'exercice de la citoyenneté et la dignité humaine. Celle-ci affirme que :

« Priver certains citoyens du droit de vote va à l'encontre de notre engagement constitutionnel envers la valeur et la *dignité intrinsèques de chaque personne*.

¹⁵⁴⁵ *August v. Electoral Commission, cit.*, point 10.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, point 17.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

¹⁵⁴⁸ La Cour parle de « personal rights and personal dignity »: *August v. Electoral Commission, cit.*, point 18.

Comme la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud l'a affirmé dans *August c. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1, par. 17, [TRADUCTION] "[le] vote de chaque citoyen est un symbole de *dignité et d'identité individuelle*. Littéralement, il signifie que tout le monde est important". Le fait que la disposition sur la privation du droit de vote s'applique à un *groupe particulier de personnes* devrait nous porter à nous inquiéter plutôt davantage que moins de la possibilité qu'elle viole les principes d'égalité des droits et d'appartenance consacrés dans la *Charte* et protégés par celle-ci »¹⁵⁴⁹.

L'exclusion systématique des détenus au motif que leur participation serait susceptible de diminuer la valeur du système politique est incompatible avec l'universalité du droit de vote et son corollaire, la conception de la dignité humaine de chaque citoyen¹⁵⁵⁰ : « l'universalité du droit de vote est une source d'équité et d'égalité sociale, qui transmet le message à tous les membres de la société [...] qu'ils font partie de la même nation démocratique [...]. Le droit de vote est un marqueur de la dignité et de l'individualité personnelle de chaque citoyen : il signifie que chaque individu compte. Toute interprétation du droit de vote doit donc favoriser un corps électoral qui soit le plus inclusif possible, sans restriction liée à des conditions personnelles »¹⁵⁵¹ en général, et fondées sur la valeur morale en particulier.

Sur ce point, les juges soulignent la différence qui existe entre le cas des mineurs et celui des personnes condamnées. L'exclusion des premiers de la communauté civique est fondée sur une « situation expérientielle dans laquelle se trouvent tous les citoyens lorsqu'ils sont jeunes »¹⁵⁵². Il s'agit simplement d'une modalité du suffrage universel qui ne signifie nullement que la catégorie en question n'est pas digne de voter. Dans le cas des prisonniers au contraire, « le gouvernement décide que certaines personnes, peu importe leurs capacités, ne sont pas *moralement dignes* de voter – qu'elles ne "méritent" pas d'être considérées comme des membres de la communauté et que, par conséquent, elles peuvent être privées de leur droit constitutionnel le plus fondamental »¹⁵⁵³. Or, « l'idée que certaines personnes ne sont pas *moralement aptes* à voter et à participer au processus d'élaboration des lois ou *moralement dignes* de le faire est ancienne et désuète. [...] Comme l'a déclaré le juge Arbour dans *Sauvé n°1* [...], depuis l'adoption de l'art. 3 de la *Charte*, il est peu probable que "qui

¹⁵⁴⁹ *Sauvé c. Canada, cit.*, point 35. Sur cet arrêt, voir BROWN (David M.), « *Sauvé and Prisoners' Voting Rights: the Death of the Good Citizen ?* », *Supreme Court Law Review*, vol. 20, 2003, p. 298-348 et HAIGH (Richard), « *Between Here and There is Better Than Anything Over There : The Morass of Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)* », *The Supreme Court Law Review : Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 20, 2003, p. 353-392 (nous soulignons).

¹⁵⁵⁰ SAINT-LAURENT (Geneviève), *Le droit de vote limité par la condamnation pénale, op. cit.*, p. 376.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

¹⁵⁵² *Sauvé c. Canada, cit.*, point 37.

¹⁵⁵³ *Ibid.*

que ce soit puisse maintenant être privé du droit de vote pour le motif [. . .] que cette personne n'est pas honnête ou responsable" »¹⁵⁵⁴. Priver les détenus du droit de vote, c'est porter un jugement moral sur les détenus que la majorité dans *Sauvé* considère comme injustifié. La condamnation pour la commission d'un crime ne signifie pas qu'une personne est moralement indigne, et une telle suggestion repose sur l'attribution inappropriée d'une valeur morale.

La position de la Cour européenne des droits de l'homme sur le sujet est plus délicate car il n'existe aucun consensus sur cette question au sein des États contractants¹⁵⁵⁵. Lorsqu'en 2005, elle rend son jugement *Hirst*, la Cour relève qu'une minorité d'États européens, soit treize États, retire totalement le droit de vote aux personnes condamnées ou ne prévoit aucune disposition pour leur donner accès au suffrage ; dix-neuf pays ne prévoient aucune restriction et huit n'appliquent qu'une restriction partielle ou spécifique. Aussi la Cour européenne ne peut-elle aller aussi loin dans ses affirmations que la Cour suprême canadienne et la Cour constitutionnelle sud-africaine. Elle fait toutefois implicitement certaines références au principe de dignité. En premier lieu, elle cite l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose que « [toute] personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine [...] ». En second lieu, elle renvoie au célèbre passage de la décision *August* : « l'universalité du droit de vote est importante non pas seulement pour la nation et la démocratie. Le fait que tous les citoyens sans exception jouissent du droit de vote est une marque de *reconnaissance de la dignité* et de l'importance de la personne. Au sens littéral, cela signifie que chacun compte »¹⁵⁵⁶. Surtout, elle revient longuement sur le statut des détenus, en tant que catégorie de citoyens présumés de seconde classe en raison de leur défaut d'« autorité morale ». La Cour européenne des droits de l'Homme, dans l'arrêt *Hirst*, constate que le droit de vote des détenus est une question qui place cette catégorie de citoyens en opposition avec les « autres » citoyens, soit ceux qui sont présumés avoir « l'autorité morale nécessaire pour voter »¹⁵⁵⁷. Pour Geneviève Saint-Laurent, « en mettant en question la validité de cette dichotomie, elle semble faire appel, bien qu'elle ne le dise pas en autant de mots, au principe de la dignité individuelle »¹⁵⁵⁸. L'invitation de la Cour à considérer les détenus comme une catégorie de citoyens à part entière, membres de l'ensemble plus large que constitue la société, est

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, point 33.

¹⁵⁵⁵ SAINT-LAURENT (Geneviève), *Le droit de vote limité par la condamnation pénale*, *op. cit.*, p. 236 s.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, point 79.

¹⁵⁵⁸ SAINT-LAURENT (Geneviève), *Le droit de vote limité par la condamnation pénale*, *op. cit.*, p. 238.

clairement inscrite dans l'esprit de la dignité de la personne humaine : on considère que la dignité est partagée de façon égale entre tous les hommes quelle que soit leur situation¹⁵⁵⁹. Sur ce fondement, les Parlements ne peuvent plus priver de façon automatique ou indifférenciée de trop nombreux criminels de leurs droits politiques. La privation du droit de vote doit suivre des critères plus objectifs, relatifs à la conduite particulière des prisonniers, plutôt qu'à leur seul statut de personnes condamnées ou détenues¹⁵⁶⁰.

Si auparavant, l'on exigeait que le détenteur du droit de suffrage soit à la hauteur de l'exercice de cette haute fonction, on estime donc aujourd'hui que le meilleur moyen de protéger la démocratie est d'inclure tous les citoyens dans le corps électoral, sans égard à la valeur morale qu'on leur attribue. Ce basculement est révélateur d'un changement de conception de l'acte de suffrage qui, d'une fonction sociale confiée à un petit nombre, devient l'expression de l'individualité de chacun. Il met également en évidence un déplacement progressif de la valeur accordée au vote – déplacement de la fonction honorifique que le vote représentait, autrefois attachée à la *dignitas*, qualité reconnue aux êtres méritants, estimés et honorables, vers l'individu qui l'exerce.

En abandonnant ainsi le critère de la *dignitas* du citoyen, fondement d'obligations, au profit du critère de la dignité individuelle de la personne, fondement de droits, le droit français contribue à l'*égalisation* des droits et des personnes. Le concept de dignité de la personne fonctionne comme un « réservoir d'égalité ». Qu'est-ce à dire ? Nous avons démontré dans le chapitre 3 que le processus de généralisation des normes d'honneurs n'avait pas été poussé à son terme par la Révolution et l'universalisation du suffrage masculin en 1848 : deux « ordres », deux « groupes de statut » se définissant par un degré d'honneur social différent avaient subsisté. L'honneur n'était plus distribué en fonction de critères *sociaux*, mais *moraux*. La citoyenneté autorisait à ce que l'on distingue au sein de la nation les citoyens dignes jouissant de l'honneur civique des indignes marqués par le déshonneur. Le déshonneur ne résultait pas seulement de la publicité entourant le cas échéant le prononcé de la peine, mais de la perte de la qualité honorifique de citoyen. En abolissant la catégorie des peines infamantes, en considérant, ainsi que l'a relevé Laurent Vallée, que « le condamné à une peine criminelle mérite l'enfermement mais non plus le *déshonneur systématique* d'une

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 238-239.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 239.

diminution juridique ou d'une éviction civique »¹⁵⁶¹, le nouveau code pénal avait déjà marqué une étape importante dans l'égalisation de l'honneur social entre les deux « ordres ». La subjectivisation du droit de vote et l'introduction du concept de dignité individuelle contribuent à parachever le processus. Les délinquants ne peuvent plus être considérés et traités comme une catégorie distincte du reste de la société, comme un « ordre » à part. Ils ne peuvent plus être ramenés à leur seul statut de condamnés. Ils peuvent encore être déchus de leurs droits civiques, mais de façon individualisée.

Au terme de cette évolution, la dignité comme fondement non pas de *droits* mais d'*obligations* ne subsiste plus en droit public français que dans une hypothèse¹⁵⁶² : le droit français de la nationalité autorise toujours le gouvernement à s'opposer par décret en Conseil d'État à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger pour motif d'indignité¹⁵⁶³. Cette faculté d'opposition est prévue par l'art. 21-4 c. civ. aux termes duquel : « le gouvernement peut s'opposer par décret en Conseil d'État, pour *indignité* ou défaut d'assimilation, à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger [...] ». « Digne d'être résident en France, digne d'épouser un(e) français(e), mais indigne d'être français, d'en acquérir la nationalité »¹⁵⁶⁴. La commission de la nationalité présidée par Marceau Long avait suggéré de transférer du gouvernement à l'autorité judiciaire la faculté d'opposition qui ne concernerait plus par ailleurs que les actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France¹⁵⁶⁵. Dans la loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité¹⁵⁶⁶, le législateur n'a pas retenu la solution. Il n'a pas paru opportun de supprimer le motif traditionnel d'indignité, pas plus que de confier ce droit

¹⁵⁶¹ VALLEE (Laurent), *concl. cit.*, p. 803 (nous soulignons).

¹⁵⁶² En droit privé, l'indignité est prévue en matière successorale. L'art. 726 c. civ. dispose que « Sont indignes de succéder et, comme tels, exclus de la succession : 1° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt ; 2° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner ».

¹⁵⁶³ L'article précise que cette opposition doit être effectuée « dans un délai d'un an à compter de la date du récépissé prévu au deuxième alinéa de l'article 26 ou, si l'enregistrement a été refusé, à compter du jour où la décision judiciaire admettant la régularité de la déclaration est passée en force de chose jugée » ; « en cas d'opposition du gouvernement, l'intéressé est réputé n'avoir jamais acquis la nationalité française » ; « toutefois, la validité des actes passés entre la déclaration et le décret d'opposition ne pourra être contestée pour le motif que l'auteur n'a pu acquérir la nationalité française ».

¹⁵⁶⁴ CAROTENUTO (Sylvie), « L'indignité, motif d'opposition gouvernementale à l'acquisition de la nationalité française », *Revue critique de droit international privé*, 2003, n° 1, p. 155.

¹⁵⁶⁵ Rapport de la commission de la nationalité, présenté par Marceau Long, président, au Premier ministre, *Être français aujourd'hui et demain*, t. 2, « Conclusions et propositions de la Commission de la nationalité », Paris, Union générale d'édition, 10/18, 1988, p. 219.

¹⁵⁶⁶ Loi n° 93-933 du 22 juill. 1993 réformant le droit de la nationalité, *JORF*, 23 juill. 1993, p. 10342.

d'opposition au ministère public. Le Conseil d'État exerce en la matière un contrôle entier depuis ses arrêts d'assemblée du 28 avril 1978, *Dame Weisgal, épouse Losay et Dame Vorobiova, épouse Eftassiou*¹⁵⁶⁷. Il a par exemple jugé, le 30 janvier 2019¹⁵⁶⁸, qu'« était indigne de la nationalité un ressortissant guinéen condamné à trois reprises pour récidive de conduite en état d'ivresse (état dans lequel il avait déjà causé un accident et commis des faits de rébellion)¹⁵⁶⁹. En dehors de cette hypothèse du conjoint étranger, l'indignité a disparu des textes concernant la nationalité comme la citoyenneté.

Pour être plus exacts, la seule dignité au sens d'honorabilité qui trouve grâce aujourd'hui en droit français par rapport à notre sujet est celle dont le citoyen doit faire preuve en accomplissant l'acte de voter. Dans une décision du 8 mai 2002¹⁵⁷⁰, le Conseil constitutionnel a en effet consacré pour la première fois la notion de « dignité du scrutin ». Contrairement aux occurrences de cette expression que l'on pouvait trouver dans des circulaires ou dans la doctrine au XIX^e siècle, qui liaient la dignité du scrutin ou du suffrage à la *dignitas* du citoyen¹⁵⁷¹, le Conseil constitutionnel dissocie l'*honorabilité de l'acte électoral* de la *moralité du citoyen*.

¹⁵⁶⁷ CE, 28 avril 1978, *Dame Weisgal, épouse Losay et Dame Vorobiova, épouse Eftassiou*, n° 07464, *Lebon*, p. 196, *D.* 1979. J, p. 265, concl. Genevois.

¹⁵⁶⁸ CE, 30 janv. 2019, n° 417548, ECLI:FR:CECHR:2019:417548.20190130

¹⁵⁶⁹ Dans la jurisprudence du Conseil d'État, les motifs d'indignité, qui résultent le plus souvent de condamnations pénales, sont multiples et variés. Par un arrêt d'Assemblée du 19 novembre 1993, le Conseil d'État a par exemple jugé que la participation à des activités terroristes pour le compte de l'ETA constituait un motif d'indignité, même si l'intéressé, qui avait épousé une ressortissante française en 1984, bénéficiait depuis son arrivée en France en 1973 du statut de réfugié politique : cf. CE, 19 nov. 1993, *Bereciartua Echarri*, n° 111212, *Lebon*, p. 321. V. les conclusions de ABRAHAM (Ronny), « La participation passée d'une personne à un groupe d'action terroriste la rend indigne d'acquérir la nationalité française », *AJDA*, 1994, p. 140. L'indignité peut également résulter de violences volontaires, de menaces (CE, 6 sept. 2000, *M. Khair*, n° 204.461, inédit) ; d'usage et de trafic de stupéfiants (CE, 8 juill. 1996, *M. Zidane*, 148.577 et 150.419, inédit). Elle peut se fonder aussi sur les mœurs du déclarant : est en ce sens déclarée indigne de la nationalité une personne se livrant à la prostitution (CE, 31 oct. 1979, *Mme Pollion*, n° 02934, *Lebon*, p. 738) ou coupable d'attentats à la pudeur (CE, 28 juill. 1999, *M. Diedhiou*, n° 186.883, inédit).

¹⁵⁷⁰ Cons. const., déc. n° 2002-111 PDR du 8 mai 2002 portant proclamation des résultats de l'élection du Président de la République, *Rec.* p. 114.

¹⁵⁷¹ On peut ainsi lire dans la circulaire du Garde des Sceaux des 18 déc. 1874 et 27 août 1875 qu'« il a paru si important aux Gouvernements d'assurer dans toute sa sincérité, et on peut dire *dans toute sa dignité*, l'exercice du suffrage universel, que les Ministres de la Justice, de l'Intérieur, de la Guerre et de la Marine ont ordonné l'établissement d'une sorte de casier judiciaire spécial aux condamnations et aux jugements qui entraînent pour ces citoyens la perte absolue ou temporaire des droits électoraux » (nous soulignons), cité par GREFFIER (Eugène-Pierre), *Code électoral : de la formation et de la révision annuelle des listes électorales*, 2^{ème} éd., Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1882, p. 31-32. La doctrine également se réfère à cette notion de « dignité » du suffrage, en la rapportant à la moralité du citoyen. Chante-Grellet indique à cet égard que « le droit de vote appartient à tous : toutefois, l'exercice de ce droit comporte certaines conditions et certaines règles, qui, sans le limiter à des catégories de citoyens, ni le subordonner en réalité à des circonstances restrictives, en réglementent l'application, *en assurent la dignité* et en garantissent la sincérité [...]. On ne saurait nier que pour prendre part à un acte qui est l'affirmation de la souveraineté populaire et qui, au point de vue de l'intérêt public, peut avoir une

En l'espèce, lors du second tour des élections présidentielles de 2002 opposant Jacques Chirac à Jean-Marie Le Pen, d'aucuns avaient appelé les citoyens à voter pour le Président élu tout en assortissant ce vote de signes distinctifs, vestimentaires ou autres, de manière à manifester que le vote était réalisé à contre-cœur. Répondant à cette injonction, au voisinage immédiat du bureau de vote de la commune de Villemagne (Aude), dans lequel 157 suffrages ont été exprimés, le maire de la commune avait mis à la disposition des électeurs un « pédiluve » destiné à supprimer des bactéries, ou d'autres éléments de contamination sur les semelles. Certains électeurs, venus vêtus de combinaison étanche, ont voté avec des gants ou encore une pince à linge sur le nez. Le maire avait par ailleurs organisé un simulacre de vote, invitant les électeurs à désigner un candidat ne figurant pas au second tour. Le Conseil constitutionnel a jugé que « ces agissements annoncés et conduits par l'autorité même chargée des opérations électorales dans la commune [étaient] incompatibles avec *la dignité du scrutin* et [qu'ils] ont été de nature à porter atteinte au secret du vote ainsi qu'à la liberté des électeurs »¹⁵⁷².

Pour certains auteurs, comme Richard Ghevontian, la dignité ici ne serait pas tant un principe en soi que la garantie de la sincérité du scrutin¹⁵⁷³. La « sincérité » du scrutin¹⁵⁷⁴, notion bien connue, implique qu'il soit révélateur de la volonté réelle de l'électeur, que soit garantie l'adéquation entre le résultat proclamé et la volonté majoritaire librement exprimée des électeurs. Après avoir indiqué que « dans une démocratie, l'élection est un acte majeur qui doit s'accomplir dans des conditions sérieuses et dignes », Richard Ghevontian ajoute que « même si le lien avec la sincérité paraît ténu, il est pourtant bien réel : au moment où il vote, le citoyen doit avoir pleinement conscience du rôle qui est le sien et de l'importance du geste qu'il accomplit : toute dérision, voire tout laisser-aller risquerait alors de troubler cette impression et de fausser finalement le jugement de l'électeur. À ce titre, la dignité est garante

importance capitale, il faut présenter certaines garanties de stabilité, il faut aussi, au point de vue de la moralité, ne pas s'être rendu indigne de l'exercer » (CHANTE-GRELLET Albert, *Traité des élections*, t. 1, Paris, P. Dupont, 1898, p. 87). Dans le même sens, voir V° « Élections » dans le *Répertoire général alphabétique du droit français* de Fuzier-Herman, *op. cit.*, p. 655.

¹⁵⁷² Cons. const., déc. n° 2002-111 PDR du 8 mai 2002, *Rec.* p. 114, cons. 1 (nous soulignons).

¹⁵⁷³ GHEVONTIAN (Richard), « Le principe de dignité du scrutin », *D.* 2003, n° 17, p. 1132. V. également du même auteur : « Le Conseil constitutionnel, juge électoral et la liberté d'expression », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, 2012.

¹⁵⁷⁴ GHEVONTIAN (Richard), « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, 2003. Du même auteur, v. « Le contentieux électoral saisi par la morale ? », in *Études en l'honneur de L. Philip, Economica*, 2005, p. 91 s.

de la sincérité du scrutin »¹⁵⁷⁵. Pour Jean-Pierre Camby en revanche, le Conseil constitutionnel a consacré la dignité du scrutin en tant que principe autonome, indépendamment de sa sincérité. Il signifie que le vote ne doit pas être un prétexte à des défoulements, incompatibles avec son caractère secret et son sérieux. Le président d'un bureau de vote ne doit pas être l'organisateur de manifestations dérisoires, mais, au contraire, assurer, par sa neutralité, la légalité des opérations. Autrement dit, « la participation du citoyen à l'élection doit être non seulement secrète et sincère mais digne. Le vote est l'expression d'un choix, et non celle d'une dérision »¹⁵⁷⁶.

On a donc dissocié la dignité au sens d'honorabilité du vote de la moralité du citoyen. On a par ailleurs disjoint la moralité du citoyen pensée comme condition d'appartenance à la communauté politique de la moralité des valeurs que le législateur protège en assortissant leur atteinte d'une interdiction des droits civiques. Si la moralité ne peut plus être une condition d'exercice de la citoyenneté, il n'en reste pas moins que ce sont toujours essentiellement les atteintes à la moralité publique (sous la forme des agressions sexuelles sur mineur, des manquements au devoir de probité, etc.) que le législateur et le juge sanctionnent principalement par la peine de l'interdiction des droits civiques. La citoyenneté n'a donc pas rompu avec toute idée de moralité. Une analyse du contenu de la citoyenneté droit par droit révèle d'ailleurs que la subordination même de l'exercice de certains droits civiques à une exigence de moralité n'a pas complètement disparu.

§2. Un changement nuancé : les limites d'une approche globale du contenu de la citoyenneté

L'évolution de la citoyenneté ainsi mise en évidence par le droit pénal est donc à nuancer. Les conclusions tirées dans ce chapitre à partir de l'étude du droit de vote ne semblent pas pouvoir être généralisées à l'ensemble des droits civiques et politiques. Le droit d'égal accès à la fonction publique ou aux fonctions de juré reste ainsi conditionné par la moralité des candidats que l'on infère principalement – mais pas exclusivement – de leur casier judiciaire (A). En matière d'éligibilité également, le législateur a trouvé un subterfuge pour s'assurer de

¹⁵⁷⁵ GHEVONTIAN (Richard), « La notion de sincérité du scrutin », *op. cit.*

¹⁵⁷⁶ CAMBY (Jean-Pierre), « Le Maire, le pédiluve et l'élection présidentielle (Cons. const., 24 avril et 8 mai 2002) », *LPA*, 2002, n° 125, p. 11.

la dignité des représentants (B). Plus qu'à la substitution d'un paradigme de citoyenneté à un autre, on a donc affaire à une tension au sein du régime actuel de la citoyenneté.

A. Droits civiques et condition de moralité : l'exemple du droit d'accès à la fonction publique

Le pouvoir de l'autorité administrative de s'opposer à l'entrée dans la fonction publique de personnes qui ne présentent pas les « garanties morales désirables » est une création prétorienne très ancienne¹⁵⁷⁷. À Athènes déjà, où de nombreux agents étaient tirés au sort, ce tirage au sort était corrigé par une sévère enquête de moralité, qui s'appelait la *dokimasie*¹⁵⁷⁸. Tout magistrat athénien devait passer cet examen avant son entrée en charge. Il avait lieu devant le conseil ou devant le tribunal. Pour les bouleutes, c'est la *boulè* sortant de charge qui les examinait. De la sorte, la cité souhaitait s'assurer que les magistrats désignés n'étaient pas frappés d'indignité : « il ne s'agissait pas en effet de contrôler leurs capacités, mais plutôt de vérifier qu'ils étaient bien citoyens, et aussi de ce qu'on pourrait appeler un examen de moralité »¹⁵⁷⁹. Aristote, dans *la Constitution d'Athènes* (LV, 3-4), donne des indications précieuses sur l'examen auquel étaient soumis les archontes : cet examen passait essentiellement par le respect des parents, des cultes familiaux et l'absence de condamnations. Par ce moyen, la cité corrigeait ce que le tirage au sort de la plupart des charges publiques pouvait comporter d'incertain.

En droit français, la moralité a constamment été considérée comme une condition d'accès et de maintien dans la fonction publique avant même que des textes portant statut général des fonctionnaires en disposent ainsi. Que le principe corresponde à une volonté du législateur, on en trouvait des preuves dans la législation concernant les emplois réservés¹⁵⁸⁰, certes, mais aussi dans la législation pénale. Le commissaire du gouvernement M. Rivet, dans ses conclusions sur l'affaire *Sarrail* en date du 5 décembre 1930¹⁵⁸¹, souligne à ce propos « que, dans la pensée du législateur, l'exercice d'une fonction publique soit incompatible avec un passé révélateur d'une moralité trop suspecte, nous en avons de nombreuses preuves. Ce sont

¹⁵⁷⁷ CE, 5 juill. 1851, *Sieur Rouget*, n° 22825, *Lebon*, p. 498.

¹⁵⁷⁸ MOSSE (Claude), V° « Dokimasie », *Dictionnaire de la civilisation grecque*, Éditions Complexe, 1998, p. 171.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

¹⁵⁸⁰ La législation sur les emplois réservés disposait qu'« une bonne tenue et une moralité irréprochable sont exigées de tous les candidats ».

¹⁵⁸¹ CE, 5 déc. 1930, *Sieur Sarrail*, *Lebon*, p. 1040 ; *D.* 1931, III, 58, concl. Rivet.

les articles du Code pénal relatifs à la dégradation civique et à la privation des droits civils, civiques et de famille [...] qui interdisent aux individus frappés desdites peines d'accéder aux postes de l'Administration »¹⁵⁸². La loi du 19 octobre 1946 puis l'ordonnance du 4 février 1959 relatives au statut général des fonctionnaires ont donné un fondement à ce principe en disposant que nul ne peut être nommé à un emploi public « s'il ne jouit de ses droits civiques et s'il n'est de bonne moralité ».

La réécriture, par la loi du 13 juillet 1983, des conditions d'entrée dans la fonction publique a fait disparaître la mention formelle de la condition de moralité comme critère de recrutement. Aux termes de l'article 5, 2° et 3° du statut toujours en vigueur, nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire « s'il ne jouit de ses droits civiques » et « le cas échéant, si les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions ». La suppression de la condition de bonne moralité et son remplacement par l'exigence d'une simple compatibilité des mentions portées au bulletin n° 2 du casier judiciaire avec l'exercice des fonctions exprimaient une volonté de mieux encadrer les pouvoirs de l'administration¹⁵⁸³. Le rapport de M. Labaze déposé à l'Assemblée nationale sur ce projet de loi le 21 avril 1983 indiquait que la nouvelle rédaction « se substitue à une exigence de "bonne moralité" appréciée de manière discrétionnaire par l'administration ». Lors des débats tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, le secrétaire d'État a soutenu que « la notion de bonne moralité ne correspond nullement à une donnée objective. Elle ne répond à aucune définition juridique et se prête donc à des interprétations arbitraires fondées sur des enquêtes qui n'offrent pas nécessairement toute garantie »¹⁵⁸⁴.

Pour une grande partie de la doctrine¹⁵⁸⁵, cette condition de bonne moralité *stricto sensu*, qui s'est estompée dans les exigences statutaires, a en réalité réapparu sous la forme

¹⁵⁸² *Ibid.*, p. 59.

¹⁵⁸³ Rapport de M. Labaze à l'Assemblée nationale sur ce projet de loi (21 avril 1983) : la nouvelle rédaction « se substitue à une exigence de "bonne moralité" appréciée de manière discrétionnaire par l'administration ».

¹⁵⁸⁴ Ass. nat., 3^{ème} séance du 3 mai 1983, *JO Débats*, A.N., 4 mai 1983, p. 811 ; argument repris au Sénat, séance du 1^{er} juin 1983, *JO Débats*, S., 2 juin 1983, p. 1274.

¹⁵⁸⁵ Sur cette idée selon laquelle la notion de bonne moralité continue incidemment à s'imposer sans même que le statut général n'y fasse expressément référence, voir notamment MALLOL (Francis), « Conditions de moralité et accès à la fonction publique », *LPA*, 1995, n° 75, p. 4 ; JEAN-PIERRE (Didier), « L'appréciation de la moralité du candidat à l'accès à la fonction publique : entre erreur de jeunesse et application du proverbe "qui vole un œuf..." », *JCP A*, n° 51, 2004, p. 1819 ; FITTE-DUVAL (Annie), « La radiation des cadres pour cause de privation des droits civiques », *AJFP*, 1997, p. 38 ; DE BERNARDINIS (Christophe), « La radiation des cadres pour perte des droits civiques », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, 2011, p. 20 ; MAUGUÉ (Christine) et SCHWARTZ (Rémy), « Compatibilité du principe de l'égal accès de tous les citoyens aux emplois publics et du contrôle exercé par l'administration sur l'aptitude des candidats aux fonctions

notamment de l'inscription au casier judiciaire dont Garraud soulignait déjà qu'« il permet de constater la *situation morale* et judiciaire de chaque citoyen appelé à remplir les fonctions de juré et à user de ses droits électoraux [...] et instruit sur les antécédents des individus qui sollicitent une fonction publique »¹⁵⁸⁶. Du casier judiciaire, Muriel Giacoppelli écrit également qu'il « assure une double fonction judiciaire et *morale* [...]. Le casier judiciaire permet de rapporter la *preuve de sa moralité* par le jeu des incapacités et déchéances »¹⁵⁸⁷. La disparition de l'exigence formelle de moralité contribue ainsi incidemment au renforcement de la place qu'occupe la sanction pénale parmi les éléments à prendre en compte pour apprécier les qualités morales d'un candidat. Si la condition de « bonne moralité » dépasse le contenu du casier judiciaire, le passé pénal de l'individu n'en demeure pas moins l'un des principaux critères sur lequel se fonde l'administration pour « apprécier, dans l'intérêt du service, si les candidats présentent les garanties requises pour l'exercice des fonctions » sollicitées¹⁵⁸⁸. Dans un arrêt abondamment commenté datant du 25 octobre 2004, le Conseil d'État a par exemple confirmé le refus d'accès à la fonction publique du lauréat au concours d'agent de surveillance de Paris : la haute juridiction s'est fondée à cet effet sur ce que le candidat avait été l'auteur d'un vol à l'étalage (et ce, alors même que le vol n'avait pas été inscrit au bulletin n° 2)¹⁵⁸⁹. L'autorité administrative peut tenir compte des faits à l'origine d'une condamnation n'ayant pas été inscrite au casier judiciaire ou ayant été effacée du casier¹⁵⁹⁰. De la même façon, le prononcé d'un non-lieu¹⁵⁹¹ ou un classement sans suite sont indifférents dès lors que la matérialité des faits qui ont donné lieu à poursuite est établie. L'administration peut également s'appuyer sur des faits amnistiés pour refuser la réintégration d'un agent révoqué de la fonction publique¹⁵⁹².

visées », *AJDA*, 1991, p. 504 ; BAUX (Anne), « L'appréciation de la compatibilité entre condamnations pénales et exercice des fonctions », *AJFP*, 2010, p. 270 ; GLASER (Emmanuel), « Admission à concourir : la prise en compte d'infractions pénales », *Dr. adm.*, n° 2, 2005, comm. 21 ; PLANCHET (Pascal), « Les garanties morales requises des candidats à la fonction publique », *AJDA*, 2005, p. 1016.

¹⁵⁸⁶ GARRAUD (René), *Précis de droit criminel, comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui ont modifié ces deux codes*, 4^{ème} éd., Paris, L. Larose & Forcel, 1892, p. 414. Souligné par nous.

¹⁵⁸⁷ GIACOPPELLI (Muriel), « Casier judiciaire », *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*. Souligné par nous.

¹⁵⁸⁸ CE, 18 mars 1983, *Mulsant*, n° 34.782, *Lebon*, p. 125 ; CE, 10 juin 1983, *Raoult*, n° 34832, *Lebon*, p. 251.

¹⁵⁸⁹ CE, 25 oct. 2004, *Préfet de police Paris c. de Sousa*, n° 256944, *Lebon tables*, p. 732. V. les comm. de JEAN-PIERRE (Didier), « L'appréciation de la moralité du candidat à l'accès à la fonction publique ... », *op. cit.* et de GLASER (Emmanuel), « Admission à concourir ... », *op. cit.*

¹⁵⁹⁰ CE, 13 oct. 1989, *Dumont*, n° 78943, inédit ; CAA Douai, 16 mai 2001, *Ravin*, *AJFP*, 2002, p. 18.

¹⁵⁹¹ CE, 14 nov. 1980, *Ministre de la Défense c. Tricard*, n° 13084, *Lebon*, p. 428.

¹⁵⁹² CE, 14 janv. 1987, *Paulo*, n° 57555, *Dr. adm.*, 1987, n° 101.

Dans une décision du 5 octobre 2012, *Elisabeth M.*¹⁵⁹³, le Conseil constitutionnel, saisi pour la première fois d'une QPC portant sur une disposition relative aux conditions de moralité exigées pour remplir certains emplois¹⁵⁹⁴, a lui-même confirmé la conformité à la Constitution de dispositions prévoyant une condition de moralité pour l'accès à la magistrature. Concernant cette dernière, l'ordonnance du 22 décembre 1958 (art. 16, 3°)¹⁵⁹⁵ prévoit que les candidats à l'auditorat doivent « jouir de leurs droits civiques et être de bonne moralité ». Le grief ne portait pas sur le fait que l'accès à la magistrature est conditionné par des garanties de moralité. Il se fondait sur l'absence de précision législative quant à cette notion de « bonne moralité » et aux conditions dans lesquelles elle est appréciée par l'autorité administrative. La requérante fondait son argumentation en droit sur la référence, dans une décision de 1998, aux « exigences précises quant à la capacité ». Elle estimait que ce qui avait été exigé pour l'appréciation des « talents » devait être exigé pour l'appréciation des « vertus »¹⁵⁹⁶. Il s'agissait donc d'un grief d'incompétence négative qui affectait selon elle le principe d'égal accès aux emplois publics (cette condition conférant à l'administration un pouvoir pour s'opposer au recrutement des magistrats). Le Conseil constitutionnel n'a pas estimé que la notion de « bonne moralité » renvoyait à l'appréciation subjective du bien ou du mal par le ministre ou le Conseil d'État, à l'état des mœurs chez « les gens honnêtes » à un moment donné, ou au simple respect des lois d'ordre public. Il a considéré que cette notion s'apprécie par un raisonnement finaliste au regard de la fonction postulée et des devoirs auxquels on est tenu à raison de l'état de magistrat. En l'espèce, il s'agit « de permettre à l'autorité administrative de s'assurer que les candidats présentent les garanties nécessaires pour exercer les fonctions des magistrats et, en particulier, respecter les devoirs qui s'attachent à leur état »¹⁵⁹⁷.

Bien que compte tenu du statut constitutionnel de la magistrature, l'application des règles de droit commun concernant les fonctionnaires soit limitée s'agissant des magistrats, il

¹⁵⁹³ Cons. const., déc. n° 2012-278 QPC du 5 oct. 2012, *Mme Elisabeth M.*, *Rec.* p. 511.

¹⁵⁹⁴ Cf. *Commentaire aux Cahiers*. Le Conseil d'État, par une décision du 4 avril 2012, *M. Vanmairis*, n° 356637, a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC portant sur l'article L. 911-5 du code de l'éducation, aux termes duquel : « Sont incapables de diriger un établissement d'enseignement du premier et du second degré ou un établissement d'enseignement technique, qu'ils soient publics ou privés, ou d'y être employés, à quelque titre que ce soit : 1° Ceux qui ont subi une condamnation judiciaire pour crime ou délit contraire à la probité et aux mœurs ; [...] ».

¹⁵⁹⁵ Modifié par la loi n° 94-101 du 5 février 1994 - art. 7 JORF 8 févr. 1994.

¹⁵⁹⁶ Cons. const. déc. n° 98-396 DC du 19 févr. 1998, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de Cour d'appel en service extraordinaire*, *Rec.* p. 153.

¹⁵⁹⁷ Cons. const., déc. n° 2012-278 QPC, *cit.*, cons. 5.

semble que l'exigence expresse ou tacite de bonne moralité pour accéder non seulement à la magistrature mais plus généralement, aux fonctions, dignités et places publiques puisse être considérée comme conforme à la Constitution. On sait que le droit d'égal accès aux fonctions publiques tire son origine de l'article 6 de la Déclaration de 1789 qui dispose que tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi, ils « sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs *vertus* et de leurs talents »¹⁵⁹⁸. Le bloc de constitutionnalité lui-même, à travers l'article 6, pose l'exigence d'une appréciation des *vertus* des postulants aux fonctions publiques dont le *sens moral* constitue indubitablement une dimension. Il n'existe donc pas de contradiction entre l'énoncé du principe d'égal accès aux emplois publics et la possible « distinction » selon les « *vertus* »¹⁵⁹⁹. Le principe d'égalité, légué par la Révolution française, ne signifie pas absence de condition. Le droit d'égal accès aux fonctions publiques tout comme le droit d'être juré restent donc dans une certaine mesure soumis à une condition de moralité.

B. Droits politiques et condition de moralité : le subterfuge de la création d'une peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité

En matière d'inéligibilité, le législateur a trouvé un subterfuge permettant de rendre le prononcé de la peine d'inéligibilité non pas *automatique* – le principe d'individualisation le lui interdisant – mais *quasi systématique*. Par là, il rétablit en quelque sorte l'exigence de moralité pour les représentants.

On a vu dans le chapitre 4 que pour Jean-Louis Nadal, le régime des peines d'inéligibilité était en 2015 insuffisant au regard de la réticence des magistrats à prononcer cette sanction. Pour pallier cette insuffisance, d'aucuns ont dès lors proposé, comme en matière de fonction publique, d'instaurer l'exigence d'un casier judiciaire vierge de certaines condamnations comme condition d'éligibilité. L'exigence d'un casier judiciaire vierge, qui serait un gage de moralité, a été refusée par le gouvernement qui a considéré qu'elle ne serait pas conforme aux dispositions de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Mme Nicole Belloubet, Garde des Sceaux, a ainsi indiqué à l'Assemblée nationale en 2017 : « la commission des Lois a souhaité substituer à ce dispositif un mécanisme auquel le Gouvernement avait renoncé pour des

¹⁵⁹⁸ Dans la période contemporaine, ce principe a été réaffirmé dans le préambule de la Constitution de 1946 qui « garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques ».

¹⁵⁹⁹ PLANCHET (Pascal), « Les garanties morales requises des candidats à la fonction publique », *op. cit.*, p. 1016.

motifs de constitutionnalité. En interdisant automatiquement, sans qu'une juridiction ne se prononce, à ceux qui ne disposent pas d'un casier judiciaire vierge – le fameux B2 – de se présenter aux élections, on porte atteinte au principe de nécessité des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi qu'au principe d'individualisation des peines qui en découle »¹⁶⁰⁰.

Certains ont cependant souligné qu'il ne fallait pas ici envisager l'inéligibilité comme une peine, prononcée par les juridictions, en répression d'un comportement fautif. La limitation de l'éligibilité des personnes se justifie également par des motivations *autres que répressives*. Ainsi, seuls sont électeurs et éligibles les citoyens ayant atteint l'âge de dix-huit ans, afin de leur laisser le temps d'affermir leur liberté de vote et de se dégager de l'influence de leur entourage. Surtout, le droit admet également que soit limitée l'éligibilité de ceux qui se soustraient à leurs obligations envers la nation : c'est ainsi que l'article L. 45 du code électoral ordonne que « nul ne peut être élu s'il ne justifie avoir satisfait aux obligations imposées par le code du service national ». Celui ou celle qui ne s'est pas conformé à ses devoirs pour la défense nationale est jugé indigne de briguer les suffrages de ses concitoyens. C'est sur cette logique que repose cette proposition de loi relative à l'instauration d'un casier judiciaire vierge. Elle ne prévoit pas une *peine d'inéligibilité*, mais une nouvelle *condition d'éligibilité* ; elle n'ambitionne pas de sanctionner plus durement le coupable d'une infraction pénale, mais de garantir que les candidats aux charges publiques fassent montre d'une bonne moralité ; elle ne vise pas les élus d'hier mais ceux de demain. On est là dans un système préventif : on ajoute une condition à l'éligibilité, celle d'avoir un casier judiciaire vierge.

On a relevé que cette exigence serait conforme à l'article 6 de la Déclaration de 1789 qui admet qu'une distinction puisse être opérée sur la base des *vertus*. On a vu que ce mécanisme est exigé des aspirants à la fonction publique. Or, l'article 6 protègerait de façon identique l'accès à un mandat électif ou à la fonction publique¹⁶⁰¹. Aussi cette nouvelle condition d'éligibilité serait-elle conforme à la Constitution. Loin de faire l'unanimité, cette analogie entre fonction publique et mandat électif divise cependant la doctrine : pour beaucoup, il ne serait pas possible d'établir un parallèle entre un casier judiciaire vierge pour les candidats

¹⁶⁰⁰ Ass. Nat., 1^{ère} séance du lundi 24 juill. 2017.

¹⁶⁰¹ Telle est notamment la position défendue par le Professeur F. Mélin-Soucramanien, Déontologue à l'Assemblée, et auditionné par la Commission des Lois dans ce dossier. Cf. Rapport n° 4404 et 4408 fait au nom de la Commission des Lois par Mme Fanny Dombre Coste visant à instaurer une obligation de casier judiciaire vierge, déposé à l'Assemblée nationale le 25 janv. 2017, p. 10.

aux élections et pour les candidats à intégrer la fonction publique, condition que le Conseil constitutionnel admet dans ce deuxième cas. La jurisprudence constitutionnelle ne permettrait pas d'établir pareille comparaison : l'accès à la fonction publique s'apprécierait au regard de l'article 6 de la Déclaration là où le droit de vote et le droit d'éligibilité, qui est rattaché au premier, se fonderaient uniquement sur l'article 3 de la Constitution. Or, on sait que le Conseil constitutionnel a, en 1982, dégagé de manière limitative quatre motifs pouvant fonder les conditions d'éligibilité. Ce dernier a estimé que « la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu »¹⁶⁰². Le critère fondé sur la moralité ne semble pas se rattacher à l'un de ces motifs. Si, comme le dispose l'article 3 de la Constitution, seul le législateur est compétent pour déterminer les cas dans lesquels un délinquant peut être privé de son droit de vote et d'éligibilité, il ne lui appartient pas d'ajouter un cinquième motif à la liste.

Une modification de l'article 3 de la Constitution visant à compléter la définition de la qualité d'électeur par la mention des conditions d'éligibilité des candidats aurait dès lors pu être envisagée. Il aurait été nécessaire de définir, outre les conditions d'âge et de nationalité, un champ d'inéligibilités systématiques qui inclurait les atteintes à la probité. À défaut d'avoir engagé une modification de l'article 3 dernier alinéa de la Constitution, une solution de niveau législatif a pu être trouvée pour s'assurer de la moralité des élus.

S'appuyant sur la proposition n° 18 du président de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a fait de l'inéligibilité une « peine complémentaire obligatoire ». Ces peines dites *obligatoires* se distinguent des peines *accessoires* en ce qu'elles doivent être prononcées par le tribunal¹⁶⁰³.

¹⁶⁰² Cons. const., déc. n° 82-146 DC du 18 nov. 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, Rec. p. 66.

¹⁶⁰³ Sont par exemple considérées comme des peines complémentaires obligatoires les sanctions relatives aux obligations de publication du jugement de condamnation en matière de pratique commerciale trompeuse ou l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis en cas d'infraction au code de la route en état de récidive. L'annulation du permis de conduire en récidive de conduite en état alcoolique prévue par l'article L. 234-13 du Code de la route a lieu *de plein droit*. Mais le juge a l'obligation de se prononcer sur ladite annulation. Il s'agit donc, non pas d'une peine accessoire, mais d'une peine complémentaire obligatoire. Dans deux questions prioritaires de constitutionnalité tranchées le 29

Pour autant, la distinction est tenue car il s'agit d'une peine dont le code pénal ordonne au juge de la prononcer. La subtilité de la distinction réside dans le fait que, si le tribunal omet de prononcer cette peine complémentaire obligatoire, elle ne sera pas appliquée (en principe la cassation est encourue dans ce cas) alors que la peine accessoire l'est inévitablement.

Cette peine obligatoire d'inéligibilité constitue, conformément à l'exigence formulée par le Conseil constitutionnel, une sanction proportionnée au but recherché, à savoir éloigner temporairement des élus non exemplaires de la vie politique, et en lien direct avec le comportement prohibé, à savoir tirer un avantage personnel d'une fonction publique ou élective. Pour respecter le principe d'individualisation des peines, la durée de la peine est laissée à la discrétion du juge. En outre, afin de garantir la pleine liberté du juge dans le choix des peines, il est prévu pour ce dernier la possibilité, lorsqu'il l'estime nécessaire, d'écarter le prononcé de l'inéligibilité par une décision dûment motivée. Le nouvel article 131-26-2 n'est donc pas formellement une peine accessoire automatique. Il n'en demeure pas moins qu'avec cette réforme, l'inéligibilité constitue une peine quasi systématique qui sera appliquée pour un nombre incalculable d'infractions : le juge sera *obligé* de déclarer inéligible tous les auteurs des délits suivants :

- 1° Les délits prévus aux articles 222-9, 222-11, 222-12, 222-14, 222-14-1, 222-14-4, 222-15, 222-15-1 et 222-27 à 222-33-2-2 du présent code ;
- 2° Les délits prévus aux articles 225-1 à 225-2 ;
- 3° Les délits prévus aux articles 313-1, 313-2 et 314-1 à 314-3, ainsi que leur recel ou leur blanchiment ;
- 4° Les délits prévus au chapitre Ier du titre II du livre IV ;
- 5° Les délits prévus aux articles 432-10 à 432-15, 433-1 et 433-2, 434-9, 434-9-1, 434-43-1, 435-1 à 435-10 et 445-1 à 445-2-1, ainsi que leur recel ou leur blanchiment ;
- 6° Les délits prévus aux articles 441-2 à 441-6, ainsi que leur recel ou leur blanchiment ;
- 7° Les délits prévus aux articles L. 86 à L. 88-1, L. 91 à L. 104, L. 106 à L. 109, L. 111, L. 113 et L. 116 du code électoral ;
- 8° Les délits prévus aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts, lorsqu'ils sont commis en bande organisée ou lorsqu'ils résultent de l'un des comportements mentionnés aux 1° à 5° du II de l'article L. 228 du livre des procédures fiscales, ainsi que leur recel ou leur blanchiment ;
- 9° Les délits prévus aux articles L. 465-1 à L. 465-3-3 du code monétaire et financier, ainsi que leur recel ou leur blanchiment ;
- 10° Les délits prévus aux articles L. 241-3 et L. 242-6 du code de commerce, ainsi que leur recel ou leur blanchiment ;

septembre 2010, le Conseil constitutionnel a validé la conformité de ces peines à la Constitution : cf. Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-40 (*M. Thierry B.*) et n° 2010-41 (*Société Cdiscount et autre*) QPC, *Rec.* p. 255 et p. 257. V. également GIACOPELLI (Muriel), « Le sauvetage des peines complémentaires obligatoires par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 1, 2011, p. 151.

- 11° Les délits prévus à l'article L. 113-1 du code électoral et à l'article 11-5 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique ;
- 14° Le délit de participation à une association de malfaiteurs prévu à l'article 450-1 du présent code, lorsqu'il a pour objet un crime ou un délit mentionné aux 1° à 13° du présent II.

Ces infractions ne se limitent pas aux manquements au devoir de probité, à la fraude fiscale ou à la fraude électorale. Elles incluent les discriminations sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, etc. Elles comprennent également le harcèlement sexuel et moral, les infractions attentatoires au principe d'égalité entre les femmes et les hommes, les agressions sexuelles. S'y ajoutent encore les violences contre la personne, etc. Le juge sera par exemple obligé de déclarer inéligible celui qui aura entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours. Par ce mécanisme de la peine obligatoire et la multitude d'infractions auquel il s'applique, le législateur subordonne en quelque sens de nouveau le droit d'éligibilité à une condition de moralité.

Il ressort de cet exposé que l'on ne peut plus identifier, aujourd'hui, les droits politiques et civiques par leur régime juridique : il n'existe plus de régime unifié. Il convient de distinguer d'un côté le droit de vote et de l'autre, le droit d'éligibilité, le droit d'accès à la fonction publique et le droit d'être juré. Les droits civiques, par différence avec les droits politiques, continuent de pouvoir être subordonnés *ouvertement* à une condition de moralité. Pour ce qui est de l'inéligibilité, cette condition, en principe interdite, a été *indirectement* rétablie à travers le mécanisme de la peine obligatoire.

La question de la privation des droits politiques fait donc apparaître les tensions qui entourent la notion de citoyenneté : tensions « théoriques » tout d'abord, quant à la place de la moralité ; tensions politiques ensuite, que révèle notamment la position du Royaume-Uni mais aussi de la Russie vis-à-vis de l'Europe de Strasbourg : si les droits civiques et politiques sont en un sens devenus des droits du citoyen, ils relèvent encore pour les États, face aux Cours européennes, de leur *imperium*.



Conclusion de la troisième Partie

C'est précisément sur cette question des rapports entre citoyenneté et souveraineté que nous concluerons cette dernière partie. En adoptant une démarche similaire à celle qui est retenue dans cette thèse, c'est-à-dire en étudiant la nationalité (« *citizenship* ») aux États-Unis à travers le prisme des politiques de dénaturalisation, Patrick Weil a montré comment les juges de la Cour suprême ont utilisé l'expression de « sovereign citizen » pour s'opposer aux déchéances de nationalité arbitraires qui ont eu cours dans la première moitié du XX^e siècle¹⁶⁰⁴. Au début du XX^e siècle, en 1906, on assiste dans ce pays à l'institutionnalisation et au développement des dénaturalisations pour fraude. La dénaturalisation apparaît comme un moyen technique pour défaire ce qui a été mal fait. Elle se mue rapidement cependant en un instrument politique permettant de débarrasser les États-Unis des infiltrés, des « indésirables ». En 1907 est ainsi créée une citoyenneté conditionnelle, révoquable pour les naturalisés, assujettis à une série d'exigences de résidence, de race et d'opinion politique non pas pour obtenir, mais pour conserver leur nationalité américaine : l'expression d'opinions anarchistes, puis communistes et socialistes notamment sont des causes d'annulation de la naturalisation. Cette déchéance de la nationalité s'est progressivement étendue aux Américains de naissance qui jusque-là, ne pouvaient perdre leur nationalité qu'en devenant citoyens d'un autre pays ou en se mariant à des étrangers – pour les femmes. À partir de la loi de 1940, le délit politique fait de la nationalité un statut révoquable pour tous. Avec la Seconde guerre mondiale, la dénaturalisation comme la déchéance de nationalité d'un certain nombre d'Américains de naissance devient, d'une politique marginale, un élément de première ligne.

La Cour suprême, dans l'arrêt *Afroyim v. Rusk* de 1967¹⁶⁰⁵, met fin à la citoyenneté conditionnelle pour les natifs américains ; elle pose également un terme aux « dénaturalisations » arbitraires. Elle recourt, à cet effet, à l'expression de « sovereign

¹⁶⁰⁴ WEIL (Patrick), *The Sovereign Citizen. Denaturalization and the Origins of the American Republic*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2013. Du même auteur, v. « From conditional to secured and sovereign: The new strategic link between the citizen and the nation-state in a globalized world », *I•CON*, 2011, vol. 9, n° 3-4, p. 615-635; « "Le Citoyen est Souverain, pas l'État". Comment la dénaturalisation a révolutionné la citoyenneté américaine », *Informations sociales*, 2013/3, n° 177, p. 68-74 ; « Can a Citizen Be Sovereign ? », *Humanity*, 2017, vol. 8, n° 1.

¹⁶⁰⁵ *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253 (1967). La Cour avait déjà fait référence au « citoyen souverain » dans l'arrêt *Perez v. Brownell*, 356 U.S. 44 (1958). Il s'agissait toutefois d'une opinion dissidente : « The people who created this government endowed it with broad powers. They created a sovereign state with power to function as sovereignty. But the citizens themselves are sovereign, and their citizenship is not subject to the general powers of their government » (nous soulignons). Cette conception devient, dans *Afroyim v. Rusk*, l'opinion de la majorité de la Cour.

citizen » : la dépendance traditionnelle entre l'individu et l'État s'inverse. La souveraineté n'est plus le pouvoir suprême de l'État sur les individus qui relèvent de sa juridiction. Elle est partagée et appartient aux citoyens qui bénéficient pour chacun d'entre eux de son caractère inaliénable et permanent. La souveraineté populaire, socle du système républicain, est, sur le fondement du XIV^e amendement, investie dans l'individu. L'État est obligé de garantir le statut de natif américain aux individus nés sous sa juridiction.

En France, on peut affirmer que les droits du citoyen, de droits dans la main du Législateur, du Souverain, sont également devenus dans une certaine mesure des droits de l'individu. On ne peut pour autant considérer que le citoyen soit devenu lui-même souverain. Celui-ci est toujours susceptible d'être privé de ses droits civiques et politiques. Par ailleurs, dans la jurisprudence actuelle, ce n'est pas la *souveraineté* mais la *dignité* qui constitue le fondement de l'universalisation du droit de vote. Pour le dire autrement, on ne considère plus comme au XVIII^e siècle que le suffrage doit être conféré au plus grand nombre des citoyens parce qu'il constituerait l'exercice de la part de la souveraineté qui repose en chacun, conformément à la théorie de la souveraineté populaire. D'une justification reposant sur la notion de fraction de la souveraineté, la théorie du droit individuel a évolué vers une justification fondée sur la valeur propre de chaque individu¹⁶⁰⁶. Comme l'affirme la Cour suprême du Canada, aujourd'hui, « la participation individuelle au processus électoral possède une valeur intrinsèque indépendante du résultat des élections »¹⁶⁰⁷.

La démocratie doit par conséquent favoriser le corps électoral le plus inclusif possible. La privation des droits politiques n'est plus tant perçue comme un moyen de préserver la démocratie que comme une menace pour cette dernière. Dans l'arrêt *Sauvé*, les juges ont établi que « le droit de vote de tout citoyen [...] sert d'assise à la légitimité de la démocratie canadienne et aux pouvoirs dont se réclame le législateur »¹⁶⁰⁸. Ils ont ajouté qu'« un gouvernement qui n'accorde le droit de vote qu'à un groupe de citoyens choisis [...] contredit sa prétention à une démocratie représentative »¹⁶⁰⁹. Les juges d'Afrique du Sud ont également affirmé en 2004 qu'un État qui interdit le droit de suffrage à un groupe de citoyens n'est plus apte à représenter légitimement ces citoyens¹⁶¹⁰. La Cour suprême d'Israël a elle-même

¹⁶⁰⁶ SAINT-LAURENT (Geneviève), *Le droit de vote limité par la condamnation pénale*, op. cit., p. 12.

¹⁶⁰⁷ *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, point 29.

¹⁶⁰⁸ *Sauvé c. Canada*, cit, point 34.

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*

¹⁶¹⁰ *NICRO and others*, cit.

déclaré dans l'arrêt *Hilla Alrai v. Minister of Interior et al.* de 1996¹⁶¹¹ que ce type d'exclusion portait davantage atteinte à la démocratie elle-même qu'à l'individu qu'elle chercherait ainsi à sanctionner. Cette affirmation est d'autant plus forte qu'elle a joué en l'espèce en faveur du meurtrier de Yitzak Rabin, alors Premier ministre. La démocratie n'est plus tant interprétée comme gouvernement par le peuple que comme système d'égalité des droits. Le concept de dignité de la personne apparaît à cet égard comme un « réservoir d'égalité »¹⁶¹². Le citoyen, de membre du Souverain qu'il est, tend à être assimilé au *sujet de droit individuel* doté de droits opposables.

Si cette évolution de la citoyenneté qui se dessine ces vingt dernières années doit être nuancée, elle n'en reste pas moins remarquable.

¹⁶¹¹ *Hilla Alrai v. Minister of the Interior et al.*, [1996] IsrSC 50 (2) P.D. 18.

¹⁶¹² V. STOURZH (Gerald), « L'État moderne : l'égalité des droits, l'égalisation des statuts individuels et la percée de l'État libéral moderne », in Janet COLEMAN (dir.), *L'Individu dans la théorie et la pratique politique*, Paris, PUF, 1996, p. 349-377.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Contrairement à l'approche qui prévaut dans la littérature anglo-saxonne sur le « criminal disenfranchisement », l'objet de cette enquête n'était pas philosophique : la question ne consistait pas à savoir si et dans quels cas priver des délinquants de leurs droits civiques et politiques est légitime d'un point de vue normatif. Nous avons cherché en juriste, en nous fondant sur la théorie, sur l'histoire et le droit positif à la fois en droit pénal et en droit constitutionnel, à mettre en évidence ce que le droit pénal pouvait apporter à la compréhension et à la conceptualisation de la notion constitutionnelle de citoyenneté. Il ne s'est pas agi, à cet effet, de prendre congé de la doctrine existante, des autres disciplines en général, et du droit public en particulier pour prétendre proposer une nouvelle définition de la citoyenneté : adopter pour point de départ l'idée que la déchéance des droits civiques et politiques équivaut à une perte de la citoyenneté implique que l'on présuppose que la citoyenneté se définit par la jouissance desdits droits. L'objectif a consisté bien plutôt à compléter cette définition à partir de laquelle nous avons construit notre propos en adoptant un *autre point de vue*.

Après avoir ainsi étudié d'un point de vue diachronique et synchronique l'origine, la nature, les justifications, les conditions d'application des mesures privatives des droits politiques et civiques résultant d'un comportement jugé répréhensible en général, et d'une condamnation pénale en particulier, les enseignements que nous pouvons tirer de cette recherche sont triples. En premier lieu, nous avons mis en lumière la valeur heuristique d'une approche de la notion de citoyenneté *en creux*, à travers le prisme du droit pénal. Le droit pénal est ici entendu *lato sensu*. Cette thèse a en effet inclus une analyse tant des déchéances résultant de condamnations pénales, quelle que soit leur nature formelle (pénale ou électorale), que des incapacités résultant d'une autre cause (faillite, sanction disciplinaire, irrégularité des comptes de campagne) mais ayant la nature d'une punition. L'apport du droit pénal à la citoyenneté se situe à plusieurs niveaux : au niveau *théorique*, le droit pénal s'est révélé être un instrument *cognitif* permettant d'exhumer des impensés ou des idées sous-développées de la citoyenneté dans la doctrine constitutionnelle classique. Sur le plan *pratique*, le droit pénal peut être dit *instituant* : il participe concrètement à la délimitation des bénéficiaires des droits du citoyen et se fait l'expression des valeurs qui la sous-tendent. L'étude de la façon dont le droit pénal, sous la Révolution, a participé à la construction du corps politique, l'observation selon laquelle au moment de sa naissance, la loi essentielle en

matière de citoyenneté était la loi pénale, a conforté d'un point de vue historique notre démarche théorique. Il est apparu à cette occasion que la moralité était depuis toujours une condition constante d'accès à la citoyenneté – condition généralement négligée dans les études sur la citoyenneté – là où la nationalité, condition abondamment commentée – était une exigence variable au cours de l'histoire, inexistante dans l'Empire romain ou au début de la Révolution.

Les seconds enseignements de cette thèse portent précisément sur ses apports à la notion de citoyenneté envisagée du point de vue de ses bénéficiaires (première partie), de sa « substance » (seconde partie) et de son contenu matériel (troisième partie). L'identification des principales raisons pour lesquelles certains comportements sont sanctionnés par la perte des droits civiques et politiques ainsi que des biens juridiquement protégés par ces sanctions a contribué à mettre en évidence la dimension non seulement axiologique, mais morale de la citoyenneté ainsi que l'importance des devoirs pour une théorie de la citoyenneté pouvant être pensée comme une fonction publique. En prenant appui sur le droit positif, nous avons ainsi proposé de conceptualiser la citoyenneté en termes de « *dignitas* » au sens romain du terme, c'est-à-dire de statut honorifique attaché à une fonction officielle, directement porteur d'obligations particulières que l'individu a envers le statut en lui au titre duquel il est digne. L'universalisation du suffrage et la démocratisation de l'honneur, autrement dit l'idée d'*égalisation* (par le haut) inhérente à la citoyenneté moderne n'ont pas totalement évacué l'idée de *hiérarchisation* entre les nationaux, cette hiérarchisation n'étant plus sociale, entre classes, mais juridique et morale, entre dignes et indignes. Comme l'indiquait explicitement l'Ordonnance instituant en 1944 le crime d'indignité nationale, si elle répugne à l'idée de *discrimination*, la citoyenneté autorise toujours à ce que la nation opère le départ entre les bons et les mauvais fils de la nation.

Les justifications de la peine de la dégradation nationale qui sanctionne ce crime, et plus généralement des peines privatives des droits civiques et politiques ont révélé que l'appartenance au corps politique impliquait alors le respect de devoirs dont on a identifié trois types : si l'on définit le citoyen comme celui qui doit savoir être à la fois gouvernant et gouverné, comme Aristote, ou encore comme membre du Souverain, « actif », et membre de l'État, « passif » à la suite de Rousseau, le premier devoir qui s'impose à lui est le devoir d'obéissance. Le citoyen a en second lieu des droits-devoirs, des droits qui sont des devoirs, des « *responsability-rights* » pour reprendre l'expression de Jeremy Waldron. Il a enfin des

devoirs moraux, parmi lesquels le Conseil d'État a inclus dans un rapport de 2018 la civilité : la citoyenneté *politique* implique un certain comportement *social* dans l'espace public.

Au sein des obligations de respecter la loi, le législateur ne s'est pas limité comme l'on aurait pu s'y attendre à sanctionner par la déchéance des droits de citoyen les infractions qui concernent l'existence de la communauté politique en tant que communauté, les infractions qui menacent les principes sur lesquels celle-ci est fondée. Plus exactement, les infractions sanctionnées par ce type de peines signalent qu'à travers elles, le législateur et le juge ne protègent plus tant depuis la Restauration (et à l'exception de la période particulière de la Libération) l'État et la nation que la moralité publique. C'est en effet par la déchéance de la *nationalité* qu'il protège les premiers, la spécificité de la citoyenneté résidant dès lors dans la protection de valeurs morales. En se faisant le gardien de la moralité ordinaire, mais surtout de la probité des agents publics au sens large (élus compris), le droit pénal protège indirectement la chose publique et le bon fonctionnement du système représentatif. La citoyenneté repose – ou à tout le moins reposait – sur une vision morale du contrat social.

L'étude de l'évolution du contenu matériel de la citoyenneté met en évidence une tension aujourd'hui quant à cette conception. Cette vision de la citoyenneté comme fonction publique faisant de la moralité une condition d'exercice des droits civiques et politiques tend en effet à être ces dernières années remise en cause par les Cours suprêmes dans le monde sous l'influence du développement des droits de l'homme : de « droits appartenant au souverain », « dans la main du législateur », les droits politiques sont devenus des « droits appartenant au citoyen » pensé comme individu s'opposant au Tout. Le Conseil constitutionnel, bien qu'il n'ait jamais été appelé, contrairement aux Cours européennes ou étrangères, à se prononcer explicitement sur la nature des droits politiques, s'inscrit dans le sillage de cette évolution. C'est ce qu'il indique en élargissant l'application des garanties du droit répressif à toutes les mesures privatives de droits politiques quelles qu'elles soient. Le droit pénal se fait « bouclier » de la citoyenneté. La raison en est la conception nouvelle du droit de vote qui apparaît non seulement comme un droit fondamental, mais comme un droit appelant un régime de protection plus strict que d'autres. Si *explicitement*, les décisions des Sages ont résulté du principe d'*individualisation* des peines, on a démontré qu'*implicitement*, elles s'expliquent par la *subjectivisation* des droits politiques. Loin d'être étrangers l'un à l'autre, ces deux processus qui placent au cœur du droit le *sujet individuel* sont allés de pair.

On assiste alors à un changement de paradigme de la citoyenneté. Le droit français et certaines Cours suprêmes étrangères n'arriment plus désormais la citoyenneté à la dignité institutionnelle du citoyen mais à la dignité individuelle de la personne. À l'ancienne *dignitas* qui justifiait les peines privatives des droits civiques se substitue la dignité de la personne qui justifie au contraire que l'on limite au maximum lesdites peines. Cette évolution, toutefois, est à nuancer : elle semble en effet concerner essentiellement le droit de vote. Le régime des droits civiques et politiques n'est plus unifié. Plus qu'à la substitution d'un paradigme de la citoyenneté à un autre, on assiste à une tension au sein du régime actuel de la citoyenneté.

Dans tous les cas – et c'est là le troisième enseignement que l'on peut tirer de cette thèse, la réduction continue du nombre de déchéances de droits civiques prononcées en France, qui se réduit à 248 en 2017, témoigne du fait que l'on se rapproche de l'isonomie décrite par Gerald Stourzh, c'est-à-dire de l'égalité des droits (politiques). Cette conclusion est renforcée par l'inclusion des majeurs sous tutelle dans la communauté des citoyens en mars 2019. Cette égalisation procède de l'individualisme : de membre que la doctrine constitutionnaliste classique ne parvenait pas à penser indépendamment du Souverain, le *citoyen* tend à devenir le *sujet individuel*, doté de droits qu'il oppose au Souverain. La citoyenneté se vide peu à peu de son contenu politique pour devenir un statut social. Le droit de vote apparaît moins comme un instrument de *participation politique* que comme un *gage d'appartenance à la société*.

*

À l'issue de cette étude consacrée à la citoyenneté *étatique*, une question reste en suspens. La recherche menée a fait apparaître un nouvel acteur depuis 2015 dans le débat relatif à la privation des droits civiques : l'Union européenne. L'examen de la législation française sur la dégradation civique a été l'occasion pour la CJUE de consacrer pour la première fois la dimension proprement *politique* – et non plus seulement économique et sociale – de la citoyenneté de l'Union et la nature *supranationale* du Parlement européen.

Forts de ce constat, on peut légitimement se demander si la démarche adoptée dans cette thèse pourrait être appliquée à l'espace transnational qu'est l'Union européenne¹⁶¹³. Nous

¹⁶¹³ Pour une analyse des rapports entre droit pénal de l'Union européenne et citoyenneté *non politique* de l'Union européenne, v. not. COUTTS (Stephan), « Supranational public wrongs: The limitations and possibilities of European criminal law and a European community », *Common Market Law Review*, vol. 54, n° 3, 2017, p. 771-803. En identifiant les actions considérées comme portant atteinte à l'Union dans son ensemble, la politique

avons établi dans l'introduction que la question de la privation des droits civiques et politiques résultant d'une condamnation pénale se posait essentiellement dans le cadre de la forme politique qu'est l'État. D'une part, il n'existe pas dans les fédérations émergentes comme l'Union européenne de droit pénal fédéral à proprement parler. D'autre part, la privation des droits électoraux tirés de la citoyenneté « fédérale », aux États-Unis comme dans l'Union européenne, incombe aux États. N'étaient ces limites, qui impliquent que l'on ne puisse transposer *tel quel* notre instrument d'analyse de l'État à l'Union européenne, il semble qu'il y ait quelque pertinence à l'ajuster pour étudier la citoyenneté de l'Union¹⁶¹⁴. La jurisprudence *Delvigne* a en effet fait apparaître que si la détermination « positive » des titulaires du droit de suffrage et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ne relève point de la compétence de l'Union, il en va autrement des restrictions que les États sont susceptibles d'apporter à l'exercice desdits droits – de la détermination, autrement dit, des « exclus ». Le droit de l'Union contribue donc incidemment à tracer en creux les frontières du *demos* européen et plus particulièrement du corps des représentants européens par les exclusions qu'il prohibe ; et l'on ajoutera : par celles qu'il impose. En guise d'ouverture pour des recherches futures, on s'attachera à esquisser l'idée que les prémices des contours d'un corps de représentants européen se dessinent à travers la reconnaissance inter-étatique des sanctions nationales privatives des droits politiques tout autant si ce n'est plus qu'à travers l'extension des droits eux-mêmes. Qu'est-ce à dire ?

Il n'est plus besoin d'évoquer que le droit de l'Union impose aux États membres d'accorder à tout citoyen de l'Union originaire d'un autre État mais résidant sur leur territoire le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans les mêmes conditions qu'à leurs propres ressortissants. Autrement dit, tout citoyen de l'Union, indépendamment de sa nationalité, jouit des droits électoraux dans l'État de résidence s'il réunit les conditions auxquelles la législation de l'État membre de résidence subordonne le droit de vote et d'éligibilité de ses propres ressortissants. Les règles relatives aux élections au Parlement européen sont déterminées en première instance par l'*État de résidence*. À une précision près : le droit de l'Union impose en effet que si un citoyen est déchu de ses droits politiques dans son *État d'origine*, il le soit aussi dans son État de résidence. L'article 6 §1 de la

de l'Union européenne dans le domaine du droit pénal substantiel exprimerait, selon l'auteur, les valeurs partagées par la communauté et contribuerait à éclairer les dimensions de la citoyenneté non politique dans l'Union.

¹⁶¹⁴ Pour un aperçu de ces recherches, voir AYNES (Camille), « La citoyenneté politique dans l'Union européenne à l'épreuve de la sanction pénale de la privation des droits politiques », *op. cit.*

directive 93/109/CE du 6 décembre 1993¹⁶¹⁵ dispose que « tout citoyen de l'Union qui réside dans un État membre sans en avoir la nationalité et qui, par l'effet d'une décision individuelle en matière civile ou pénale, est déchu du droit d'éligibilité en vertu soit du droit de l'État membre de résidence, soit du droit de son État membre d'origine, est exclu de l'exercice de ce droit dans l'État membre de résidence lors des élections au Parlement européen ».

La déchéance du droit d'éligibilité au Parlement européen prononcée par *un* État s'applique dans *tous les États membres* dans lesquels le citoyen déchu choisirait de s'installer. Ce principe de « reconnaissance mutuelle des inéligibilités », encore appelé « principe de cumul des inéligibilités », conduit autrement dit à l'élargissement du champ d'application *ratione loci* des déchéances à tout le territoire de l'Union européenne. Ce principe est remarquable dans la mesure où il implique que les États membres traitent le cas échéant *différemment* les citoyens de l'Union étrangers résidant sur leur territoire et leurs propres nationaux. Les États qui ne prévoient pas de sanctions privant les condamnés de leurs droits politiques dans leur législation nationale se trouvent dans l'obligation d'interdire aux étrangers résidant sur leur territoire et privés desdits droits par leur État d'origine de se présenter comme candidats aux élections européennes. En d'autres termes, tous les États membres de l'Union sont tenus de reconnaître et d'appliquer sur leur propre territoire les sanctions privatives de droits civiques prononcées dans les autres États, que des déchéances du même ordre existent ou non dans leur propre législation, que leurs nationaux, *placés dans les mêmes conditions*, puissent être privés de leur droit d'éligibilité au Parlement européen ou non. Aussi la Finlande par exemple a-t-elle dû prévoir des conditions d'éligibilité au Parlement européen spécifiques pour les ressortissants des autres États membres, distinctes de celles qu'elle impose à ses nationaux. Cette condition supplémentaire que doivent remplir les citoyens de l'Union, très largement ignorée par la doctrine, limite en un sens la portée du principe de non-discrimination selon la nationalité.

Comment justifier, au regard de ces effets, le principe de reconnaissance mutuelle de l'inéligibilité au Parlement européen ? Comment comprendre par ailleurs que le droit de l'Union veuille exclure du Parlement européen des citoyens ayant rompu, par leur infraction, le contrat social qu'ils ont avec leur État, et non avec l'Union ? En quoi la forme politique

¹⁶¹⁵ Directive 93/109/CE du Conseil, du 6 déc. 1993, fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants, *JOCE* n° L 329, 30 déc. 1993, p. 34-38.

menacée par la violation de la loi pénale nationale ne serait-elle pas seulement l'État mais la communauté politique européenne ? L'on retrouve ici un argument identique à celui qu'ont formulé depuis longtemps les États : le principe de cumul des inéligibilités se justifie par la volonté de garantir non pas la « pureté », ni l' « intégrité », mais une idée voisine : la « réputation » du Parlement européen. L'exposé des motifs de la directive signale que c'est « afin de bien veiller à la réputation du Parlement européen [qu'] il convient de prendre soin qu'un citoyen de l'Union déchu de son droit d'éligibilité ne puisse siéger ou même faire campagne pour les élections au Parlement européen »¹⁶¹⁶. Si le droit européen n'impose pas aux États de priver les détenus de leur droit d'éligibilité au motif qu'ils seraient de mauvais citoyens, du moins implique-t-il pour les États membres de prendre acte de ce que d'aucuns ont été jugés tels aux fins de garantir la réputation du Parlement européen.

En matière d'élections locales aussi, c'est pour « bien veiller à la *réputation* des assemblées représentatives et, le cas échéant, des exécutifs au niveau municipal [qu'] il peut convenir de prendre soin qu'un citoyen de l'Union déchu de son droit d'éligibilité ne puisse siéger ou même faire campagne pour les élections municipales dans l'État membre de résidence »¹⁶¹⁷. Les États membres qui le jugent nécessaire peuvent soumettre les candidats non nationaux non seulement au régime d'inéligibilité de l'État membre de résidence, mais aussi à la législation de l'État membre d'origine en la matière. Il s'agit là cependant non pas d'une obligation mais d'une simple option offerte aux États. De fait, sur les 27 États membres, 21 au moins reconnaissent la déchéance non seulement du droit d'éligibilité mais aussi du droit de vote aux élections tant européennes que locales¹⁶¹⁸.

On peut tirer de ces observations deux remarques : d'une part, le discours de la dignité du citoyen, en matière d'éligibilité, n'a pas disparu. S'il tend à s'effacer au niveau national, étant jugé comme archaïque, il réapparaît aux balbutiements de la construction d'une citoyenneté politique européenne. D'autre part, on a pu jusqu'ici considérer qu'en Europe, « la délocalisation de l'exercice des droits politiques a[vait] pour effet majeur de modifier la

¹⁶¹⁶ COM(93) 534 final, *cit.*

¹⁶¹⁷ COM(94) 38 final du 23 févr. 1994, Exposé des motifs, Proposition de directive du Conseil fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils n'ont pas la nationalité.

¹⁶¹⁸ Ces chiffres sont issus d'une recherche individuelle (projet FRACIT) que nous avons menée dans le cadre d'une étude sur « Les droits électoraux des citoyens de l'Union résidant dans un pays tiers et sur les droits électoraux des citoyens de pays tiers résidant dans l'Union » (Étude publiée par le Parlement européen, 2013).

composition des corps électoraux nationaux, en les élargissant à des membres étrangers »¹⁶¹⁹ : « c'est comme membres d'une communauté politique nationale *particulière* que les citoyens européens participent aux élections européennes. L'unité politique reste définie nationalement »¹⁶²⁰. Les droits politiques conférés par l'Union visaient de ce point de vue moins à la *participation* des citoyens à l'Union qu'à leur *intégration* dans leur État de résidence. Se posait dès lors la question de savoir « How european are European Parliament elections ? »¹⁶²¹ pour reprendre le titre d'une note présentée par Jo Shaw à l'occasion d'un séminaire de travail organisé par la Commission des affaires constitutionnelles les 26 et 27 mars 2008. Il s'agissait en substance de savoir s'il existe *un* concept européen unique du *demos* du Parlement européen ou *vingt-sept* concepts nationaux distincts juxtaposés.

Nous formulons l'hypothèse que c'est la « déterritorialisation » au sens d'extension à tout le territoire de l'Union européenne des sanctions privatives du droit d'éligibilité plus que « la délocalisation de l'exercice des droits politiques » qui permet de conclure à l'émergence, *en creux*, d'un corps d'élus en partie européen. En imposant une condition supplémentaire, proprement européenne, au droit non pas de vote mais d'éligibilité des citoyens de l'Union au Parlement européen pour lesquels satisfaire aux mêmes conditions que les nationaux de leur État de résidence ne saurait suffire, l'Union contribue incidemment à tracer « en creux » les frontières du corps des élus européens dont les membres, ou plutôt les exclus, ne sont pas déterminés exclusivement par les États. C'est comme membres d'une communauté politique nationale particulière que les citoyens européens ayant exercé leur droit de circulation participent aux élections européennes. Mais c'est comme membres de l'Union européenne – d'une Union *politique* – que les citoyens de l'Union déchus dans un État de leurs droits politiques sont exclus dans tous les États membres de l'éligibilité aux élections européennes. Les règles européennes relatives aux peines privatives des droits politiques prononcées par les États membres contribuent à la construction sinon d'un *demos* européen, du moins d'un corps de représentants européens. Notre approche, que l'on avait présentée dans l'introduction comme spécifique à la forme politique qu'est l'État, peut donc avec certains ajustements trouver à s'appliquer dans d'autres formes politiques et ouvrir la voie, ce faisant, à des recherches futures.

¹⁶¹⁹ AZOULAI (Loïc), « La citoyenneté, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*, p. 13.

¹⁶²⁰ *Ibid*, p. 14.

¹⁶²¹ SHAW (Jo), « How "European" are European Parliamentary Elections », PE 408. 300, Policy Department C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2008.

BIBLIOGRAPHIE

I - SOURCES LÉGISLATIVES ET CONSTITUTIONNELLES AVEC TRAVAUX PRÉPARATOIRES

A) ARCHIVES PARLEMENTAIRES ET RECUEILS DE LEGISLATION

Archives parlementaires de 1787 à 1799 (1^è série) ; de 1800 à 1860 (2^è série). Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises (sous la dir. de J. Mavidal et E. Laurent), Paris, Éd. Paul Dupont.

DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, Chez A. Guyot et Scribe, 1788-1824.

FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, vol. VII.

LOCRE (baron de), *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France ou Commentaires et complément des Codes français*, Treuttel et Würtz, 1831.

B) TEXTES CONSTITUTIONNELS COMMENTÉS

CARCASSONE (Guy), *La Constitution*, 11^{ème} éd., Points, 2013.

CONAC (Gérard), DEBENE (Marc) et TEBOUL (Gérard) (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, Economica, 1993.

JAUME (Lucien), *Les déclarations des droits de l'homme. 1789, 1793, 1846, 1946*, Flammarion, 1989.

LASCOMBE (Michel) et VANDENDRIESSCHE (Xavier) (éd.), *Code constitutionnel et des droits fondamentaux : annoté et commenté*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2018.

LUCHAIRE (François), CONAC (Gérard) (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1987.

RIALS (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988.

RIALS (Stéphane), *Les textes constitutionnels français*, PUF, 2012.

C) CODES PENAUX COMMENTÉS ET TRAVAUX PRÉPARATOIRES (par ordre chronologique)

- Code pénal de 1791

Loi. Code Pénal, Donnée à Paris le 6 octobre 1791, Paris, imp. de Prault, 1790.

LE PELLETIER DE SAINT-FARGEAU (Michel), *Rapport sur le projet du Code pénal, présenté à l'Assemblée nationale au nom des Comités de constitution & de législation criminelle*, Paris, Imprimerie nationale, 1791.

- Code pénal de 1810

Code pénal, éd. conforme à l'éd. originale du Bulletin des lois, précédé de l'*Exposé des motifs par les orateurs du Conseil d'État*, sur chacune des lois qui composent ce code, Paris, 1812.

Exposé des motifs du Code Pénal présenté au Corps législatif par MM. les orateurs du gouvernement, Pour faire suite et servir de Commentaire à l'Édition officielle du Code pénal, Paris, 1810.

- Code pénal de 1810 réformé en 1832

DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Code pénal annoté : édition de 1832*, contenant l'indication des lois analogues, des arrêts et décisions judiciaires, les discussions sur la loi d'avril 1832 et les opinions des auteurs, Paris, A. Guyot et Scribe, 1833.

GRATTIER De (Louis-Adolphe-Léonard), *Code d'instruction criminelle et Code pénal, texte officiel de 1832 : expliqués par la jurisprudence progressive de la Cour de cassation*, Paris, Videcoq, 1834.

DALLOZ (Édouard) et ali, *Les codes annotés. Supplément au Code pénal annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine*, Paris, Dalloz, 1899.

GARÇON (Émile), *Code pénal annoté*, nouv. éd. refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin et Marc Ancel, Paris, Sirey, 1952-1959.

- Projet de Code « Matter »

MAGNOL (Joseph), *L'avant-projet de révision du Code pénal français*, Sirey, 1934.

Projet de Code pénal, Commission de Révision de la Législation Pénale, Melun, Impr. administrative, 1934.

- Code pénal de 1992

Avant-projet définitif de code pénal, Commission de révision du Code pénal, La Documentation française, 1978.

Avant-projet de code pénal, Commission de révision du Code pénal, Ministère de la justice, 1983.

II - OUVRAGES, MONOGRAPHIES, THÈSES

– A –

ALIX (Julie), *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, Paris, Dalloz, 2010.

ALIX (Julie), CAHN (Olivier) (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Paris, Dalloz, 2017.

ALLEN (Danielle), *The Word of Prometheus: the Politics of Punishing in Democratic Athens*, Princeton University Press, 2000.

AMIABLE (André), *De la capacité électorale en France et des restrictions nouvelles à y apporter : avec un aperçu des législations étrangères*, th. doct., Université de Paris, impr. Recueil Sirey, 1911.

ANCEL (Marc), *La Défense sociale nouvelle*, Paris, Éd. Cujas, 1954.

ANTIER (Joseph), *Droit romain : des Actions noxales. Droit français : de l'électorat politique*, th. doct., Université de Paris, Paris, A. Rousseau, 1892.

ARDANT (Philippe) et MATHIEU (Bertrand), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26^{ème} éd., LGDJ, 2014.

ARISTOTE, *Les Politiques*, trad. P. Pellegrin, 2^{ème} éd., Paris, GF-Flammarion, 1993.

ARNAULDET (Étienne), *Des incapacités résultant de condamnations pénales*, th. doct., Université de Poitiers, Paris, Impr. de Soye et fils, 1898.

AULARD (Alphonse), *Histoire politique de la Révolution française – Origines et développement de la démocratie et de la République (1789-1804)*, Paris, A. Colin, 1901.

– B –

BADIE (Bertrand) et PERRINEAU (Pascal) (dir.), *Le citoyen – Mélanges offerts à Alain Lancelot*, Presses de Sciences Po, 2000.

BADINTER (Robert), *Introduction au Projet de nouveau code pénal*, Paris, Dalloz, 1988.

BALDOVINI (Maud), *La classification académique du droit pénal, entre droit public et droit privé : sur un paradoxe de la science du droit*, th. dactyl., Université de Caen Normandie, 2009.

BALIBAR (Étienne), *La proposition de l'égaliberté*, Paris, PUF, 2010.

BARTHÉLEMY (Joseph) et DUEZ (Paul), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933.

BARUCH (Marc-Olivier), *Servir l'État français. L'administration en France de 1940 à 1944*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1997.

BAVITOT (Alexis), *La probité publique en droit pénal*, Aix-en-Provence, PUAM, 2019.

BEAUD (Olivier), SAINT-BONNET (François) (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020 (à paraître).

BEAUD (Olivier), COLLIOT-THELENE (Catherine), KERVEGAN (Jean-François) (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, Paris, Classique Garnier, 2019.

BEAUD (Olivier), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 1994.

- BECCARIA (Cesare), *Des délits et des peines*, trad. M. Chevallier, préface R. Badinter, Flammarion, Paris, 1991.
- BEIGNIER (Bernard), *L'honneur et le droit*, Paris, LGDJ, 1995.
- BENHABIB (Seyla), *The Rights of Others*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- BENLOLO-CARABOT (Myriam), *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- BENTHAM (Jérémy), *Traité de législation civile et pénale*, t. 1, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802.
- BENTHAM (Jérémy), *Théorie des peines et des récompenses*, t. 1, Paris, Bossange et Masson, 1818.
- BENTHAM (Jeremy), *Déontologie et science de la morale*, in *Œuvres de J. Bentham, Jurisconsulte anglais*, t. 3, 3^{ème} éd., Bruxelles, Société belge de librairie, 1840.
- BEQUET (Léon), *Répertoire du Droit administratif*, Paris, Société d'imprimerie et librairie administratives et des chemins de fer, 1882-1911.
- BERLAND (Raymond-Paul), *De l'indignité nationale*, th. dactyl., Université de Poitiers, 1946.
- BEXON (Scipion-Jérôme), *Parallèle du code pénal d'Angleterre avec les lois pénales françaises, et considérations sur les moyens de rendre celles-ci plus utiles*, Paris, Fauvelle et Sagnier Imprimeurs [etc.], 1799.
- BONNARD (Roger), *Précis de droit public*, 6^{ème} éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1944.
- BONNECASE (Julien), *Introduction à l'étude du droit*, 2^{ème} éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1931.
- BORDES (Jacqueline), *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, Paris, Les Belles Lettres, 1982.
- BOUTEMAIL (Hervé), *Sanctions de la faillite et sanctions pénales : leur évolution*, th. doct., Université de Poitiers, Poitiers, Impr. de H. Dagnaud et E. Ingrand, 1933.
- BRESSON (Félix), *Des Sénatus-consultes Tertullien et Orphitien. De l'électorat et de l'éligibilité politiques : Droit romain. Droit français*, th. doct., Université de Paris, Paris, A. Rousseau, 1888.
- BRIGANT (Jean-Marie), *Contribution à l'étude de la probité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012.
- BRUNET (Pierre), *Vouloir pour la nation, le concept de représentation dans la théorie de l'État*, LGDJ, 2004.
- BUR (Clément), *La citoyenneté dégradée. Une histoire de l'infamie à Rome (312 av. J.-C.-96 ap. J.-C.)*, Rome, École française de Rome, 2018.
- BURDEAU (Georges), *Cours de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1942.
- BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, t. 5, Paris, LGDJ, 1952.
- BUREAU (Dominique), DRUMMOND (France) et FENOUILLET (Dominique), *Droit et morale. Aspects contemporains*, Paris, Dalloz, 2011.

– C –

CABROL (Valérie), *Déontologie et droit. Contribution des rapports entre ordres normatifs*, L'Harmattan, 2004.

- CAMBON (Eugène), *Des condamnations pénales envisagées dans leurs conséquences non prévues par le Code pénal*, th. doct., Université de Dijon, Lyon, Impr. de P. Legendre, 1899.
- CAPITANT (Henri), *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, 5^{ème} éd., Paris, A. Pedone, 1929.
- CAPITANT (René), *Démocratie et participation politique dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris, Bordas, 1972.
- CAPITANT (René), *Face au nazisme. Écrits 1933-1938*, Presses de l'Université de Strasbourg, 2004.
- CAPPELLO (Aurélien), *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2014.
- CARBASSE (Jean-Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2006.
- CARBONNIER (Jean), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2001.
- CARNOT (Joseph), *Commentaire sur le Code pénal, contenant la manière d'en faire une juste application, des dissertations sur les questions les plus importantes qui peuvent s'y rattacher, et l'indication des améliorations dont il est susceptible*, 2^{ème} éd., Paris, Chez Nève, 1836, 2 vol.
- CARRE (Florence), *Les destinées doctrinales et législatives du Code pénal de 1810 au XIX^e siècle*, th. doct., Université Lille II, 1998, 2 vol.
- CARRÉ DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1922 [réimpr. CNRS, 1962].
- CARROT (Georges), *La Garde nationale : 1789-1871, une institution de la nation*, th. dactyl., Université de Nice, 1979.
- CASSIA (Paul), *Dignité(s) : une notion juridique insaisissable ?*, Paris, Dalloz, 2016.
- CASTELLI de (Robert), *L'incapacité politique des faillis*, th. doct., Université de Paris, G. Oudin, 1912.
- CHABOT DE L'ALLIER (Georges-Antoine), *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, Paris, Garnery, 1809.
- CHAMPCOMMUNAL (Joseph), *Examen critique et comparé du projet de réforme du code pénal français (partie générale)*, Paris, A. Rousseau, 1896.
- CHANTE-GRELLET (Albert), *Traité des élections*, Paris, Paul Dupont, 1898, 2 vol.
- CHARNAY (Jean-Paul), LAUBADERE de (André), *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires*, Paris, LGDJ, 1964.
- CHARNAY (Jean-Paul), PRELOT (Marcel), *Le suffrage politique en France : élections parlementaires, élection présidentielle, référendums*, Paris, La Haye, Mouton & Co, 1965.
- CHARNAY (Jean-Paul), *Les scrutins politiques en France de 1815 à 1962 : contestations et invalidations*, Paris, A. Colin, 1965.
- CHAUVEAU (Adolphe), *Code pénal progressif : commentaire sur la loi modificative du code pénal*, Paris, Éditeur Rue Coquillière, 1832.
- CHAUVEAU (Adolphe), HELIE (Faustin), *Théorie du Code pénal*, 3^{ème} éd., Paris, Cosse, 1852, 6 t.

CHÉRIGNY (Bernard), *Le juge administratif, gardien de la moralité des administrés*, th. doct., Université de Poitiers, 1968.

CHEVALIER (Louis), *Classes laborieuses et classes dangereuses pendant la première moitié du XIXe siècle*, Paris, Plon, 1958.

CHIANEA (Gérard) et CHABOT (Jean-Luc) (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, Paris, L'Harmattan, 2000.

CHRIST (Matthew R.), *The Bad Citizen in Classical Athens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

COHEN (Elizabeth F.), *Semi-Citizenship in Democratic Politics*, New-York and Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

COLAS (Dominique), EMERI (Claude) & ZYLBERBERG (Jacques) (dir.), *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991.

COLIN (Frédéric), *L'aptitude dans le droit de la fonction publique*, LGDJ, 2000.

COLLIOT-THELENE (Catherine), *La démocratie sans demos*, Paris, PUF, 2011.

CREPIN (Annie), *Défendre la France. Les Français, la guerre et le service militaire, de la guerre de Sept Ans à Verdun*, Rennes, PUR, 2005.

CROUY-CHANEL de (Emmanuel), *Le contribuable-citoyen : histoire d'une représentation fiscale (1750-1999)*, th. dactyl., Université Paris 1, 1999.

CUDENNEC (Thibault), *Le droit pénal : droit privé ou droit public ?*, Mémoire de Master 2 Recherche, Université de Bordeaux, 2018.

– D –

DAUGERON (Bruno), *La notion d'élection en droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2011.

DEBUYST (Christian), DIGNEFFE (Françoise), PIRES (Alvaro), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, t. 2 : la rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, Larcier, 2008.

DEGOFFE (Michel), *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000.

DELMAS-MARTY (Mireille), TEITGEN-COLLY (Catherine), *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.

DELPEREE (Francis), *Les droits politiques des étrangers*, Paris, PUF, 1995.

DENQUIN (Jean-Marie), *Les droits politiques - Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1996.

DERATHE (Robert), *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1974.

DESFOUR (Mary-Hélène), *Contribution à la réflexion sur la notion de sanction pénale dans le droit positif contemporain français*, th. dactyl., Université d'Aix-Marseille, 2012.

DESMONS (Éric) (dir.), *Figures de la citoyenneté*, Paris, L'Harmattan, 2006.

DESROSIERS (Gaston), *De la capitis deminutio : droit romain. Des modifications apportées par les condamnations pénales à l'état et à la capacité des personnes : droit français*, th. doct., Université de Paris, Paris, Éd. Pichon et Cie, 1872.

DESSERTAUX (François), *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, Recueil Sirey, 1909-1919, 4 vol.

DOMAT (Jean), *Œuvres complètes de J. Domat*, t. 1, Paris, Firmin-Didot père et fils ; Vve Béchet ; Fayé et Cie, 1828-1830.

DONNEDIEU DE VABRES (Henri), *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^{ème} éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1947.

DORLHAC (Joseph), *De l'électorat politique : étude sur la capacité électorale et les conditions d'exercice du droit de vote*, th. doct., Université d'Aix-en-Provence, Paris, A. Giard, 1890.

DREYFUS (Sophie), *Généalogie du délit politique*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2010.

DUBOIS (Jean-Pierre), GONOD (Pascale) (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Paris, Dalloz, 2003.

DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, 3^{ème} éd., Paris, E. de Boccard, 1928.

DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, 2^{ème} éd., Paris, E. de Boccard, 1923.

DUMONT (Gilles), *La citoyenneté administrative*, th. dactyl., Université Paris II, 2002.

DUPREZ (Charles), *Des incapacités électorales des faillis*, th. doct., Université de Paris, Paris, E. Duchemin, 1906.

DURKHEIM (Émile), *La division du travail social*, Paris, PUF, 1994.

DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR (Edmond), *Recherches sur l'histoire de la mort civile des religieux. Des origines au XVI^e siècle*, Rennes, Impr. Eugène Prost, 1910.

– E –

ESCUDIER (Charles), *Le port d'armes : 1800-1853*, Mémoire de Master 2, Histoire du droit, Paris II, 2017.

ESMEIN (Adhémar), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882.

ESMEIN (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.

ESMEIN (Adhémar), *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 : Révolution, Consulat et Empire*, Paris, J.-B. Sirey, 1908.

EWALD (Alec C.) & ROTTINGHAUS (Brandon), *Criminal Disenfranchisement in an international perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

– F –

FARDEL (Claire), *Les incapacités professionnelles en droit pénal français*, th. doct., Université de Paris, Rennes, Imprimeries réunies, 1940.

FAVOREU (Louis) *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2012.

FERRAJOLI (Luigi), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, pref. di N. Bobbio, Roma-Bari, Laterza, 1989.

FERRAJOLI (Luigi), *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

FICHTE (Johann Gottlieb), *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science (1796-1797)*, trad. A. Renault, Paris, PUF, 1984.

FILANGIERI (Gaetano), *Œuvres de G. Filangieri : Suite des lois criminelles*, t. 3, Paris, Chez P. Dufart, 1822.

FOUCAULT (Michel), *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

FRAISSE (Geneviève), *Muse de la raison. Démocratie et exclusion des femmes en France*, Gallimard, Folio Histoire, 1985.

FUZIER-HERMAN (Édouard) dir., *Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence*, Paris, L. Larose et Forcel, 1886-1906.

– G –

GALLAND (Yannick), *La protection par le droit international des droits politiques*, th. dactyl., Université Strasbourg 3, 2000.

GALVEZ (Jacky), *Les inéligibilités « sanctions » comme élément de moralisation de la vie politique*, th. dactyl., Université d'Aix-Marseille 3, 1999.

GARAPON (Antoine), GROS (Frédéric), PECH (Thierry), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Éditions Odile Jacob, 2001.

GARÇON (Émile), *Le droit pénal : origine, évolution, état actuel*, Payot, 1922.

GARRAUD (René), *Précis de droit criminel, contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux codes*, 4^{ème} éd., Paris, L. Larose & Forcel, 1892.

GARRAUD (René), *L'anarchie et la répression*, Paris, L. Larose, 1895.

GARRAUD (René), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1 et t. 2, 2^{ème} éd., Paris, L. Larose & Forcel, 1898.

GARRIGOU (Alain), *Le Vote et la Vertu – Comment les Français sont devenus électeurs*, Paris, Presses de la FNSP, 1992.

GARRIGOU (Alain), *Histoire sociale du suffrage universel en France : 1848-2000*, Paris, Seuil, 2002.

GAUCHET (Marcel), *La révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989.

GAUDEMET (Jean), *Les institutions de l'Antiquité*, 7^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2002.

GAUTHIER (Stephan), *Le juge judiciaire, juge électoral : vers une harmonisation du contentieux des élections*, th. dactyl., Université d'Aix-Marseille 3, 2006.

GAVEN (Jean-Christophe), *Le crime de lèse-nation (1789-1791) – Histoire d'une invention juridique et politique*, Paris, Presses de Sciences Po, 2016.

GAXIE (Daniel), *Le cens caché. Inégalités culturelles et ségrégation politique*, Paris, Éd. du Seuil, 1998.

GESLOT (Christophe), *Élections municipales et citoyenneté européenne - L'article 88-3 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, L'Harmattan, 2003.

GIRARD (Charlotte) et HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), *La Dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005.

GUICHETEAU (G.). *Droit romain : de la Note d'infamie. Droit français : de la Discipline dans la magistrature*, th. doct., Rennes, Ch. Oberthur et fils, 1875.

GUIGUET (Benoît), *Citoyenneté et nationalité : Limites de la rupture d'un lien*, th. dactyl., Florence, Institut Universitaire Européen, 1997.

GREFFIER (Eugène-Pierre), *Code électoral : de la formation et de la révision annuelle des listes électorales*, 2^{ème} éd., Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1882.

GRÉGOIRE (Roger), *La fonction publique*, A. Colin, 1954.

– H –

HAMON (Francis), TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, 39^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2018.

HANIN (J.), *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes*, Paris, Joubert, 1848.

HANSEN (Mogens Herman), *La démocratie athénienne à l'âge de Démosthène*, Paris, Éd. Les Belles Lettres, 1993.

HART (Herbert L.A.), *Law, Liberty, and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963.

HART (Herbert L.A.), *The Morality of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929 [Dalloz, 2015].

HEATER (Derek), *What is Citizenship ?*, Cambridge, Polity Press, 1999.

HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criminelle*, 2^{ème} éd., Paris, Henri Plon, 1866-1867.

HELIE (Faustin) et CHAUVEAU (Adolphe), *Théorie du code pénal*, Paris, Éd. Cosse, Marchal et Billard, 1872.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), ROMAN (Diane), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2013.

HEPP (Eugène), *De la Note d'infamie en droit romain*, th. doct., Université de Strasbourg, impr. Veuve Berger-Levrault Auguste Durand, 1862.

HERISSON (Bertrand), *L'évolution de la citoyenneté en droit public français*, th. dactyl., Université Paris I, 1995.

HEROLD (Ferdinand), *Le droit électoral devant la Cour de cassation*, Paris, Ernest Thorin, 1869.

HIPPLER (Thomas), *Soldats et citoyens : Naissance du service militaire en France et en Prusse*, PUF, 2015.

HOBBS (Thomas), *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, trad. F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971.

HOBBS (Thomas), *Le citoyen ou Les fondements de la politique [De Cive, 1642]*, trad. S. Sorbière [1649], éd. S. Goyard-Fabre, Paris, GF-Flammarion, 1982.

HUMBERT (Gustave Amédée), *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes, en droit romain et en droit français : suivi d'un commentaire de la loi portant abolition de la mort civile*, th. doct., Paris, Durand, 1855.

– J –

JAUME (Lucien), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997.

JEAN-PIERRE (Didier), *L'éthique du fonctionnaire civil : son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, LGDJ, 1999.

JEISMANN (Michael), *La patrie de l'ennemi. La notion d'ennemi national et la représentation de la nation en Allemagne et en France de 1792 à 1918*, Paris, CNRS Éd., 1997.

– K –

KANT (Emmanuel), *Métaphysique des mœurs, I : Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, 5^{ème} éd., Vrin, 1993.

KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2^{ème} éd., LGDJ, 1999.

KEYSSAR (Alexander), *The Right to Vote: The Contested History of Democracy in the United States*, New-York, Basic Books, 2000.

KOUBI (Geneviève) (dir.), *De la citoyenneté*, Litec, 1995.

– L –

LABROUSSE (Georges-Marcel), *La nature juridique de l'élection politique*, th. doct., Université de Bordeaux, Imp. G. Delmas, 1901.

LAEDERICH (Olivia), *Étude juridique des épurations françaises de la seconde guerre mondiale. 1939-1953*, th. dactyl., Université Paris II, 1999.

LAFERRIÈRE (Firmin), *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 4^{ème} éd., Paris, Cotillon, 1854.

LAFERRIÈRE (Julien), *Manuel de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Domat-Montchrestien, 1947.

LAGARDE (Paul), *La nationalité française*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2011.

LAINGUI (André), LEBIGRE (Arlette), *Histoire du droit pénal*, t. 1 : *Le droit pénal*, Paris, Éd. Cujas, 1979.

LAMARTINE de (Alphonse), *Œuvres de M. A. de Lamartine. Le passé, le présent, l'avenir de la République*, Paris, Éd. Bureau du Conseiller du peuple, 1850.

LANDRY (Charles), *La mort civile des religieux dans l'ancien droit français. Étude historique et critique*, Paris, A. Picard et fils, 1900.

LANFRANCHI (Marie-Pierre), LECUCQ (Olivier), NAZET-ALLOUCHE (Dominique) (dir.), *Nationalité et citoyenneté : perspectives de droit comparé, droit européen et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

LASCOUMES (Pierre), CHARLES (Daniel), DEPAIGNE (Anne), PONCELA (Pierrette), VIDAL-ENGAURAN (Catherine), *Réforme ou reconstruction de l'ordre public ? La réforme du code pénal de 1992*, Mission de recherche Droit et justice, 1998.

LASCOUMES (Pierre), LENOEL (Pierre), PONCELA (Pierrette), *Au nom de l'ordre : une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

LASCOUMES (Pierre), PONCELA (Pierrette), *Réformer le Code pénal : où est passé l'architecte ?*, Paris, PUF, 1998.

LAVOLLEE (Louis), *Des peines infamantes*, th. doct., Université de Paris, Paris, A. Rousseau, 1899.

LOYSEAU (Charles), *Traité des ordres et simples dignités*, in *Œuvres de M. Charles Loyseau, avocat au Parlement*, contenant les cinq livres du droit, Paris, E. Couterot, 1678.

LE COUR GRANDMAISON (Olivier), *Les citoyennetés en Révolution (1789-1794)*, Paris, PUF, 1992.

LE PORS (Anicet), *Le nouvel âge de la citoyenneté*, Paris, Éditions de l'Atelier, 1997.

LEBLANC (Louis), *La déchéance du mandat législatif*, th. doct., Université de Paris, Paris, Mesnil-sur-l'Estrée : Firmin-Didot et Cie, 1906.

LECUYER (Yannick), *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009.

LEGRAND (Pierre), *Le droit comparé*, 2^{ème} éd., PUF, 2006.

LEPOUTRE (Jules), *Souveraineté et nationalité*, th. dactyl., Université de Lille, 2018.

LETOUZEY (Élise) (dir.), *La motivation de la peine*, CEPRISCA, 2019.

LOCKE (John), *Second Traité du gouvernement civil* [1690], trad J.-F. Spitz, Paris, PUF, 1994.

LOUGHLIN (Martin), *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

LUXEMBOURG (Fanny), *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Éd. Panthéon-Assas, 2007.

– M –

MABLY (Gabriel de), *Des droits et des devoirs du citoyen par M. l'abbé de Mably*, A Kell. M.DCC.LXXXIX, 1789.

MAGNETTE (Paul), *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

MAILHER DE CHASSAT (Antoine), *Traité de la rétroactivité des lois, ou Commentaire approfondi du Code civil*, Paris, A. Durand, 1845, 2 vol.

MALIGNER (Bernard), *Droit électoral*, Ellipses, 2007.

MALLET-BRICOUT (Blandine), ZEROUKI (Djoheur), DEGOFFE (Michel), de GRAËVE (Loïc), *La sanction* (Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3), Paris, L'Harmattan, 2007.

MANZA (Jeff), UGGEN (Christopher), *Locked Out : Felon Disenfranchisement and American Democracy*, Oxford University Press, 2008.

MARGERIE de (Bernard), *Des incapacités de jouissance en droit civil français*, th. doct., Université de Paris, Paris, Montchrestien, 1936.

MARIA (Ingrid), *Les incapacités de jouissance : étude critique d'une catégorie doctrinale*, Paris, Defrénois-Lextenso, 2010.

MARRUS (Michael R.) et PAXTON (Robert O.), *Vichy et les Juifs*, LGF, 1990.

MARSHALL (Thomas Humphrey), *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.

MASCLET (Jean-Claude), *Droit électoral*, Paris, PUF, 1989.

MASSE (Gabriel), *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris, Guillaumin, 1845, vol. 3.

MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel) (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit* [actes de l'atelier du III^{ème} Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14-16 juin 1996], Economica, 1999.

MATHIEU (Bertrand), VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002.

MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999.

MERLE (Roger), VITU (André), *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. 1, 7^{ème} éd., Paris, Cujas, 1997.

MERLIN DE DOUAI (Philippe Antoine), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^{ème} éd., H. Tarlier Libraire-Éditeur, 1813.

MICHON-TRAVERSAC (Anne-Sophie), *La citoyenneté en droit public français*, Paris, LGDJ, 2009.

MINDUS (Patricia), *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze, Firenze University Press, 2014.

MOMMSEN (Théodore), *Le droit pénal romain*, trad. J. Duquesne, Paris, A. Fontemoing, 1907, 3 vol.

MONNIER (Raymonde) (dir.), *Citoyens et citoyenneté sous la Révolution française*, Paris, Société des Études robespierristes, 2006.

MORIN (Achille), *Dictionnaire du droit criminel : répertoire raisonné de législation et de jurisprudence, en matière criminelle, correctionnelle et de police, contenant le résumé de toutes les lois, opinions d'auteurs et solutions de jurisprudence*, Paris, Durand, 1842.

MORIN (Achille), *Répertoire général et raisonné du droit criminel*, Paris, Durand, 1850-51, 2 vol.

MORLOT (Émile), *Droit romain : les comices électoraux sous la République romaine. Droit français : de la capacité électorale*, th. doct., Université de Paris, Paris, Impr. de E. Capiomont et V. Renault, 1884.

MUYART DE VOUGLANS (Pierre-François), *Les Loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, t. 2, Neufchâtel, La Société typographique, 1781.

– N –

NIBOYET (Jean Paulin), *Cours de droit international privé*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1946.

– O –

ORTALLI (Gherardo), *La peinture infamante du XIII^e au XVI^e siècle : « pingatur in Palatio »*, Paris, G. Monfort, 1994.

ORTOLAN (Joseph-Louis-Elzéar), *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien précédée de l'Histoire de la législation romaine depuis ses origines jusqu'à la législation moderne et d'une généralisation du droit romain*, t. 1, 7^{ème} éd., Paris, H. Plon, 1863.

ORTOLAN (Joseph-Louis-Elzéar), *Éléments de droit pénal : pénalité, juridiction, procédure*, t. 1 et t. 2, 4^{ème} éd., Paris, E. Plon & Cie ; Marescq Aîné, 1875.

OTTENHOF (Reynald) (dir.), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, rééd. de la 3^{ème} éd. de l'ouvrage de R. SALEILLES, suivie de : *L'individualisation de la peine : cent ans après Saleilles*, éd. Eres, 2001.

- PAPADATOS (Pierre-Achile), *Le délit politique. Contribution à l'étude des crimes contre l'État*, Genève, Libr. Droz, 1954.
- PASTORET (Emmanuel), *Des lois pénales*, Paris, Buisson, 1790.
- PATAUT (Étienne), *La nationalité en déclin*, Odile Jacob, 2014.
- PERCEROU (Jean), *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 1, 2^{ème} éd., Paris, Arthur Rousseau, 1935.
- PETTUS (Katherine Irene), *Felony disenfranchisement in America: historical origins, institutional racism, and modern consequences*, New York, LFB Scholarly Publishing LLC, 2005.
- PIERRE (Eugène), *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, 5^{ème} éd., Paris, Imprimeur de la chambre des députés, 1924.
- POLLISSARD (Augustin), *Des déchéances et incapacités pénales en droit français*, th. doct., Université de Paris, Paris, A. Rousseau, 1899.
- PONCELA (Pierrette), *Droit de la peine*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2001.
- POULPIQUET de (Jeanne), *Responsabilité des notaires*, Paris, Dalloz, 2010.
- PRÉLOT (Marcel), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1948.

- RICHER (François), *Traité de la mort civile*, Paris, Chez Durand, 1755.
- RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd., Paris, PUF, 2003.
- ROBERT (Jacques-Henri), *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Paris, PUF, 2005.
- ROSANVALLON (Pierre), *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992.
- ROSANVALLON (Pierre), *Le bon gouvernement*, Paris, Éditions Point, 2015.
- ROSSI (Pellegrino), *Traité de droit pénal*, t. 3, Paris, A. Sautet et Cie ; Genève, J. Barbezat et Cie, 1829.
- ROSSI (Pellegrino), *Œuvres complètes de P. Rossi. Traité de droit pénal*, t. 1 et t. 2, 3^{ème} éd., Librairie de Guillaumin et Cie, 1863.
- ROSSI (Pellegrino), *Œuvres complètes de P. Rossi : Cours de droit constitutionnel*, t. 1-3, Paris, Librairie de Guillaumin, 1866-1867.
- ROUBIER (Paul), *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2^{ème} éd., Paris, Éd. Dalloz et Sirey, 1960.
- ROURE (Sandrine), *La notion constitutionnelle d'électeur. Essai d'analyse de la jurisprudence constitutionnelle et électorale*, th. dactyl., Université de Montpellier I, 2004.
- ROUSSEAU (Dominique) et VIALA (Alexandre), *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2004.
- ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 1992.
- ROUSSILLON (Henry) (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, 4^{es} Assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Toulouse, PUSS, 2006.
- RUBY (Maurice), *L'évolution de la nationalité allemande d'après les textes (1842 à 1953)*, Baden Baden, Wervereis, 1949.

- SABAIL (Louis), *La destitution des officiers ministériels*, th. doct., Paris, A. Rousseau, 1900.
- SAINT-LAURENT (Geneviève), *Le droit de vote limité par la condamnation pénale ou la quête d'un équilibre entre droit fonctionnel et droit individuel*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017.
- SALEILLES (Raymond), *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, Alcan, 1898.
- SANTARELLI (Umberto), *Mercanti e Società tra mercanti*, 3^{ème} éd., Torino, Giappichelli, 1998.
- SAUTEL (Gérard), *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, Dalloz, 1974.
- SAUVAGE (Francis), *De la nature du droit de vote*, th. doct., Université de Rennes, Rennes, Imp. de L'Ouest Éclair, 1903.
- SAVIGNY von (Friedrich Carl), *Traité de droit romain*, Paris, Firmin Didot Frères, 1841.
- SCHMITT (Carl), *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993.
- SCHNAPPER (Dominique), *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, 1994.
- SCOTT (Joan W.), *La citoyenne paradoxale, les féministes françaises et les droits de l'homme*, Albin Michel, 1998.
- SERRIGNY (Denis), *Traité du droit public des Français : précédé d'une introduction sur les fondements des sociétés politiques*, t. 1, Paris, Joubert, 1846.
- SERVAN (Joseph-Michel-Antoine), *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, 1768.
- SHKLAR (Judith), *La citoyenneté américaine. La quête de l'intégration*, trad. O. Camy, Paris, Calmann-Lévy, 1991.
- SIEYES (Emmanuel-Joseph), *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, [s.l.], [s.n.], 1789.
- SIEYES (Emmanuel-Joseph), *Écrits politiques* (choix et présentation de Roberto Zappierri), Paris, Éd. des archives contemporaines, 1985.
- SILVERA (Victor), *La fonction publique et ses problèmes actuels*, Paris, Éd. de l'Actualité juridique, 1969.
- SIMONIN (Anne), *Le Déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité 1791-1958*, Paris, Grasset, 2008.
- SLAMA (Serge), *Le privilège du national : étude historique de la condition civique des étrangers en France*, th. dactyl., Université Paris X Nanterre, 2003.
- SOLIRENE, *De l'indignité en matière d'élection et d'éligibilité*, th. doct., Université de Paris, Paris, A. Rousseau, 1909.
- SOULAS (Christian), *Le recrutement du jury*, th. doct., Université de Montpellier, Lyon, Bosc frères, M. et L. Riou, 1933.
- STOURZH (Gérard), *L'isonomie moderne - Protection des droits de l'homme et participation démocratique comme système d'égalité des droits*, trad. Ph. Mothe, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2018.

SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 11^{ème} éd., Paris, PUF, 2012.

SUDRE (Frédéric), *La Convention européenne des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., Paris, PUF, 2015.

– T –

THEODOSIADES (Miltiade C.), *Essai sur la non-rétroactivité des lois*, Paris, A. Pilon, 1866.

TOULLIER (Charles-Bonaventure-Marie), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. 1, 2^{ème} éd., Paris, B. Warée, 1819.

TREBUTIEN (Eugène), *Cours élémentaire de droit criminel - Comprenant le commentaire des deux premiers livres du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois nouvelles qui les ont modifiés*, t. 1, 2^{ème} éd., Paris, A. Lahure Editeur, 1878.

TRIBE (Laurence H.) & DORF (Michael C.), *On Reading the Constitution*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1991.

TRIBE (Laurence H.), *American Constitutional Law*, New York, N.Y., Foundation Press, 2000.

TRIPKOVIĆ (Milena), *Punishment and Citizenship: a Theory of Criminal Disenfranchisement*, Oxford University Press, 2019.

TULKENS (Françoise) et VAN DE KERCHOVE (Michel), *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 5^{ème} éd., Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999.

– U –

URBAN (Yerri), *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, Paris, LGDJ, 2011.

– V –

VAN DE KERCHOVE (Michel), OST (François), *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique : Essai d'analyse critique*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1981.

VANEL (Marguerite), *Histoire de la nationalité française d'origine. Évolution historique de la notion de Français d'origine du XVI^e siècle au Code civil* [Thèse], Paris, Anc. imprimerie de la Cour d'appel, 1945.

VATIN (Claude), *Citoyens et non-citoyens dans le monde grec*, Paris, Société d'Édition d'Enseignement supérieur, 1984.

VEDEL (Georges) et DELVOLVÉ (Pierre), *Droit administratif*, t. 2, 12^{ème} éd., PUF, 1992.

VERGES de (Louis), *De la privation totale des droits civils par suite de condamnations judiciaires*, th. doct., Université de Paris, Paris, Ed. Impr. de Vinchon fils et successeur de Mme V. Ballard, 1853.

VERJUS (Anne), *Les femmes, épouses et mères de citoyens, ou de la famille comme catégorie politique dans la construction de la citoyenneté*, th. dactyl., EHESS, 1997.

VERJUS (Anne), *Le cens de la famille – les femmes et le vote 1789-1848*, Paris, Belin, 2002.

VIELFAURE (Pascal), *L'évolution du droit pénal sous la Monarchie de Juillet entre exigences politiques et interrogations de société*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001.

– W –

WAHNICH (Sophie), *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Paris, Albin Michel, 1997.

WEBER (Max), *Économie et société*, trad. J. Freund, P. Kamnitzer, P. Bertrand, É. de Dampierre et ali, t. 1, Paris, Plon, 1971.

WEIL (Patrick), *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris, Gallimard, 2005.

WEIL (Patrick), *The Sovereign Citizen. Denaturalization and the Origins of the American Republic*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2013.

WHITMAN (James Q.), *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, New York, Oxford University Press, 2003.

– Y –

YANNAKOPOULOS (Constantin), *La notion de droits acquis en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1998.

– Z –

ZALC (Claire), *Dénaturalisés. Les retraits de nationalité sous Vichy*, Paris, Seuil, 2016.

ZARKA (Yves-Charles), *Hobbes et la pensée politique moderne*, Paris, PUF, 1995.

III - ARTICLES, CHAPITRES D'OUVRAGE ET AUTRES

– A –

ABRAHAM (Ronny), « Le champ d'application de la loi du 15 janvier 1990 relative au financement des activités politiques », concl. sous CE, Ass., 23 oct. 1992, *M. Panizzoli, RFDA*, 1993, p. 469.

ABRAHAM (Ronny), « La participation passée d'une personne à un groupe d'action terroriste la rend indigne d'acquérir la nationalité française », concl. sous CE, 19 nov. 1993, *Bereciartua Echarri, AJDA*, 1994, p. 140.

AIRIAU (Marine), « Motivation de la peine criminelle, en avant toute ! », *Gaz. Pal.*, 10 avril 2018, n° 14, p. 18.

ALLAMELOU (Angélique), « L'affaire Delvigne : la déchéance du droit de vote à l'épreuve des droits fondamentaux », *AJ Pénal*, 2016, p. 80.

AMYOT (G. Grant), « "A Matter of Philosophical Preference" ? Political Philosophy and Judicial Reasoning in the Sauvé Case », *National Journal of Comparative Law*, 2011, n° 29, p. 2-31.

ANCEL (Marc), « Le crime politique et le droit pénal du XXe siècle », *Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1938.

ANCEL (Marc), « Code pénal français de 1810 », in Marc ANCEL, *Les codes pénaux européens : présentés dans leur texte actuel, avec une notice spéciale sur chaque code et une introduction comparative*, t. 2, Paris, Centre français de droit comparé, 1956, p. 635-712.

ANDRES (Hervé), « Droit de vote : de l'exclusion des indigènes colonisés à celle des immigrés », *Asylum(s)*, mai 2008, n° 4.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), « Les droits de nature politique selon la Cour européenne des droits de l'homme. Le droit constitutionnel entre droit national et droit européen : retour aux sources ou renouvellement ? », *Les dynamiques de droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, A. Pedone, 2004, p. 3-18.

ARDANT (Philippe), « Les exclus », *Pouvoirs*, 1978, n° 7, p. 47-62.

AUSTRY (Stéphane), « Un majeur placé sous tutelle peut-il être radié des cadres en raison de la perte de ses droits civiques ? », concl. sous CE, 22 févr. 2002, *Mutualité de Meurthe-et-Moselle, Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2002, p. 36.

AYNES (Camille), « La citoyenneté politique dans l'Union européenne à l'épreuve de la sanction pénale de la privation des droits politiques », *RTD Eur*, juill.-sept. 2019, n° 3, p. 603-627.

AYNES (Camille), « La privation des droits politiques en France et aux États-Unis. L'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté », in Olivier BEAUD (Olivier), François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020 (à paraître).

AZIMI (Vida), « L'étranger sous la révolution », in Michel VOVELLE (dir.), *La révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ? - Actes du Colloque d'Orléans, 11-13 Septembre 1986*, Paris, PUF, 1988.

AZOULAI (Loïc), « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in Gérard COHEN-JONATHAN (éd.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1-28.

AZOULAI (Loïc), COUTTS (Stephen), « Restricting Union citizens' residence rights on grounds of public security. Where Union citizenship and the AFSJ meet: *P.I.* », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 2, p. 553-570.

– B –

BALDOVINI (Maud), « La classification du droit pénal et la configuration concurrentielle de la faculté de droit à la fin du XIXe siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2012, p. 151-175.

BARANGER (Denis), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

BARRATA (Alessandro), « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviance et société*, 1991, vol. 15, n° 1, p. 1-25.

BART (Jean), « Le vote du fou », in Nathalie ROBATEL (dir.), *Le Citoyen fou*, Paris, PUF, 1991, p. 29-44.

BART (Jean), « Citoyenneté et naturalité », in Raymonde MONNIER (dir.), *Citoyen et citoyenneté sous la Révolution française*, Paris, Société des études robespierristes, 2006, p. 33-40.

BARTHELEMY (Joseph) et DUEZ (Paul), *Traité de droit constitutionnel* [1933], Paris, Éd. Panthéon Assas, 2004.

BATES (Ed), « Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg », *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, p. 503–540.

BAUX (Anne), « L'appréciation de la compatibilité entre condamnations pénales et exercice des fonctions », *Actualité juridique. Fonctions publiques*, 2010, p. 270.

BAVITOT (Alexis), « Les mutations de la peine d'inéligibilité », in Jean-Marie BRIGANT (dir.), *Le risque de corruption*, Paris, Dalloz, 2018, p. 139-147.

BEAUD (Olivier), « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, mai-juin 1992, n° 3, p. 409-424.

BEAUD (Olivier), « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », *Jus Politicum*, 2012, n° 8.

BEAUD (Olivier), « Les droits du citoyen : des libertés ou des pouvoirs ? » in *Droit et grands enjeux du monde contemporain*, Paris, La Documentation française, 2012, p. 273-282.

BEAUD (Olivier), « Que peut apprendre un juriste de droit public en lisant Yan Thomas ? » in Paolo NAPOLI (dir.), *Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Rome, École française de Rome, 2013, p. 115-147.

BEAUD (Olivier), « Une question négligée dans le droit de la nationalité : la question de la nationalité dans une Fédération », *Jus Politicum*, 2014, n° 12.

BEAUD (Olivier), « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? » in Pierre BONIN, Pierre BRUNET, Soazick KERNEIS (dir.), *Formes et doctrines*

de l'État. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit, Paris, Pedone, 2018, p. 215-234.

BEAUD (Olivier), « Les étrangers exclus du droit de vote. Une telle exclusion est-elle nécessairement anti-démocratique ? » in Thomas EHRARD et Sylvie STRUDEL (dir.), *Vies politiques. Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*, 2018, p. 223-247.

BEAUD (Olivier), « La citoyenneté est-elle une catégorie universelle du droit constitutionnel ? » in Olivier BEAUD, Catherine COLLIOT-THELENE et Jean-François KERVEGAN (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, Paris, Classique Garnier, 2019, p. 185-219.

BEAUD (Olivier), « La liberté d'expression, face méconnue de la citoyenneté en démocratie », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Jean-Marie DENQUIN (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare et Martin, 2019, p. 55-71.

BEAUD (Olivier), « Les citoyennetés fédérative et impériale. Deux modes particuliers d'appartenance à une communauté politique », in Olivier BEAUD, François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020 (à paraître).

BECKER (Howard S.), *Outsiders : études de sociologie de la déviance*, Paris, A. M. Métailié, 1985.

BEHRENS (Angela), « Voting. Not Quite a Fundamental Right? A Look at Legal and Legislative Challenges to Felon Disfranchisement Laws », *Minnesota Law Review*, 2004, vol. 89, p. 231-276.

BEIGNIER (Bernard), « L'honneur », *Droits : revue française de théorie juridique*, 1994, n° 19, p. 97-103.

BEIGNIER (Bernard), « Interrogations sur la déontologie », in *La morale et le droit des affaires*, CREDIF, Montchrestien, 1996, p. 15.

BELIGH (Nabli), « Fondements de la "moralisation-juridicisation" de la vie politique », *Pouvoirs*, 2015/3, n° 154, p. 151-161.

BELLAMY (Richard), « Citizenship: Historical Development of », in James WRIGHT (ed), *International Encyclopaedia of Social and Behavioural Sciences*, 2nd ed., Elsevier, 2014.

BENESSIANO (William), « Le vote obligatoire », *RFDC*, 2005/1, n° 61, p. 73-115.

BENLOLO-CARABOT (Myriam), « Cour de justice, gde ch., 6 octobre 2015, Thierry Delvigne c/ Commune de Lesparre-Médoc, Préfet de la Gironde, aff. C-650/13 », in Fabrice PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2015 – Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 246-249.

BERLIN (Dominique), « Un problème de compétence escamoté ? », *JCP G*, 2015, p. 2232-2235.

BERNARDI (Bruno), « Le droit de vie et de mort selon Rousseau : une question mal posée ? », *Revue de Métaphysique et de Morale*, Janv.-Mars 2003/1, n° 37, p. 89-106.

BERNARDINIS de (Christophe), « La radiation des cadres pour perte des droits civiques nécessite une condamnation pénale définitive », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, 2011, p. 20-24.

BEZEVENGUI (Agnès), « Homme de bien et bon citoyen chez Aristote », in *Mélanges Pierre Lévêque*, t. 3 : *Anthropologie et société*, Besançon, Université de Franche-Comté, 1989, p. 7-19.

- BIDEGARAY (Christian), « Colonies françaises (droit de vote) », in Pascal PERRINEAU et Dominique REYNIE (dir.), *Dictionnaire du droit de vote*, Paris, PUF, 2001, p. 211.
- BIOY (Xavier), « Dignité et responsabilité », in Charlotte GIRARD et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005, p. 191-212.
- BLANC (Gérard), « La souveraineté populaire en question (À propos de la réforme de la Cour d'assises) », *JCP*, 1996, n° 30-35, Étude 3952.
- BLEVIS (Laure), « Les avatars de la citoyenneté en Algérie coloniale ou les paradoxes d'une catégorisation », *Droit et Société*, 2001, n° 48, p. 557-580.
- BLEVIS (Laure), « La citoyenneté française au miroir de la colonisation - Étude des demandes de naturalisation des "sujets français" en Algérie coloniale », *Genèses*, 2003/4, n° 53, p. 25-47.
- BLOCK (Maurice), « Droits civils et politiques », in *Dictionnaire général de la politique*, Paris, O. Lorenz, 1873, p. 734-735.
- BOITARD (Éric), « L'appréciation de l'éligibilité par le Conseil constitutionnel », *D.* 2001, p. 965.
- BORELLA (François), « Nationalité et citoyenneté », in Dominique COLAS, Claude EMERI & Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, PUF, 1991, p. 209-229.
- BORGETTO (Michel), « Citoyenneté politique et civisme en France depuis deux siècles : réflexions sur la logique et les apories du discours républicain », in *Droit et politique à la croisée des cultures - Mélanges à Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 393-416.
- BRAITHWAITE (John) and MUGFORD (Stefen), « Conditions of Successful Reintegration Ceremonies. Dealing with Juvenile Offenders », *The British Journal of Criminology*, vol. 34, n° 2, 1994, p. 139-171.
- BRATZA (Nicolas), « The relationship between the UK Courts and Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, 2011, n° 5, p. 505-512.
- BRENAUT (Maxime), « La notion d'infraction politique », in Evan RASCHEL (dir.), *Politique et droit pénal, Lexbase Pénal*, déc. 2018, n° 11.
- BRIGANT (Jean-Marie), « Quand la QPC a rendez-vous avec la discipline des notaires », *JCP G*, 2012, n° 11, p. 338.
- BRIGANT (Jean-Marie), « Les atteintes à la probité revues et corrigées », *JCP A*, 2014, n° 23.
- BROUSSOLLE (Denis), « L'élaboration du statut des Juifs de 1940 », *Le droit antisémite de Vichy, Le genre humain*, Paris, Éditions du Seuil, 1996, n° 30-31, p. 115-139.
- BROWN (David M.), « Saved and Prisoners' Voting Rights: the Death of the Good Citizen? », *Supreme Court Law Review*, 2003, vol. 20, p. 298-348.
- BRUBAKER (William Rogers), « Citizenship as Social Closure », in *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, 1992, p. 21-34.
- BRUSCHI (Christian), « La nationalité dans le droit colonial », Procès, *Cahiers d'analyse politique et juridique*, 1987-1988, n° 18, p. 29-83.
- BUEB (Renaud), « La peine en droit familial. La pénalisation des mœurs de 1810 à 2010 : de l'attentat aux mœurs au crime sexuel », in Yves JEANCLOS (dir.), *La dimension historique de la peine, 1810-2010*, Economica, 2013, p. 345-385.

BUR (Clément), « Les censeurs privaient-ils du droit de vote ? Retour sur l'*aerarium facere* et le *tribu mouere* », *Mélanges de l'École française de Rome – Antiquité*, 2016, vol. 128, n° 2.

BURGORGUE-LARSEN (Laurence), « Exclusion du contentieux électoral du champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 1998, p. 65.

– C –

CAMBY (Jean-Pierre), « Le Maire, le pédiluve et l'élection présidentielle (Cons. const., 24 avril et 8 mai 2002) », *LPA*, 2002, n° 125, p. 11.

CAMBY (Jean-Pierre), « Une inéligibilité peut-elle être automatique ? (note sous CE, *M. Ousty*, 1^{er} juill. 2005) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2006, n° 1, p. 17.

CAMBY (Jean-Pierre), « Droit de vote et éligibilité », *JCl. Libertés*, Fasc. 1000, 21 juill. 2007.

CAMUS (Aurélien), « La dignité de la fonction en droit de la fonction publique », *RFDA*, 2015, p. 541.

CARBONNIER (Jean), « Sur les traces du non-sujet de droit », *Archives de Philosophie du droit*, 1989, vol. 34, p. 198-207.

CARBONNIER (Jean), « Morale et droit », in *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, p. 94-103.

CARCASSONE (Guy), « Fonction publique et fonction politique », *EDCE*, n°54, La Documentation française, 2003, p. 427-442.

CARENS (Joseph H.), « Membership and Morality: Admission to Citizenship in Liberal Democratic States », in William Rogers BRUBAKER (ed.), *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, Lanham etc., University Press of America, 1989, p. 31-49.

CAROTENUTO (Sylvie), « L'indignité, motif d'opposition gouvernementale à l'acquisition de la nationalité française », *Revue critique de droit international privé*, 2003, n° 1, p. 155.

CARPANO (Éric), « Privation des droits civiques et citoyenneté européenne. À propos de la compatibilité de la privation du droit de vote prévu par l'ancien code pénal français avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union », *D.* 2015, p. 2414.

CARTIER (Emmanuel), « Terrorisme et infraction politique au prisme du droit constitutionnel », Communication présentée lors de la Journée d'étude « Terrorisme et infraction politique » organisée sous la dir. de Julie Alix et Olivier Cahn, Univ. de Lille 2, 16 nov. 2017.

CATROS (Philippe), « "Tout Français est soldat et se doit à la défense de la patrie" (Retour sur la naissance de la conscription militaire) », *Annales historiques de la Révolution française*, avril-juin 2007, p. 7-23.

CAYLA (Olivier), « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1993, n° 18, p. 3-16.

CERF-HOLLENDER (Agnès), « Inconstitutionnalité de la sanction disciplinaire accessoire d'interdiction définitive d'inscription sur les listes électorales prévue par l'article 4, al. 3 de l'ordonnance du 28 juin 1945 », *Droit de la famille et des personnes*, 15 mars 2012, n° 3, p. 5.

CHAGNOLLAUD (Dominique), « La constitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *D.* 2004, Chron. p. 355.

CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, Chron., p. 324.

CHATELAIN (Jean), « Article 3 », in François LUCHAIRE, Gérard CONAC (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1987, p. 179-207.

CHENEY (Deborah), « Prisoners as Citizens in a Democracy », *The Howard Journal*, 2008, vol. 47, n° 2, p. 134-145.

CHOUVET-LEFRANÇOIS (Amandine), « Les finalités de la sanction en droit pénal », in Corinne MASCALA (dir.), *À propos de la sanction*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2007, p. 11-20.

CLAVERIE (Élisabeth), « De la difficulté de faire un citoyen : les "acquittements scandaleux" du jury dans la France provinciale du début du XIXe siècle », *Études rurales*, 1984, n° 95-96, p. 143-166.

COLLIOT-THELENE (Catherine), « Le citoyen et l'étranger », in Olivier BEAUD, François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020 (à paraître).

COLOMBINI (Albert), « Le crime d'indignité nationale », *Lois nouvelles. Première partie. Revue de législation*, 64^{ème} année, 1945, p. 3-10.

COSTA (Pietro), « La cittadinanza : un tentativo di ricostruzione archeologica », in Danilo ZOLO (dir.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 47-92.

COSTA (Pietro), « I diritti dei nemici : un ossimoro ? », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, vol. 38, p. 1-40.

COUTTS (Stephan), « Supranational public wrongs: The limitations and possibilities of European criminal law and a European community », *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, n° 3, p. 771-803.

COUTTS (Stephen), « Delvigne: A Multi-Level Political Citizenship », *European Law Review*, 2017, n° 42, p. 867-881.

COUVRAT (Pierre), « Les catégories des peines afflictives ou infamantes et des peines accessoires au regard du Conseil d'État », *RSC*, janv.-mars 2004, n° 1, p. 153-157.

CROUZATIER (Jean-Marie), « La citoyenneté dans l'œuvre du doyen Hauriou », in Henry ROUSSILLON (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, 4es Assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Toulouse, PUSS, 2006, p. 85-95.

CUTAJAR (Chantal), « Analyse du droit positif en matière d'atteintes à la probité », *AJ Pénal*, 2013, p. 70.

– D –

DADOUN (Armand), « L'obligation constitutionnelle de motivation des peines », *RSC*, 2018/4, n° 4, p. 805-827.

DAHL (Robert A.), « The Problem of Civic Competence », *Journal of Democracy*, 1992, vol. 3, n° 4, p. 45-59.

DARSONVILLE (Audrey), « Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires », *Constitutions*, 2011, n° 4, p. 531-537.

- DAUGERON (Bruno), « 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.
- DAVID (Marcel), « Jury populaire et souveraineté », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 1997, n° 36-37, p. 401-449.
- DAVID (Marcel), « Souveraineté, citoyenneté, civisme : quelle légitimité pour le jury ? », *Histoire de la Justice*, 2001, n° 13, p. 125-134.
- DECAUX (Emmanuel), « Le droit à une nationalité en tant que droit de l'homme », *RTDH*, 2011, p. 237.
- DECHEPY (Johan), « L'interdiction des droits civils, civiques et de famille, révélateur d'un genre de l'honneur ? », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN (dir.), *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 623-638.
- DEGOFFE (Michel) « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel », in *La sanction : Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean-Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, 2007, p. 47-60.
- DE LAMY (Bertrand), « Les peines obligatoires et le principe d'individualisation des peines », *RSC*, 2011, p. 182.
- DEL PRETE (Didier), « La QPC, une victoire des justiciables devant le Conseil constitutionnel ! », *JCP G*, 2010, n° 25, p. 1294.
- DEL VECCHIO (Giorgio), « Suffrage universel et capacité politique », *Littératures*, n° 9, p. 211-218.
- DELOYE (Yves), « La citoyenneté entre devoir et engagement politique. Un point de vue socio-historique », in Olivier BEAUD, François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020 (à paraître).
- DELPEREE (Francis), « Nouveaux aspects de la citoyenneté », *Annales du droit luxembourgeois*, 2001, vol. 11.
- DEMANTE (Gabriel), « Définition légale de la qualité de citoyen : explication de l'article 7 du code Napoléon », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1869, t. 34, p. 165-178 et p. 208-219.
- DENQUIN (Jean-Marie), « Citoyenneté », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 198-200.
- DENQUIN (Jean-Marie), « Les droits politiques », in Serge GUINCHARD et Michèle HARICHAUX (dir.), *Le grand oral : Protection des libertés et des droits fondamentaux*, 4^{ème} éd., Montchrestien, 2008.
- DENQUIN (Jean-Marie), « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2009, n° 2.
- DENQUIN (Jean-Marie), « La jurisprudence du conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.
- DENQUIN (Jean-Marie), « Aristote et la citoyenneté », in Olivier BEAUD et François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance au corps politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020 (à paraître).

- DEPAIGNE (Anne) et LASCOUMES (Pierre), « Catégoriser l'ordre public : la réforme du code pénal français de 1992 », *Genèses*, 1997, n° 27, p. 5-29.
- DEREPAS (Luc), « Le contentieux électoral », concl. sous CE, 8 juin 2009, *Élections municipales de Corbeil Essonnes, RFDA*, 2010, p. 280.
- DESCHAMPS (Damien), « Une citoyenneté différée : sens civique et assimilation des indigènes dans les Établissements français de l'Inde », *Revue française de science politique*, 1997, n° 1, p. 49-69.
- DESMONS (Éric), « L'indignité nationale en trompe-l'œil », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 2015.
- DESMOULIN (Gil), « Le contentieux des élections législatives : vers une application de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDP*, 1997, p. 155.
- DESURVIRE (Daniel), « Banqueroute et faillite. De l'Antiquité à la France contemporaine », *LPA*, août-sept. 1991, n° 104 et n° 105, p. 12-19 et p. 4-11.
- DEVENNE (Françoise), « La garde nationale : création et évolution (1789-août 1792) », *Annales historiques de la Révolution française*, 1990, n° 283, p. 49-66.
- DEVLIN (Patrick), « Morals and the Criminal Law », in Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, p. 1-25.
- DIDEROT (Denis), « Citoyen », in Denis DIDEROT et Jean d'ALEMBERT (dir.), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris, Briasson, David l'aîné, Le Breton, Durand, 1753, vol. 3, p. 488.
- DINAN (John), « The Adoption of Criminal Disenfranchisement Provisions in the United States: Lessons from the State Constitutional Convention Debates », *Journal of Policy History*, 2007, vol. 19, n° 3, p. 282-312.
- DONINI (Massimo), « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *RSC*, 2009, p. 31-42.
- DONNAT (Francis), « Le nouveau code pénal et la suspension du droit à pension », *AJDA*, 2003, p. 932.
- DOS SANTOS (Joachim), « La privation du droit de vote frappant les incapables majeurs devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010) », *RTDH*, n° 90, 2012, p. 347-376.
- DREUILLE (Jean-François), « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence. Revue critique*, n° 3, 2012, p. 150-165.
- DREYER (Emmanuel) « Les incidences en matière de peine. Les incidences de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel sur la peine », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2011.
- DREYER (Emmanuel), « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale. La QPC et les attentes déçues... », *JCP*, 2011, p. 976.
- DUBBER (Markus D.), « Citizenship and Penal Law », *New Criminal Law Review*, 2010, vol. 13, n° 2, p. 190-215.
- DUBESSET (Mathilde), « L'impossible (impensable ?) suffrage des femmes, 1848-1944, un siècle de controverses françaises », in Gérard CHIANEA et Jean-Luc CHABOT (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 25-32.

DUBOIS (Georges), « Interdiction des droits civils et politiques. Rapport de la Commission chargée de préparer les réponses de la Société générale des prisons au questionnaire du Congrès de Rome », *Revue pénitentiaire et de droit pénal. Bulletin de la Société générale des prisons*, t. 7, 1883, n° 5, p. 509-516.

DUCOULOMBIER (Peggy), « Le droit de vote des prisonniers: la perspective britannique », *RDLF*, 2014, chron. n°12.

DUCOULOMBIER (Peggy), « L'application délicate de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le cas britannique », *RDP*, 2016, n° 1, p. 223.

DUFF (R. Anthony), « Inclusion and Exclusion: Citizens, Subjects and Outlaws », *Current Legal Problems*, 1998, vol. 51, p. 241-66.

DUFF (R. Antony), « Whose Law is it Anyway? Inclusion, Exclusion and the Criminal Law », *Scottish Affairs*, 2000, n° 30, p. 2-15.

DUFF (R. Anthony), « Introduction: Crime and Citizenship », *Journal of Applied Philosophy*, 2005, vol. 22, n° 3, p. 211-216.

DUTRIEUX (Damien), « Les derniers exclus du droit de vote », *Journal des Maires*, oct. 2000, p. 52.

DUTRIEUX (Damien), « Article L. 7 du Code électoral : chronique d'une inconstitutionnalité annoncée », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 2010, p. 60.

DUTRIEUX (Damien), « Inconstitutionnalité des radiations automatiques des listes électorales sur le fondement d'une sanction disciplinaire », *JCP A*, 5 mars 2012, n° 9, p. 31.

DUVAL (Jean-Marc), « La sanction des comportements irréguliers relevés au cours des opérations électorales », *RFDC*, 2001/4, n° 48, p. 825-846.

DUVERGER (Maurice), « La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940 », *RDP*, 1940-1941, p. 277-332 et 417-540.

DUVERGIER (Jean-Baptiste), « De l'effet rétroactif des lois », *Revue de droit français et étranger*, 1845, t. 2, p. 1-30.

– E –

EASTON (Susan), « Electing the Electorate : The Problem of Prisoner Disenfranchisement », *The Modern Law Review*, 2006, vol. 69, n° 3, p. 443-452.

EDEL (Frédéric), « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », *Revue française d'administration publique*, 2012, n° 142, p. 339-368.

ENDERLIN (C. S.), « L'article L. 7 du code électoral, peine accessoire et conforme à la Conv. EDH. », *AJ Pénal*, 2005, p. 326.

ESMEIN (Adhémar), « Notes de jurisprudence parlementaire - La déchéance des députés et des sénateurs », *Revue politique et parlementaire : questions politiques, sociales et législatives*, Paris, 1894, p. 295-314.

ESPLUGAS (Pierre), « La citoyenneté vue par le Conseil constitutionnel français », in Henry ROUSSILLON (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, 4es Assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Toulouse, PUSS, 2006, p. 207-219.

EUDES (Marina), « Vers l'abolition des dernières restrictions au droit de vote ? Étude des frontières du corps électoral », *RTDH*, 2006, n° 67, p. 575-595.

EWALD (Alec C.), « "Civil Death": The Ideological Paradox of Criminal Disenfranchisement Law in the United States », *Wisconsin Law Review*, 2002, p. 1045-1138.

EXPOSITO (Wilfrid), « La citoyenneté du détenu », *Rev. pénit. et de droit pénal*, 2005, n° 1, p. 87-106.

– F –

FALCIMAIGNE (Charles), « Loi du 10 mars 1898 sur la destitution des officiers ministériels et ses conséquences relativement aux droits électoraux (1). Note et notices », *Annuaire de législation française publié par la Société de législation comparée*, Paris, F. Pichon, 1899, p. 63-76.

FATIN-ROUGE Stéfanini (Marthe), « Le droit de vote des détenus en droits canadien, sud-africain et conventionnel européen », *Revue internationale de droit comparé*, 2007, n° 3, p. 617-643.

FATIN-ROUGE STÉFANINI (Marthe), « La nationalité sans la citoyenneté : la question des nationaux non-votants », in Marie-Pierre LANFRANCHI, Olivier LECUCQ, Dominique NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Nationalité et citoyenneté : perspectives de droit comparé, droit européen et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 291-306.

FAUCHER (Henri), « L'indignité nationale », *JCP*, 1945, I, n° 453-454, p. 6.

FAUCHER (Henri), « La suspension des droits de vote, d'élection et d'éligibilité », *JCP*, 1946, I, n° 529.

FAVOREU (Louis), « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », in *Droit pénal contemporain - Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 169-209.

FEINBERG (Joel), « The Expressive Function of Punishment », *The Monist*, 1965, vol. 49, n° 3, p. 397-423.

FERRAJOLI (Luigi), « Dai diritti del cittadino ai diritti della persona », in Danilo ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 263-292.

FERRAJOLI (Luigi), « La contradiction entre l'égalité des droits fondamentaux et la citoyenneté comme statut d'exclusion », in Olivier BEAUD, Catherine COLLIOT-THELENE et Jean-François KERVEGAN (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, Paris, Classique Garnier, 2019, p. 167-183.

FIALA-BUTORA (János), ASHLEY STEIN (Michael), LORD (Janet), « The Democratic Life of the Union: Toward Equal Voting Participation for Europeans with Disabilities », *Harvard International Law Journal*, 2014, vol. 55, n° 1, p. 71-104.

FINCHELSTEIN (Gilles), « Post mortem. Raison et déraison du débat sur la déchéance de nationalité », *Pouvoirs*, 2017/1, n° 160, p. 99-112.

FITTE-DUVAL (Annie), « La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme », *AJDA*, 1997 p. 731.

FITTE-DUVAL (Annie), « La radiation des cadres pour cause de privation des droits civiques », *Actualité Juridique Fonctions Publiques*, 1997, p. 37-40.

FLAUSS (Jean-François), « Convention européenne des droits de l'homme et contentieux des élections parlementaires », *RFDC*, 1994, n° 19, chron. p. 576.

FLAUSS (Jean-François), « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux des élections parlementaires : les enseignements de l'arrêt *Pierre Bloch* », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, avril 1998, n° 4.

FLAUSS (Jean-François), « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme - Le droit constitutionnel national devant la Cour européenne des droits de l'homme (actualité jurisprudentielle 1997-1998-1999-2000) », *RFDC*, 2000, n° 44.

FLAUSS (Jean-François), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2005 - janvier 2006) », *AJDA*, 2006, p. 466.

FLETCHER (George P.), « Disenfranchisement as Punishment: Reflections on the Racial Uses of Infamia », *UCLA Law Review*, 1999, vol. 46, p. 1894-1906.

FORTUNET (Françoise), « Des droits et des devoirs », in *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 1998, p. 179-193.

FRATACCI (Stéphane), « La difficile mise en œuvre de la loi du 10 avril 1996 », concl. sous CE, 10 juin 1996, *Élections cantonales de Toulon (3e canton)*, *RFDA*, 1996, p. 697.

FRYDMAN (Benoît), « Juge professionnel et juge citoyen : L'échevinage à la croisée de deux cultures judiciaires », in *La participation du citoyen à l'administration de la justice. Actes du colloque organisé le 25 novembre 2005 à la Maison des Parlementaires à Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 13-29.

FULCHIRON (Hugues), « Les enjeux contemporains du droit français de la nationalité à la lumière de son histoire », *Pouvoirs*, 2017, vol. 160, n° 1, p. 7-17.

– G –

GAMALEU KAMENI (Christian), « Brèves réflexions sur le droit de vote des majeurs protégés au regard de la loi du 23 mars 2019 », *AJ fam.*, 2019, p. 515.

GAUDEMONT de (Christelle), « Interdiction perpétuelle du droit de vote et droit de l'Union », *D. actu.*, 2015.

GARAGON (Jean), « L'origine du principe de l'égalité admissibilité aux fonctions publiques », *Annales de l'Université de Lyon*, Sirey, 1956, p. 5-68.

GARÇON (Émile), « Sur les peines non déshonorantes », *Revue pénitentiaire. Bulletin de la Société Générale des Prisons*, juin 1896, n° 6, p. 830-855.

GARÇON (Maurice), « De l'indignité », *Le Figaro*, n° 70, 9 novembre 1944.

GARRIGOU (Alain), « Le brouillon du suffrage universel. Archéologie du décret du 5 mars 1848 », *Genèses*, 1991, n° 6, p. 161-178.

GASSIN (Raymond), « Le droit pénal : droit public ou droit privé ? », in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, IV, PUAM, 1991, p. 51.

GASSIN (René), « Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1994, n° 18, p. 50-68.

GAVEN (Jean-Christophe), « La déchéance avant la nationalité. Archéologie d'une déchéance de citoyenneté », *Pouvoirs*, 2017, vol. 160, n° 1, p. 85-98.

GESLOT (Christophe), « L'émergence du concept moderne de citoyenneté : l'époque révolutionnaire », in Gérard CHIANEA et Jean-Luc CHABOT (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, Actes du Colloque de Grenoble, avril 1998, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 305-316.

GESLOT (Christophe), « Condition de nationalité et droit de vote », in Thierry DEBARD et François ROBBE (dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, Actes du colloque organisé par l'Université Lyon III Jean Moulin le 17 octobre 2003, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 13-33.

GHEVONTIAN (Richard), « Les inéligibilités-sanctions », *Les Cahiers du CNFPT*, nov. 1995, n° 45, p. 91-99.

GHEVONTIAN (Richard), « Faillite personnelle et déchéance des droits civiques », *D.* 1997, p. 259.

GHEVONTIAN (Richard), « Portée et limites de l'inéligibilité résultant de la mise en liquidation judiciaire », *D.* 1998, p. 301.

GHEVONTIAN (Richard), « Les progrès de la constitutionnalisation du droit électoral. Éléments de réflexion », in Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit* [actes de l'atelier du IIIème Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14-16 juin 1996], Economica, 1999, p. 57.

GHEVONTIAN (Richard), « Le principe de dignité du scrutin », *D.* 2003, n° 17, p. 1132.

GHEVONTIAN (Richard), « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 13.

GHEVONTIAN (Richard), « Le contentieux électoral saisi par la morale ? », in *Études en l'honneur de L. Philip*, Economica, 2005, p. 91.

GHEVONTIAN (Richard), « L'inconstitutionnalité de l'article 7 du code électoral : la fin d'une incongruité juridique », *Constitutions*, 2010, n° 3, p. 454-456.

GHEVONTIAN (Richard), « Le Conseil constitutionnel, juge électoral et la liberté d'expression », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 36.

GIACOPELLI (Muriel), « Le sauvetage des peines complémentaires obligatoires par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2011, p. 151.

GICQUEL (Jean), « La citoyenneté au regard de la Constitution », in Henry ROUSSILLON (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, 4es Assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Toulouse, PUSS, 2006, p. 29-39.

GICQUEL (Jean), « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/4, n° 41, p. 191-199.

GICQUEL (Jean-Éric), « Le Conseil constitutionnel et le mandat parlementaire », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/1, n° 38, p. 69-83.

GIUDICELLI (André), « La déchéance de la nationalité française », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 333-350.

GIUDICELLI-DELAGE (Geneviève), « Les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique dans le nouveau code pénal », *RSC*, 1993, p. 493.

GLASER (Emmanuel), « Admission à concourir : la prise en compte d'infractions pénales », *Dr. adm.*, 2005, n° 2, comm. 21.

GLASER (Emmanuel), « Prise illégale d'intérêts, inéligibilité et démission d'office », concl. sous CE, 1^{er} juill. 2005, *Ousty et Gravier*, *RFDA*, 2006, p. 258.

GLASER (Emmanuel), « La privation des droits civiques, expresse ou automatique », *Revue Générale des Collectivités Territoriales*, 2007, n° 40, p. 95-109.

GLASER (Emmanuel), « Privation de droits civiques et perte de la qualité de fonctionnaire », concl. sous CE, Ass., 11 déc. 2006, *Mme Nicolai*, *RFDA*, 2007, p. 498.

GLASER (Emmanuel), « Condamnation pénale et radiation de la fonction publique », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 2011, p. 64.

- GODBILLON (Bernard), « L'ouverture européenne de la fonction publique française : la prégnance du droit communautaire », *AJFP*, 2001, p. 10.
- GODINEAU (Dominique), « Femmes en citoyenneté : pratiques et politique », *Annales historiques de la Révolution française*, avril-juin 1995, n° 300, p. 197-199.
- GODINEAU (Dominique), « De la guerrière à la citoyenne. Porter les armes pendant l'Ancien Régime et la Révolution française », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 2004/2, n° 20.
- GODINEAU (Dominique), « Le genre de la citoyenneté, ou quelle identité politique pour les femmes pendant la Révolution française ? », in Anna BELLAVITIS et Nicole EDELMAN (dir.), *Genre, femmes, histoire en Europe : France, Italie, Espagne, Autriche*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2014, p. 315-339.
- GOHIN (Olivier), « Nation et suffrage », in Armel PECHEUL (dir.), *Que reste-t-il de la nation dans la Constitution ?*, Actes du colloque international organisé par le Centre de Recherches Hannah Arendt les 15 & 16 mars 2007, Éd. Cujas, 2008, p. 115-134.
- GÓMEZ-JARA DíEZ (Carlos), « Enemy Combatants versus Enemy Criminal Law: An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants », *New Criminal Law Review*, 2008, vol. 11, n° 4, p. 529-562.
- GOUTAL (Yvon), « La peine complémentaire d'inéligibilité issue de la loi ordinaire du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique », *Actualité juridique. Collectivités Territoriales*, 2017, p. 606.
- GOUTTES de (Régis), « L'incapacité d'exercer une fonction publique élective demeure attachée de plein droit au jugement de liquidation judiciaire », concl. sous Cass., com., 9 juill. 1996, *Tapie c/ SDBO*, D. 1996, p. 465.
- GRAEVE de (Loïc) « La notion de sanction pénale en droit interne », in *La sanction : Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean-Moulin Lyon 3*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 67.
- GRAZIADEI (Stefan), « Democracy v. Human Rights? The Strasbourg Court and the Challenge of Power Sharing », *European Constitutional Law Review*, 2016, vol. 12, n° 1, p. 54-84.
- GRECOURT (Gilles), « Réflexion autour de la notion d'infraction politique », *Dr. pén.*, 2017, n° 9, Étude 17.
- GROS (Dominique), « Le "statut des Juifs" et les manuels en usage dans les facultés de Droit (Partie 2) », *Cultures & Conflits*, 1993, n° 9-10, p. 154-171.
- GUERIN-BARGUES (Cécile), « La déontologie des ministres au prisme de la Charte du 18 mai 2012 », *Politeia. Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel*, 2014, n° 26, p. 29.
- GUILLAUMONT (Olivier), « Que reste-t-il de l'article L. 58 du code des pensions civiles et militaires de retraite ? », *Actualité Juridique Fonctions publiques*, 2003, p. 21.
- GUTMANN (Daniel), « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Archives de Philosophie du droit*, 2000, t. 44, p. 115-127.

– H –

HAIGH (Richard), « Between Here and There is Better than Anything Over There: The Morass of *Sauvé v. Canada* (Chief Electoral Officer) », *Supreme Court Law Review*, 2003, vol. 20, p. 353-392.

- HALPERIN (Jean-Louis), « Forfaiture des juges et privation de l'office à la fin de l'Ancien Régime », *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Association française pour l'histoire de la justice, Paris, La Découverte, 2000, p. 105-113.
- HARDY (Heather), « Citizenship and the Right to Vote », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, n° 17, p. 75-100.
- HAURIU (Maurice), « L'institution et le droit statutaire », in *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, 2^{ème} série, t. 2, p. 134-182.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Une *dignitas* humaine : vieilles outres, vin nouveau », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 2009, n° 48, p. 59-85.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « A human *dignitas* ? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 32-57.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Honneurs et déshonneurs républicains. Une affaire de genre ? », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN (dir.), *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 607-622.
- HERIN (Jean-Louis), « Les exclus du droit de vote », *Pouvoirs*, 2007/1, n° 120, p. 95-107.
- HERVIEU (Nicolas), « Le droit de vote des détenus : histoire sans fin pour un contentieux décisif (CEDH, Gr. ch., Scoppola [n° 3] c. Italie, 22 mai 2012) », *RTDH*, 2013, vol. 94, p. 424-456.
- HERZOG-EVANS (Martine), « Pas de QPC pour la privation perpétuelle des droits civiques » (Crim., 14 nov. 2012, n° 12-85.319), *AJ pénal*, 2013, p. 359.
- HESSE (Carla), « La logique culturelle de la loi révolutionnaire », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, n° 4, p. 915-933.
- HESSE (Jean-Philippe), « Citoyenneté et indigénat », in Geneviève KOUBI (dir.), *De la citoyenneté*, Paris, Litec, 1995, p. 69-78.
- HEURTIN (Jean-Philippe), « Le citoyen parfait », communication au colloque « La Loi en Révolution 1789-1795. Fonder l'ordre et établir la norme », colloque international, Pierrefitte-sur-Seine/Paris I-Panthéon-Sorbonne, 12-14 sept. 2013.
- HINCKER (François), « La citoyenneté révolutionnaire saisie à travers ses exclus », in Nathalie ROBATEL (dir.), *Le Citoyen fou*, Paris, PUF, 1991, p. 7-28.
- HIPPLER (Thomas), « Service militaire et citoyenneté sous la Révolution française », in Raymonde MONNIER (dir.), *Citoyens et citoyenneté sous la Révolution française*, Société des Études robespierristes, 2006, p. 271-278.
- HOLMES (Stephen), « Does Hobbes have a concept of the enemy? », *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2010, vol. 13, n° 2-3, p. 371-389.
- HURME (Sally B.), APPELBAUM (Paul S.), « Defining and Assessing Capacity to Vote: The Effect of Mental Impairment on the Rights of Voters », *McGeorge Law Review*, 2016, vol. 38, n° 4, p. 931-79.
- HUSSON (Léon), « Les activités professionnelles et le droit », *Archives de philosophie du droit*, 1954, vol. 2, p. 1-44.

Disenfranchisement in an International Perspective, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 25-58.

– J –

JACQUIER (Christiane), « La notion d'indignité comme obstacle à une demande de réintégration », concl. sous TA Nantes, 5 nov. 1996, *M. François Goyi, RFDA*, 1997, p. 329.

JAEDE (Maximilian), « Hobbes on the making and unmaking of citizens », *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2016, vol. 19, n° 1, p. 86-102.

JAKOBS (Günther), « Diritto penale del nemico. Una analisi sulle condizioni della giuridicità », in Alessandro GAMBERINI e Renzo ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi, 2007, p. 109-129.

JAKOBS (Günther), « Diritto penale del nemico », in Massimo DONINI e Michele PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 5-28.

JAKOBS (Günther), « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, p. 7.

JAN (Pascal), « Le juge électoral et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. À propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 octobre 1997, *PierreBloch c/ France* », *RFDA*, 1998, p. 999.

JAUME (Lucien), « Citoyenneté (l'homme et le citoyen) », in Philippe RAYNAUD, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1996, p. 80-84.

JEANDIDIER (Wilfrid), « Droit criminel et droit de la faillite », in *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p. 497-527.

JEANDIDIER (Wilfrid), « Les juridictions pénales d'exception dans la France contemporaine », *JCP G*, n° 1, 1985, I, p. 3173.

JEANNEAU (Benoît), « Vraie ou fausse résurgence des déclarations des devoirs de l'homme et du citoyen », in *Territoires et libertés. Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 295-315.

JEAN-PIERRE (Didier), « L'appréciation de la moralité du candidat à l'accès à la fonction publique : entre erreur de jeunesse et application du proverbe "qui vole un œuf..." », *JCP A*, 2004, n° 51, p. 1819.

JOBART (Jean-Charles), « La démission d'office des élus locaux à l'épreuve de la CEDH », *D.* 2005, p. 2931.

JOHNSON-PARRIS (Afi S.), « Felon Disenfranchisement: the Unconscionable Social Contract Breached », *Virginia Law Review*, 2003, vol. 89, p. 109-138.

JOUANJAN (Olivier), « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, 2019, n° 22.

JOSSO (Selma), « Le droit à candidater aux élections législatives : un droit malmené », *RFDC*, 2013/2, n° 94, p. 371-395.

– K –

KARLAN (Pamela S.), « Ballots and Bullets: The Exceptional History of the Right to Vote », *University of Cincinnati Law Review*, 2003, vol. 71, p. 1345-1372.

KARLAN (Pamela S.), « Convictions and Doubts: Retribution, Representation, and the Debate over Felon Disenfranchisement », *Stanford Law Review*, 2004, vol. 56, n° 5, p. 1147-1770.

KERLEO (Jean-François), « Archéologie des rapports entre le droit et la déontologie en France », *Revue d'études benthamiennes*, 2014, vol. 13.

KESBY (Alison), « Prisoner voting rights and the effect of *Hirst v. United Kingdom (no. 2)* on National law », *The Cambridge Law Journal*, 2007, vol. 66, p. 258-260.

KESSEDJIAN (Catherine), « Le Juif déchu de la nationalité française », in *Le droit antisémite de Vichy*, Le genre humain, n° 30-31, Paris, Éditions du Seuil, 1996, p. 231-242.

KINGSTON (Rebecca), « The Unmaking of Citizens: Banishment and the Modern Citizenship Regime in France », *Citizenship Studies*, 2005, vol. 9, n° 1, p. 23-40.

KLUGER (Jacques) « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 1995, p. 505.

KOERING-JOULIN (Renée), « Infraction politique et violence », *JCP*, 1982, I, p. 3066.

KORNEZOV (Alexander), « The Right to Vote as an EU Fundamental Right and the Expanding Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights », *The Cambridge Law Journal*, 2016, p. 24-27.

KRASMANN (Susanne), « The enemy on the border: Critique of a programme in favour of a preventive state », *Punishment & Society*, 2007, vol. 9, n° 3, p. 300-318.

– L –

LA TORRE (Massimo), « Citoyenneté », in Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD (dir), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, *Suprématie de la Constitution*, Dalloz, 2012, p. 357-387.

LABRUSSE (Sébastien), « Le droit de vie et de mort selon Jean-Jacques Rousseau ou la politique de l'homme infaillible », in Jacques BERCHTOLD et Michel PORRET (dir.), *Annales de la Société Jean-Jacques Rousseau*, vol. 43, Genève, Librairie Droz, 2001, p. 107-128.

LACROIX (Vincent), « Sanctions pénales et inéligibilité, double peine ou peine complémentaire ? », *Les Cahiers Juridiques des collectivités territoriales et des associations*, mars 2000, n° 46, p. 22.

LAFERRIERE (Firmin), « Des droits politiques et de la qualité de Citoyen français, dans leurs rapports avec les lois constitutionnelles et civiles, depuis 1789 jusqu'à ce jour », *Revue de droit français et étranger*, 1849, p. 842.

LAGARDE (Paul), « Le débat sur la déchéance de nationalité. Essai de clarification », *JCP G*, 2016, p. 197-200.

LAMOUREUX (Sophie), « Droit électoral - La disparition de la sanction automatique d'inéligibilité pour les comptables de fait : quel avenir pour la sanction électorale ? », *RFDC*, 2003/3, n° 55, p. 609-621.

LAMOUREUX (Sophie), « Abrogation de l'article L. 7 du code électoral ou la fin d'une inconstitutionnalité attendue », *Revue Générale des Collectivités Territoriales*, 2010, n° 48, p. 201-206.

LANDAIS (Claire), LENICA (Frédéric), « Le régime d'inéligibilité des élus municipaux au risque de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2005, p. 1824.

LANSBERGEN (Anja), « Prisoner Disenfranchisement in the United Kingdom and the Scope of EU Law: United Kingdom Supreme Court », *European Constitutional Law Review*, 2014, vol. 10, n° 1, p. 126-142.

LASCOUMES (Pierre), PONCELA (Pierrette), « Intérêts à protéger et classification des infractions : autour du premier code pénal français de 1791 », in Philippe GERARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 3, *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1990, n° 49, p. 55-78.

LASCOUMES (Pierre), « Le verso oublié du "catéchisme révolutionnaire" : le code pénal de 1791 », *Cahiers de recherche sociologique*, 1989, vol. 13, p. 31-51.

LASCOUMES (Pierre), « L'ordre public partiel du nouveau Code pénal », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1994, n° 18, p. 100-107.

LASCOUMES (Pierre), « Révolution ou réforme juridique ? Les codes pénaux français de 1791 à 1810 », in Xavier ROUSSEAU, Marie-Sylvie DUPONT-BOUCHAT, Claude VAEL (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales. 1780-1830*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 61-69.

LATOURNERIE (Roger), Concl. sous CE, Ass., 3 juill. 1936, *Dlle Bobard et autres*, D. 1937. III, p. 38.

LAVI (Shai), « Citizenship Revocation as Punishment: On the Modern Duties of Citizens and their Criminal Breach », *University of Toronto Law Journal*, 2011, vol. 61, n° 4, p. 783-810.

LAVRIC (Sabrina), « Individualisation des peines : inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », D. 2010, n° 25, p. 1560.

LAVROFF (Dmitri Georges), « La citoyenneté dans la pensée de Léon Duguit », in Henry ROUSSILLON (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, 4es Assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Toulouse, PUSS, 2006, p. 69-84.

LAZERGES (Christine), « La défense sociale nouvelle a 50 ans. L'actualité de la pensée de Marc Ancel », *RSC*, 2005, p. 165.

LAZERGES (Christine), « La question prioritaire de constitutionnalité en droit pénal : entre audace et prudence », *RSC*, 2011, p. 193.

LAZERGES (Christine) et HENRION-STOFFEL (Hervé), « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 2016, p. 649.

LE COUR GRANDMAISON (Olivier), « Les non-citoyens dans la Révolution », *L'Homme et la Société*, 1989, n° 94, p. 19-32.

LE GAL (Sébastien), « Réflexions sur le crime d'indignité nationale et la peine de la dégradation nationale », *Cahiers Jean Moulin*, 2015, n° 1.

LEBEN (Charles), « Nationalité et citoyenneté en droit constitutionnel », *Controverses*, 2009, n° 11, p. 151-163.

LECA (Jean), « La citoyenneté entre la nation et la société civile », in Dominique COLAS, Claude EMERI, Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, PUF, 1991, p. 479.

LECA (Jean) « Citoyen », in Olivier DUHAMEL & Yves MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 143.

LECUCQ (Olivier), « Réflexions autour de la singularité du national », in *Mélanges François Julien-Laferrrière*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 343-359.

LEFEBVRE (José), « Codifier l'infraction politique ? », *Cahiers du CURAPP*, 1998, n° 42, p. 371-386.

- LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), « Citoyen », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 1993, n° 17, p. 33-42.
- LEMOULAND (Jean-Jacques), « Les critères jurisprudentiels de l'infraction politique », *RSC*, 1988, p. 16.
- LEPAGE (Agathe), MATSOPOULOU (Haritini), « Des peines complémentaires obligatoires déclarées conformes aux principes constitutionnels », *JCP*, 2010, n° 47, p. 2168-2171.
- LEPOUTRE (Jules), « La déchéance de la nationalité, un outil pertinent ? », *Esprit*, 2015, n° 5, p. 118-120.
- LEPOUTRE (Jules), « L'impasse de la déchéance de la nationalité », *Plein droit*, 2018/2, n° 117, p. 20-23.
- LEPOUTRE (Jules), « Entre territoires et valeurs : les origines conflictuelles de la déchéance de nationalité », in Amélie DIONISI-PEYRUSSE, Valérie PARISOT, Fabienne JAULT-SESEKE et Fabien MARCHADIER (dir.), *La nationalité, enjeux et perspectives*, Paris, LGDJ, 2019, p. 315-321.
- LEQUETTE (Yves), « La nationalité française dévaluée », in *L'avenir du droit. Mélanges François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 349.
- LESCLOUS (Vincent), MARSAT (Claire), « Rapport du Haut comité consultatif sur la procédure de jugement en matière criminelle », *Dr. pén.*, juin 1996, n° 26, p. 3-6.
- LEVINE (Eli L.), « Does the Social Contract Justify Felony Disenfranchisement? », *The Washington University Jurisprudence Review*, 2009, vol. 1, n° 1, p. 193-224.
- LEVINET (Michel), « L'autolimitation de la Cour Européenne des droits de l'homme en matière de réglementation des droits politiques », *RFDA*, 1998, n° 5, p. 1007-1010.
- LEVINET (Michel), « Vers un infléchissement de l'autolimitation du juge européen des droits de l'homme en matière d'exercice des droits politiques », *RTDH*, 2000, p. 54-75.
- LEVINET (Michel), « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2005) – *Hirst c. Royaume-Uni* », *RDP*, 2006, p. 811-813.
- LOCHAK (Danièle), « La citoyenneté : un concept juridique flou », in Dominique COLAS, Claude EMERI & Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 179-207.
- LOCHAK (Danièle), « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », in CURAPP, *Les bonnes mœurs*, Présentation de Jacques Chevallier, Paris, PUF, 1994, p. 15-53.
- LOCHAK (Danièle), « Comment définir la citoyenneté ? », in Bernard DELEMOTTE et Jacques CHEVALLIER (dir.), *Étranger et citoyen : les immigrés et la démocratie locale*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 13-25.
- LOMBARD (Françoise), « La démocratisation récente du jury », in Renée MARTINAGE, Jean-Pierre ROYER (dir.), *Les destinées du jury criminel*, Lille, L'Espace juridique, Hellemmes, Ester, 1990, p. 251-246.
- LOMBARD (Françoise), « "Les citoyens-juges". La réforme de la cour d'assises ou les limites de la souveraineté populaire », *RSC*, 1996, n° 4, p. 773-797.
- LOPEZ (Mélanie), « Handicap et citoyenneté : du droit de vote à l'éligibilité des personnes en situation de handicap », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 2013, p. 919.

LOQUIN (Éric), « Le Juif "incapable" », in *Le droit antisémite de Vichy*, Le genre humain, n° 30-31, Paris, Éditions du Seuil, 1996, p. 173-188.

LORHO (Gérard), « Les impacts du nouveau code pénal et de la loi n° 921336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur sur la gestion du casier judiciaire national », *RSC*, 1993, p. 511.

LORHO (Gérard), « La suppression de la peine accessoire d'incapacité électorale face au principe de réalité, ou les délices du droit transitoire », *RSC*, 1994, p. 788.

LORHO (Gérard), « Financement de la politique : les infortunes de la vertu », *Le Banquet*, 1995, n° 6.

LORHO (Gérard), « Le corrompu, l'électeur et le juge : premier bilan d'application de l'article L. 7 du code électoral », *Dr. pén.*, 2001, n° 7, chron. 29.

LOUGHLIN (Martin), « In Defence of the Staatslehre », *Der Staat*, 2009, vol. 48, n° 1, p. 1-27.

LUCHAIRE (François), « Article 34 », in François LUCHAIRE, Gérard CONAC (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1987, p. 749-773.

– M –

MACDONALD (Morgan), « Disproportionate Punishment: The Legality of Criminal Disenfranchisement under the International Covenant on Civil and Political Rights », *The George Washington International Law Review*, 2009, vol. 40, n° 4, p. 1375-1408.

MAGNON (Xavier) et al., « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006, n° 66/2, p. 324-327.

MALABAT (Valérie), « Morale et droit pénal », in Dominique BUREAU, France DRUMMOND et Dominique FENOUILLET (dir.), *Droit et morale*, Paris, Dalloz, 2011, p. 219-236.

MALHIERE (Fanny), « Motivation de la peine : chronique d'une reconnaissance parachevée », *Gaz. Pal.*, 3 juill. 2018, n° 24, p. 31.

MALIGNER (Bernard), « Le contrôle du financement des campagnes électorales. Étude des jurisprudences constitutionnelles, administratives et judiciaires », *RFDA*, 1995, p. 243-290.

MALIGNER (Bernard), « Inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *AJDA*, 2010, n° 32, p. 1831-1837.

MALIGNER (Bernard), « Le financement de la campagne électorale », *AJDA*, 2011, p. 2160.

MALLOL (Francis), « Conditions de moralité et accès à la fonction publique », *LPA*, 1995, n° 75, p. 4.

MANFREDI (Christopher P.), « Judicial Review and Criminal Disenfranchisement in the United States and Canada », *The Review of Politics*, 1998, vol. 60, n° 2, p. 277-305.

MANFREDI (Christopher), « The Day the Dialogue Died: a Comment on *Sauve v. Canada* », *Osgoode Hall Law Journal*, 2007, vol. 45, p. 105-123.

MARCUS-HELMONS (Silvio), « Article 3 », in Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT et Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1999, p. 1011-1020.

MARIA (Ingrid), « Exercice et jouissance des droits civils et politiques », *JCl. Civil Code*, Art. 7 et 8, Fasc. unique, 12 sept. 2013.

- MARSHALL (Thomas Humphrey), « Citizenship and Social Class », in Thomas Humphrey MARSHALL, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, p. 1-85.
- MARTIN (Virginie), « La citoyenneté revisitée : bilans et perspectives historiographiques », *La Révolution française*, 2015, n° 9.
- MATSOPOULOU (Haritini), « L'éthique et le droit pénal », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 315-351.
- MATSOPOULOU (Haritini), « Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer après les ordonnances récentes de 2004 et 2005, et la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *D.* 2007, p. 104.
- MAUGAIN (Géraldine), « La participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale », *Dr. pén.*, 2011, n° 10, étude 21.
- MAUGUÉ (Christine) et SCHWARTZ (Rémy), « Compatibilité du principe de l'égal accès de tous les citoyens aux emplois publics et du contrôle exercé par l'administration sur l'aptitude des candidats aux fonctions visées », *AJDA*, 1991, p. 504.
- MAULIN (Éric), « Compétence, capacité, pouvoir », in *AFDA, La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008, Paris, Litec, p. 33-50.
- MAYAUD (Yves), « L'incapacité de l'article L. 7 du Code électoral, ou d'une peine justement redoutée... », *Revue Lamy Collectivités Territoriales*, 2007, n° 30.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1994, n° 18, p. 241-294.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, p. 117-131.
- MERLE (Jean-Christophe), « Le droit pénal chez Fichte », Jean-Marie LARDIC (dir.), *Fichte. Idéalisme, politique et histoire*, Vrin, 2003, p. 155-171.
- MICHEL (Jacques), « La folie ne fait pas droit », in Nathalie ROBATEL (dir.), *Le Citoyen fou*, Paris, PUF, 1991, p. 45-62.
- MIGNON-GARDET (Marie), « Le rapport du Haut comité consultatif sur la réforme de la procédure criminelle : un sens d'équilibre », *LPA*, 13 mai 1996, n° 58, p. 4.
- MIHMAN (Alexis), MAES (Aline), « La motivation des peines (en matière correctionnelle) », *Gaz. Pal.*, n° 13, p. 17.
- MILLARD (Éric), « De quelques mobilisations actuelles du concept de citoyenneté », in Pascale GONOD et Jean-Pierre DUBOIS (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Paris, Dalloz, 2003, p. 32-45.
- MINDUS (Patricia), « Anatomia del cittadino. Tre modi di intendere la cittadinanza e alcuni problemi indesiderati », *Analisi e Diritto*, 2009, p. 73-97.
- MOLEUR (Bernard), « L'indigène aux urnes. Le droit de suffrage et la citoyenneté dans la colonie du Sénégal », in Gérard CHIANEA et Jean-Luc CHABOT (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 65-97.
- MOLINIER (Victor), « Observations sur la proposition d'abolir la mort civile », *Revue de droit français et étranger*, 1850, t. 7, p. 370-391.

MONTGOLFIER de (Jean-François), « L'apport de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel au critère de la peine », in Valérie MALABAT, Bertrand de LAMY et Muriel GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : le temps de réformes*, Paris, Litec, 2011, p. 231-239.

MOSSE (Claude), « La conception du citoyen dans la politique d'Aristote », *Eiréné*, VI, 1967, p. 17-21.

MOSSE (Claude), « Citoyens actifs et citoyens "passifs" dans les cités grecques : une approche théorique du problème », *Revue des Études Anciennes*, t. 81, 1979, n° 3-4, p. 241-249.

MOUTOUH (Hugues), « Le bon grain et l'ivraie. Brève histoire de la préférence nationale en droit français », *D.* 1999, p. 419.

MUNIER (Paul), « Entre crainte et consentement. Le rapport du citoyen au souverain chez Hobbes », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, ENS Editions, 2008/1, n° 14, p. 77-101.

MUNTINGH (Lukas) and SLOTH-NIELSEN (Julia), « The Ballot as a Bulwark: Prisoners' Right to Vote in South Africa », in Alec C. EWALD & Brandon ROTTINGHAUS (ed.), *Criminal disenfranchisement in an international perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 221-243.

– N –

NANDRIN (Jean-Pierre), « La question des devoirs dans les premières déclarations françaises des droits de l'homme », in Hugues DUMONT, François OST et Sébastien VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 75-89.

NATALE (Virginie), « Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen », *RTDH*, 2006, n° 68, p. 939-972.

NEUMAN (Gerald L.), « Fédéralisme et citoyenneté aux États-Unis et en Europe », *Critique internationale*, 2003, n° 21.

NICOLET (Claude), « Citoyenneté française, citoyenneté romaine. Essai de mise en perspective », in Serge BERSTEIN et Odile RUDELLE (dir.), *Le Modèle républicain*, Paris, PUF, 1992.

NOGERO (David), « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés », *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, 2017, n° 16, p. 128-137.

NORA (Pierre), « Nation », in François FURET (dir.), *Dictionnaire critique de la révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 801-812.

NOVIC (Peter), « Nullum crimen sine legge », in Peter NOVIC, *l'Épuration française 1944-1949*, Paris, Seuil, 1991, p. 229-248.

NUSSBAUM (Martha), « The capabilities of people with cognitive disabilities », *Metaphilosophy*, 2009, vol. 40, n° 3, p. 331-351.

– O –

OLSTHOORN (Johan), « Forfeiting Citizenship: Hobbes on traitors, rebels, and enemies », in Paschalis M. KITROMILIDES (ed.), *Athenian Legacies: European Debates on Citizenship*, Firenze, Leo S. Olschki, 2014, p. 237-52.

OST (François), VAN DE KERCHOVE (Michel), « L'outrage public aux bonnes mœurs », in CURAPP, *Les bonnes mœurs*, Paris, PUF, 1994, p. 105-124.

– P –

PARENT (Christophe), « L'office du juge électoral », *RDP*, 2011, n° 5, p. 1213.

- PARIZOT (Raphaële), « Contre l'indignité nationale », *D.* 2015, p. 876.
- PATAULT (Anne-Marie), « Les origines révolutionnaires de la fonction publique », *Revue historique de droit français et étranger*, juill.-sept. 1986, n° 3, p. 389-405.
- PAUVERT (Bertrand), « La nationalité comme fondement du suffrage. Pérennité ou obsolescence d'un concept ? », in Gérard CHIANEA et Jean-Luc CHABOT (éd.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 43-55.
- PAUVERT (Bertrand), « Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité française », *AJDA*, 2015, p. 1000.
- PAUVERT (Bertrand), « La garde nationale », *RFDA*, 2019, p. 311.
- PEISER (Gustave), « La radiation des cadres pour perte des droits civiques face au nouveau code pénal », *AJDA*, 2007, p. 545-548.
- PELLEGRIN (Pierre), « Aristote : le citoyen sans la citoyenneté », in Jean-Michel COUNET (dir.), *La citoyenneté - Actes du XXXIVème Congrès de l'Association des Sociétés de Philosophie de langue française (ASPLF), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, 21-25 août 2012*, Louvain-la-Neuve, Peeters, 2015, p. 25-45.
- PELTIER (Virginie), « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. pén.*, 2011, n° 3, Étude 4.
- PERRIER (Jean-Baptiste), « Inconstitutionnalité de la non-inscription de plein droit sur les listes électorales en cas de condamnation pénale » (sur Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC), *AJ pénal*, 2010, p. 392.
- PERRIER (Jean-Baptiste), « Discipline des notaires : inconstitutionnalité de l'automatisme de la non-inscription sur les listes électorales en cas de destitution », *AJ Pénal*, 2012, p. 286.
- PETTITI (Louis Edmond), « Les droits du détenu et la Convention EDH », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1981, p. 317-325.
- PEUCHOT (Eric), « Droit de vote et condition de nationalité », *RDP*, 1991, n° 2, p. 481-524.
- PICARD (Étienne), « La notion de citoyenneté », in Yves MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que la société ?*, Université de Tous les Savoirs, 2000, vol. 3, p. 711-731.
- PICARD (Étienne), « Doit-on, en droit, distinguer droits subjectifs et citoyenneté ? », in Olivier BEAUD, Cathérine COLLIOT-THELENE et Jean-François KERVEGAN (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, Paris, Classique Garnier, 2019, p. 127-166.
- PIN (Xavier), « Interdiction des droits civiques, civils et de famille » (Art. 131-26), *JCl. Code Pénal*, Fasc. 20, 2013.
- PIN (Xavier), « Terrorisme et infraction politique en droit pénal », Communication présentée lors de la Journée d'étude « Terrorisme et infraction politique » organisée sous la dir. de Julie Alix et Olivier Cahn, Univ. de Lille 2, 16 nov. 2017.
- PIN (Xavier), « Propos conclusifs », in Evan RASCHEL (dir.), *Politique et droit pénal*, *Lexbase Pénal*, déc. 2018, n° 11.
- PINATEL (Jean), « Infractions et valeurs morales », *RSC*, 1972, p. 664.
- PIRES (Alvaro) et GARCIA (Margarida), « Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théorie de la peine face à la peine de mort », in Yves CARTUYVELS, Henri DUMONT, François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, Sébastien VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 291-336.

- PIRES (Alvaro), « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne », in Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE & Alvaro PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2 : *la rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 3-51.
- PIREA (Cesare), « Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti : il dilemma tra giustizia "individuale" e giustizia "costituzionale" dinanzi alla Grande Camera della Corte europea », *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, vol. 6, n° 3, p. 663-668.
- PLANCHET (Pascal), « Les garanties morales requises des candidats à la fonction publique », *AJDA*, 2005, p. 1016.
- PLAXTON (Michael), LARDY (Heather), « Prisoner Disenfranchisement: Four Judicial Approaches », *Berkeley Journal of International Law*, 2010, vol. 28, n° 1, p. 101-141.
- PLOUVIN (Joël-Yves), « Droits civiques des agents publics et application de l'article 5 du statut général », *D.* 1989, chron. p. 61.
- PLOUVIN (Joël-Yves), « La perte de la jouissance des droits civiques peut-elle (ne pas) affecter la qualité de fonctionnaire ? », concl. sous TA Paris, 22 déc. 1996, *LPA*, 1997, n° 35, p. 14.
- POIRMEUR (Yves), « L'homme politique et les bonnes mœurs. Construction et usages d'un répertoire de stigmaté », in CURAPP, *Les bonnes mœurs*, Présentation de Jacques Chevallier, Paris, PUF, 1994, p. 305-353.
- PONCELA (Pierrette), « Livre I du nouveau code pénal », *RSC*, 1993, p. 455.
- PORRET (Michel), « Atténuer le mal de l'infamie : le réformisme conservateur de Pierre-François Muyart de Vouglans », *Crime, Histoire & Sociétés*, 2000, vol. 4, n° 2, p. 95-120.
- PORRET (Michel), « L'infamie comme école du crime : usages et critiques », in Ursula CASSANI, Robert ROTH, Bernhard STRÄULI (dir.), *Montrer la justice, penser le droit pénal*, Genève, Schulthess, 2009, p. 35-47.
- POWERS (William Ashby), « *Hirst v. United Kingdom (No. 2)*: A First Look at Prisoner Disenfranchisement by the European Court of Human Rights », *Connecticut Journal of International Law*, 2006, vol. 21, n° 2, p. 243-296.
- PRADEL (Jean), « La suspension des arrérages d'une rente en cas de peine afflictive et infamante : une peine accessoire disparue », *AJDA*, 2003, p. 811.
- PRALUS-DUPUY (Joëlle), « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *RSC*, 1992, p. 229.
- PRÉLOT (Pierre-Henri), « Le suffrage universel dans la république. Les débats parlementaires 1871-1875 », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2013/2, n° 38, p. 305-328.
- PROTIÈRE (Guillaume), « La démocratie représentative à l'épreuve des jurys citoyens », *Politeia*, 2007, vol. 11, p. 133-153.

– Q –

QUAGLIONI (Diego), « "Les citoyens envers l'État" : l'individu en tant que citoyen, de la République de Bodin au Contrat social de Rousseau », in Janet COLEMAN (dir.), *L'individu dans la théorie politique et dans la pratique*, Paris, PUF, 1996, p. 311-321.

– R –

REBUT (Didier), « Le retour des mesures de sûreté », *D.* 1998, p. 495.

- REIMAN (Jeffrey), « Liberal and Republican Arguments against the Disenfranchisement of Felons », *Criminal Justice Ethics*, 2005, vol. 24, n° 1, p. 3-18.
- REMY-GRANGER (Dominique), « Le pouvoir de suffrage », in Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD (dir), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2 : *Distribution des pouvoirs*, Dalloz, 2012, p. 369 s.
- RENAULT (Marie-Hélène), « Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste citoyen à part entière », *RSC*, 1998, n° 2, p. 265-277.
- RENAUT (Marie-Hélène), « De la faillite à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires », *LPA*, 2 févr. 1998, n° 14, p. 5.
- RENAUT (Marie-Hélène), « La déconfiture du commerçant. Du débiteur sanctionné au créancier victime », *RTD Com.*, 2000, p. 533.
- RENAUT (Marie-Hélène), « Interdiction des droits civiques, civils et de famille », *Rép. pén. Dalloz*, juin 2013.
- RENOUX (Thierry), BENESSIANO (William), « Constitutions et droit pénal – France », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2010, XXVI, p. 187-239.
- RIGAUX (Anne), « Droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes », *Europe*, 2015, n° 12, comm. 477.
- RIGAUX (François), « Quelques réflexions sur les rapports entre le droit pénal et les autres branches du droit », in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Éd. de l'université de Bruxelles, 1985, p. 517-541.
- ROBERT (Anne-Gaëlle), « Le contrôle européen des restrictions au droit de vote des détenus condamnés : la Cour de Strasbourg se veut moins exigeante », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2012, chron. n° 18.
- ROBERT (Jacques-Henri), « Banqueroute. Le Conseil constitutionnel au tribunal de commerce. Dorénavant, les faillis ne sont plus déchus du droit d'exercer des fonctions électives », *Dr. pén.*, 1999, n° 8, p. 14.
- ROBERT (Jacques-Henri), « Inconstitutionnalité de l'inéligibilité attachée à la faillite personnelle », *JCP*, 1999, I, 151, p. 1290.
- ROBERT (Jacques-Henri), « Pas de double peine pour les criminels pensionnés », *Dr. pén.*, 2003, n° 6, comm. 77.
- ROBERT (Jacques-Henri), « Les crimes contre l'humanité ne sont plus infâmes », *Dr. pén.*, 2003, n° 9, comm. 102.
- ROBERT (Jacques-Henri), « Banqueroute et autres infractions : commentaire des dispositions pénales de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 », *Dr. pén.*, 2005, n° 11, Étude 15.
- ROBERT (Jacques-Henri), « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n° 26.
- ROBERT (Jacques-Henri), « Les peines accessoires sur le gril des QPC », *Dr. pén.*, 2010, n° 7-8, p. 31-33.
- ROBERT (Jacques-Henri), « Pronostics déçus », *Dr. pén.*, 2010, n° 11, p. 41.
- ROBERT (Jacques-Henri), « La fin d'un pilori », *Dr. pén.*, 2011, n° 2, p. 25-26.
- ROBERT (Jacques-Henri), « Un ostracisme non punitif », *Dr. pén.*, 2011, n° 6, comm. 82.
- ROBERT (Jacques-Henri), « L'honneur des limonadiers », *Dr. pén.*, 2011, n° 7-8, p. 50-51.

ROBERT (Jacques-Henri), « Distinguos », *Dr. pén.*, 2012, n° 3, comm. 36.

ROBERT (Jacques-Henri), « Nostalgie de l'ancien Code pénal - Incapacité électorale », *Dr. pén.*, 2013, n° 2, comm. 25.

ROBERT (Philippe), « Essai de construction d'un paradigme pénal », in Philippe ROBERT, Francine SOUBIRAN-PAILLET, Michel VAN DE KERCHOVE, (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales*, Paris, L'Harmattan, 1997, t. 2, p. 45-76.

ROUSSEAU (Dominique), « Liberté politique et droit de vote », in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2006, p. 301-311.

ROUSSEAU (Dominique), « La présence-absence du citoyen dans la pensée constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Francis Delpérée*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1369-1377.

ROUSSEAU (Dominique), « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

ROUSSO (Henri), « L'épuration en France. Une histoire inachevée », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1992, vol. 33, n° 1, p. 78-105.

– S –

SAADA (Emmanuelle), « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation en coloniale », *Genèses*, 2003/4, n° 53, p. 4-24.

SAADA (Emmanuelle), « Nationalité et citoyenneté en situation coloniale et post-coloniale », *Pouvoirs*, 2017, vol. 160, n° 1, p. 113-124.

SAFI (Farah), « Réprimer des actes ou punir des citoyens ? », in Olivier BEAUD, François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020 (à paraître).

SAHIA CHERCHARI (Mohamed), « Indigènes et citoyens ou l'impossible universalisation du suffrage », *RFDC*, 2004, n° 60, p. 741- 770.

SAINT-BONNET (François), « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

SAINT-BONNET (François), « Sujets, citoyens, concitoyens - Espace public et communauté politique », in Olivia BUI-XUAN (dir.), *Droit et Espace-s- public-s*, Paris, Fondation Varenne, 2012, p. 21-31.

SAINT-BONNET (François), « Partition de l'espace et différenciation normative. Le droit moderne et la civilité », *Lo Sguardo - Rivista di Filosofia*, 2013, n° 13, p. 13-22.

SAINT-BONNET (François), « La liberté des Modernes et la partition de l'espace », *Droit & Philosophie*, 2015, vol. 7, p. 11-26.

SAINT-BONNET (François), « Daech et les catégories juridiques modernes : un abyssal défi », in Farah SAFI, Arnaud CASADO (dir.), *Daech et le droit*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 37-52.

SAINT-BONNET (François), « La civilité moderne, garantie de la liberté individuelle », in Olivier BEAUD, François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020 (à paraître).

SALAS (Denis), « La transition démocratique française après la Seconde Guerre Mondiale », in *La Justice de l'Épuration à la fin de la Seconde guerre mondiale*, Histoire de la justice n° 18, Paris, la Documentation française, 2008, p. 7-23.

- SALLE DE LA MARNIERRE (Edmond), « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit. Essai de terminologie juridique », *RTD Civ*, 1933, t. 32, p. 1037-1013.
- SALOMON (Renaud), « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *Dr. pén.*, 2012, n° 1, étude 2.
- SALON (Serge), « Le statut général des fonctionnaires, la longue marche du siècle », *Cahiers de la fonction publique*, 2000, n° 186, p. 16.
- SAVOYE (José), « La notion de manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs », *D.* 1968, p. 103.
- SCHABAS (William), « L'observation générale du Comité des droits de l'homme au sujet de l'article 25 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques », in Jean-Yves MORIN (dir.), *Les droits fondamentaux : universalité et diversité, droit au développement, démocratie et État de droit, commerces illicites*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 285-295.
- SCHALL (Jason), « The Consistency of Felon Disenfranchisement with Citizenship Theory », *Harvard BlackLetter Law Journal*, 2006, vol. 22, p. 53-93.
- SCHINKEL (Willem), « The Moralisation of Citizenship in Dutch Integration Discourse », *Amsterdam Law Forum*, 2008, vol. 1, n° 1.
- SCHNAPPER (Bernard), « Le jury français aux XIX et XXe siècles », in Antonio PADOA SCHIOPPA (dir.), *The Trial jury in England, France, Germany (1700-1900)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 165-239.
- SCHNAPPER (Dominique), « Nationalité et citoyenneté », *Pouvoirs*, 2017, vol. 160, n° 1, p. 61-71.
- SCHOETTL (Jean-Éric), « Déchéance de plein droit d'un mandat parlementaire à la suite d'une condamnation », *LPA*, 2001, p. 12-13.
- SCHÖNBERGER (Christoph), « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale. Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2009, n° 1, p. 255-274.
- SCHUTZ (Rose-Noëlle), « Le notaire et la loi pénale (a) », *Defrénois, La revue du notariat*, 1994.
- SCHWARTZ (Rémy), « Constitution et nationalité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/2 n° 39, p. 43-50.
- SEGONDS (Marc), « La mesure judiciaire de la peine à l'épreuve de l'article L. 7 du code électoral », *AJ pénal*, 2005, p. 197.
- SEWELL (William H.), « Le Citoyen/La Citoyenne: Activity, Passivity and the French Revolutionary Concept of Citizenship », in Lucas COLIN (ed.), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, vol. 2: *Political Culture of the French Revolution*, Oxford, Pergamon Press, 1988, p. 105-125.
- SICARD (Germain), « Doctrine pénale et débats parlementaires : la réformation du Code pénal en 1831-1832 », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1993, n° 14, p. 137-165.
- SIMONIN (Anne), « L'indignité nationale : un crime nouveau ? », *Actes du colloque Charles de Gaulle et la Justice*, Fondation Charles de Gaulle, Cujas, 2003, p. 207-223.

- SIMONIN (Anne), « L'indignité nationale, un châtement républicain », in Marc-Olivier BARUCH (dir.), *Une poignée de misérables. L'épuration de la société française après la Seconde Guerre mondiale*, Paris, Fayard, 2003, p. 37-61.
- SIMONIN (Anne), « La dignité de la personne humaine n'est pas une idée révolutionnaire », in Charlotte GIRARD et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La Dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005, p. 309-313.
- SIMONIN (Anne), « Être non citoyen sous la Révolution Française. Comment un sujet de droit perd ses droits », in Raymonde MONNIER (dir.), *Citoyens et citoyenneté sous la Révolution française*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 289-305.
- SIMONIN (Anne), « De l'indignité nationale au manque de dignité nationale : a-t-on jugé le bon crime ? », in Sylvain BOULOUQUE et Pascal GIRARD (dir.), *Traîtres et trahisons. Guerres, imaginaires sociaux et constructions politiques*, Selim Arslan, 2007, p. 90-106.
- SIMONIN (Anne), « Rendre une justice politique : l'exemple des chambres civiques de la Seine (1945-1951) », *Histoire de la justice*, 2008/1, n° 18, p. 73-89.
- SIMONIN (Anne), Notice « Honneur », in Christian DELPORTE, Jean-Yves MOLLIER, Jean-François SIRINELLI (dir.), *Dictionnaire d'histoire culturelle de la France contemporaine*, PUF, 2010, p. 412-414.
- SIMONIN (Anne), « What's Really Good about Infamous Sanctions: the case of France in 1791 and in 1945 », *Stanford Humanities Center*, 29 janvier 2010.
- SIMONIN (Anne), « L'indignité ou les bonnes mœurs républicaines », in Robert BELOT (dir.), *Tous républicains ! Origine et modernité des valeurs républicaines*, Armand Collin, 2011, p. 213-232.
- SIMONIN (Anne), « Rétablir l'indignité nationale ? Une perspective historique », note n° 12, Fondation Jean Jaures, Thémis, Observatoire justice et sécurité, 28 janv. 2015.
- SORDINO (Marie-Christine), « Le principe de la personnalisation de la peine à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité : premières décisions », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 336, p. 19-23.
- SOULIER (Gérard), « Citoyenneté et condamnation pénale : l'incapacité électorale », in Dominique COLAS, Claude EMERI & Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 343-356.
- SOYER (Jean-Claude) et DE SALVIA (Michel), « Article 6 », in Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT et Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1999, p. 239-292.
- STAHL (Jacques-Henri), « Inéligibilité et déchéance du mandat électif d'un représentant au Parlement européen déclaré en liquidation personnelle », concl. sous CE, 8 janv. 1997, *Tapie, AJDA*, 1997, p. 288.
- STEINMETZ (Caroline), « Contribution à l'étude de la mort civile », in Olivier BEAUD, *Fédéralisme et fédération en France : histoire d'un concept impossible ?*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1999, p. 327-339.
- STOURZH (Gerald), « L'État moderne : l'égalité des droits, l'égalisation des statuts individuels et la percée de l'État libéral moderne », in Janet COLEMAN (dir.), *L'Individu dans la théorie et la pratique politique*, Paris, PUF, 1996, p. 349-377.
- SYR (Jean-Hervé), « Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale », *RSC*, 1994, p. 217.

- TAILLEFAIT (Antony), « La déchéance des parlementaires », *RDP*, 2001, n° 1, p. 157-201.
- TALLINEAU (Lucille), « Des droits et des devoirs », in *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 201-211.
- TCHEN (Vincent), « Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », *JCl. Adm.*, Fasc. 1440, 2015.
- THOMAS (Yan), « L'institution de la Majesté », *Revue de Synthèse*, 1991, vol. 112, n° 3-4, p. 331-386.
- TINIÈRE (Romain), « Arrêt "Delvigne" : le droit de vote des (ex)-prisonniers devant la Cour de justice de l'Union européenne », *JDE*, 2016, n° 225, p. 14-15.
- TINIÈRE (Romain), « Cour de justice, gde ch., 6 octobre 2015, Delvigne, aff. C-650/13 », in Fabrice PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2015 – Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 130-134.
- TITIUN (Patrick), « Inéligibilité et convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 721-731.
- TRACHTENBERG (B.), « La déchéance de la nationalité comme pénalité », *Revue de droit international privé*, 1928, t. 23, p. 631.
- TRIBE (Laurence), « The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and "The Purity of the Ballot Box" » *Harvard Law Review*, 1989, vol. 102, n° 6, p. 1300-1317.
- TRIPKOVIC (Milena), « The Modern *Cives Sine Suffragio*: Dimensions of Criminal Disenfranchisement in Europe », *The Howard Journal of Criminal Justice*, 2016, vol. 55, n° 1-2, p. 4-24.
- TROPER (Michel), « La souveraineté nationale appartient au peuple. L'article 3 de la Constitution de 1958 », in Michel TROPER et Lucien JAUME (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris et Bruxelles, LGDJ et Bruylant, 1994, p. 249-262.
- TROPER (Michel), « La notion de citoyen sous la Révolution française », in *Études en l'honneur de G. Dupuis. Droit public*, LGDJ, 1997, p. 301-322.
- TROPER (Michel), « Les mutations du concept de citoyen en l'an III », in Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005, p. 45-51.
- TRUCCO (Lara), « Il caso Delvigne e il diritto di voto europeo », *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 1030-1033.
- TZUTZUIANO (Catherine), « La déchéance de plein droit des fonctions de juge consulaire est-elle une sanction ayant le caractère d'une punition ? », *RFDC*, 2011, n° 88, p. 863-864.
- TZUTZUIANO (Catherine), « Des sanctions ayant le caractère de punition et de celles qui n'en sont pas », *RFDC*, 2012, n° 92, p. 891-893.

- VALLEE (Laurent), « La suspension des arrérages d'une rente en cas de peine afflictive et infamante : une peine accessoire disparue », concl. sous CE, Ass. (avis), 2 avril 2003, *RFDA*, 2003, p. 803.
- VAN DE KERCHOVE (Michel), « Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépénalisation dans une société pluraliste », in *Punir mon beau souci, pour une raison pénale*, *Revue de l'Université libre de Bruxelles*, 1984, n° 1-3, p. 123 s.

VAN DE KERCHOVE (Michel), « Les frontières des normes pénales », in Philippe ROBERT, Francine SOUBIRAN-PAILLET et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des des frontières*, Paris, L'Harmattan, 2000, t. 2, p. 77-113.

VAN DE KERCHOVE (Michel), « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2005/7, n° 127, p. 22-31.

VAN DE KERCHOVE (Michel) « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC*, 2008, p. 805.

VAN DE KERCHOVE (Michel), « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2008, vol. 61, n° 2, p. 1-48.

VAN DE KERCHOVE (Michel), « Moralité du comportement et moralité de la loi pénale : pour une éthique de l'intervention pénale », *Droit & Philosophie*, 2014, vol. 6, p. 79-91.

VAN EIJKEN (Hanneke) & VAN ROSSEM (Jan Willem), « Prisoner disenfranchisement and the right to vote in elections to the European Parliament: Universal suffrage key to unlocking political citizenship? », *European Constitutional Law Review*, 2016, vol. 12, n° 1, p. 114-132.

VAREILLES-SOMMIERES (La Brouë, Gabriel de), « Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. Critique de la distinction universellement admise entre les droits acquis et les simples expectatives », *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle*, 1893, p. 492-519.

VERJUS (Anne), « Vote familialiste et vote familial. Contribution à l'étude du processus d'individualisation des femmes dans la première partie du XIXe siècle », *Genèses*, 1998, vol. 31, p. 29-47.

VERJUS (Anne), « Femme et famille dans l'élaboration des droits électoraux de la Révolution de 1789 à la IIIe République », in Gérard CHIANEA et Jean-Luc CHABOT (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 33 s.

VERON (Michel), « Les manquements au devoir de probité entre la morale et l'argent », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 118, p. 3.

VERPEAUX (Michel), « Le Juif "non citoyen" », in *Le droit antisémite de Vichy*, Le genre humain, n° 30-31, Paris, Éditions du Seuil, 1996, p. 189-207.

VINCENT (Jean-Yves), « Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice », in Geneviève KOUBI (dir.), *De la citoyenneté*, Lexis Nexis, 1995, p. 103-117.

VINCENT (Jean-Yves), « Peine complémentaire ou peine automatique... Malaise autour de l'article L. 7 du code électoral », *AJDA*, 2005, p. 435.

VINCENT (Pierre), « Radiation des agents placés sous tutelle », concl. sous CAA Nancy, 3e ch., 17 févr. 2000, *AJFP*, 2000, p. 48.

VITU (André), « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation – Dispositions particulières », *JCl. Pén. Code*, Fasc. Unique, 2009.

VITU (André), « Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation – Généralités. Historique », *JCl. Pén. Code* (Art. 410-1), Fasc. 20, 2012.

– W –

WACHSMANN (Patrick), « Les droits civils et politiques », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *RUDH*, 2000, p. 15.

WACHSMANN (Patrick), « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *RUDH*, 2004, p. 40.

WACHSMANN (Patrick), « Quelques remarques sur *L'isonomie moderne* de Gerald Stourzh », *Jus Politicum*, 2019, n° 23.

WAECHTER (Bruno), « Le jury criminel à l'épreuve de la souveraineté populaire », *LPA*, avril 1996, n° 43, p. 8.

WALDRON (Jeremy J.), « Dignity and Rank », in Jeremy WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights*, (Meir Dan-Cohen ed.), New-York, Oxford University Press, 2012, p. 13-46.

WALDRON (Jeremy J.), « Dignity, Rights, and Responsibilities », *Arizona State Law Journal*, 2012, vol. 43.

WALDRON (Jeremy J.), « Citizenship and Dignity », *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 378, 2013.

WEIL (Patrick), « Histoire et mémoire des discriminations en matière de nationalité française », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2004/4, n° 84.

WEIL (Patrick), « Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée », in *La Justice en Algérie 1830-1962*, Paris, La Documentation française, 2005, p. 95-109.

WEIL (Patrick), « From conditional to secured and sovereign: The new strategic link between the citizen and the nation-state in a globalized world », *I•CON*, 2011, vol. 9, n° 3-4, p. 615-635.

WEIL (Patrick), « "Le Citoyen est Souverain, pas l'État". Comment la dénaturalisation a révolutionné la citoyenneté américaine », *Informations sociales*, 2013/3, n° 177, p. 68-74.

WEIL (Patrick), « Can a Citizen Be Sovereign? », *Humanity*, 2017, vol. 8, n° 1, p. 2.

WHITMAN (James Q.), « Enforcing civility and respect: Three societies », *Yale Law Journal*, 2000, vol. 109, p. 1279-1398.

WHITMAN (James Q.), « On Nazi "Honour" and New European "Dignity" », in Christian JOERGES, Navraj Singh GHALEIGH, *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and its Legal Traditions*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 251-262.

WHITMAN (James Q.), « The two Western cultures of privacy: Dignity versus Liberty », *Yale Law Journal*, 2004, vol. 113, p. 1151-1221.

WHITMAN (James Q.), « Comment expliquer la peine aux États-Unis ? », *Archives de Politique Criminelle*, 2005/1, n° 27, p. 225-233.

WILLIS (Diane S.), MCGLADE (Isla), GALLAGHER (Mark), MENABNEY (Colin), « Voting and the Scottish referendum: perspectives of people with intellectual disabilities and their family and paid carers », *Disability and society*, vol. 31, n° 7, p. 921.

WOLIKOW (Julien), « L'instauration de citoyens assesseurs auprès des juridictions pénales : mise en perspective avec le recrutement des agents publics », *Actualité Juridique - Fonctions Publiques*, mai-juin 2012, n° 3, p. 121-123.

– Z –

ZEDNER (Lucia), « Policing civility in public space and the exclusion of "uncivil" citizens », in Olivier BEAUD et François SAINT-BONNET (dir.), *La citoyenneté comme appartenance au corps politique*, 2020 (à paraître).

ZORKIN (Valeri), « La Convention européenne des droits de l'homme et les problèmes de sa mise en œuvre », *Constitutions*, 2016, p. 371-383.

IV – DICTIONNAIRES CONTEMPORAINS

– A –

ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël) et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.

AVRIL (Pierre) et GICQUEL (Jean), *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003.

– B –

BACOT (Paul), *Dictionnaire du vote : élections et délibérations*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1994.

BERNARD (Guillaume), DESCHODT (Jean-Pierre) et VERPEAUX (Michel) (dir.), *Dictionnaire de la politique et de l'administration*, PUF, 2010.

– D –

DELPORTE (Christian), MOLLIER (Jean-Yves), SIRINELLI (Jean-François) (dir.), *Dictionnaire d'histoire culturelle de la France contemporaine*, PUF, 2010.

DUHAMEL (Olivier), MENY (Yves) (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

– F –

FURET (François) (dir.), *Dictionnaire critique de la révolution française*, Paris, Flammarion, 1988.

– M –

MBONGO (Pascal), HERVOUËT (François) et SANTULLI (Carlo) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Berger-Levrault, 2015.

MOSSE (Claude), *Dictionnaire de la civilisation grecque*, Éditions Complexe, 1998.

– P –

PERRINEAU (Pascal) et REYNIE (Dominique) (dir.), *Dictionnaire du Vote*, Paris, PUF, 2001.

– R –

RAYNAUD (Philippe) et RIALS (Stéphane) (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2003.

TABLE DE JURISPRUDENCE

I - JURIDICTIONS INTERNES

A) CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const., déc. n° 80-126 DC du 30 déc. 1980, *Loi de finances pour 1981*, Rec. p. 53.

Cons. const., déc. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18.

Cons. const., déc. n° 82-146 DC du 18 nov. 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, Rec. p. 66.

Cons. const., déc. n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, Rec. p. 88.

Cons. const., déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec. p. 61.

Cons. const., déc. n° 86-213 DC du 3 sept. 1986, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État*, Rec. p. 122.

Cons. const., déc. n° 88-1113 AN du 8 nov. 1988, *Seine-Saint-Denis (6è circ.)*, Rec. p. 196.

Cons. const., déc. n° 89-269 DC du 22 janv. 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, Rec. p. 33.

Cons. const., déc. n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 55.

Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 224.

Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, Rec. p. 27.

Cons. const., déc. n° 96-10 D du 5 sept. 1996, *Demande tendant à la déchéance de plein droit de Monsieur Bernard Tapie de sa qualité de membre de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 111.

Cons. const., déc. n° 98-396 DC du 19 févr. 1998, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de Cour d'appel en service extraordinaire*, Rec. p. 153.

Cons. const., déc. n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 51.

Cons. const., déc. n° 2000-2581 AN du 30 mars 2000, *Landes (3ème circ.)*, Rec. p. 58.

Cons. const., déc. n° 2000-12 D du 4 mai 2000, *Demande tendant à la déchéance de plein droit de Monsieur Jean-Jacques Weber de sa qualité de membre de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 76.

Cons. const., déc. n° 2001-14 D du 18 juill. 2001, *Demande tendant à la déchéance de plein droit de Monsieur Élie Hoarau de sa qualité de membre de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 97.

Cons. const., déc. n° 2001-453 DC du 18 déc. 2001, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*, Rec. p. 164.

Cons. const., déc. n° 2002-109 PDR du 24 avril 2002, *Déclaration du 24 avril 2002 relative aux résultats du premier tour de scrutin*, Rec. p. 102.

Cons. const., déc. n° 2002-111 PDR du 8 mai 2002 *portant proclamation des résultats de l'élection du Président de la République*, Rec. p. 114.

Cons. const., déc. n° 2004-3390/3395/3397 SEN du 2 déc. 2004, *Sénat Guadeloupe*, Rec. p. 206.

Cons. const., déc. n° 2006-18 D du 29 juin 2006, *Demande tendant à la déchéance de plein droit de Monsieur André Thien Ah Koon de sa qualité de membre de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 71.

Cons. const., déc. n°2007-19 D du 22 mars 2007, *Demande tendant à la déchéance de plein droit de Monsieur Pierre Goldberg de sa qualité de membre de l'Assemblée nationale*, Rec. p.103.

Cons. const., déc. n° 2009-21 D du 22 oct. 2009, *Demande tendant à la déchéance de plein droit de Monsieur Gaston Flosse de sa qualité de membre du Sénat*, Rec. p. 191.

Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres*, Rec. p. 111.

Cons. const., déc. n° 2009-21 D du 29 juill. 2010, *Demande tendant à la déchéance de plein droit de Monsieur Gaston Flosse de sa qualité de membre du Sénat*, Rec., p. 169.

Cons. const., déc. n° 2010-40 et n° 2010-41 QPC du 29 sept. 2010, *M. Thierry B.*, Rec. p. 255.

Cons. const., déc. n° 2011-117 QPC du 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H.*, Rec. p. 186.

Cons. const., déc. n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011, *M. Ion C.*, Rec. p. 246.

Cons. const., déc. n° 2011-211 QPC du 27 janv. 2012, *M. Éric M.*, Rec. p. 87.

Cons. const., déc. n° 2012-278 QPC du 5 oct. 2012, *Mme Élisabeth M.*, Rec. p. 511.

Cons. const., déc. n° 2013-369 QPC du 28 févr. 2014, *Société Madag*, ECLI:FR:CC:2014:2013.369. QPC

Cons. const., déc. n° 2017-752 DC du 8 sept. 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, ECLI:FR:CC:2017:2017.752.DC

Cons. const., déc. n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, *M. Ousmane K. et autres*, ECLI:FR:CC:2018:2017.694

B) JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Conseil d'État

CE, 5 juill. 1851, *Sieur Rouget*, n° 22825, *Lebon*, p. 498.

CE, 24 déc. 1875, *D. P.* 1876, III, 35.

CE, 4 mai 1877, *D. P.* 1877, V, 181.

CE, 23 déc. 1884. *D. P.* 1885, V, 185.

CE, 11 févr. 1881, *D. P.* 1888, III, 87.

CE, 3 déc. 1886, *Lebon*, p. 860.

CE, 11 févr. 1887, *Lebon*, p. 141.

CE, 22 juill. 1887, *Lebon*, p. 594.

CE, 29 juill. 1887, *Lebon*, p. 613.

CE, 5 août 1887, *Lebon*, p. 685.

CE, 26 févr. 1892, *Élections de Moïta*, *S.* 1894, III, 13.

CE, 24 déc. 1892, *Élections de Montmacq*, *S.* 1894, III, 109.

CE, 1^{er} juill. 1893, *Criqueboeuf*, *S.* 1895, III, 75.

CE, 8 févr. 1896, *Élections de Masseubes*, *Lebon*, p. 145.

CE, 5 déc. 1930, *Sieur Sarraïl*, *Lebon*, p. 1040.

CE, Ass., 3 juill. 1936, *Demoiselle Bobard et autres*, n° 43239 et n° 43240, *Lebon*, p. 721.

CE, Ass., 28 avril 1978, *Dame Weisgal, épouse Losay et Dame Vorobiova, épouse Eftassiou*, n° 07464 et n° 05659, *Lebon*, p. 196.

CE, Ass., 7 juill. 1978, *Croissant*, n° 10079, *Lebon*, p. 292.

CE, 31 oct. 1979, *Mme Pollion*, n° 02934, *Lebon*, p. 738.

CE, 14 nov. 1980, *Ministre de la Défense c. Tricard*, n° 13084, *Lebon*, p. 428.

CE, 18 mars 1983, *Mulsant*, n° 34.782, *Lebon*, p. 125.

CE, 10 juin 1983, *Raoult*, n° 34832, *Lebon*, p. 251.

CE, 14 janv. 1987, *Paulo*, n° 57555, *Lebon tables*, p. 594.

CE, Ass., 1^{er} avril 1988, *Bereciartua Echarri*, n° 85234, *Lebon*, p. 135.

CE, 26 oct. 1988, n° 88786, inédit.

CE, 10 mars 1989, n° 97226, inédit.

CE, 13 oct. 1989, *Dumont*, n° 78943, inédit.

CE, 31 janv. 1992, n° 128186, inédit.

CE, 13 mars 1992, n° 129997, inédit.

CE, 20 oct. 1993, *Sorgniard, Élections cantonales de Jargeau*, n° 144799, *Lebon*, p. 789.

CE, 7 juill. 1993, *Mme Roustan, Élections cantonales de Nice 12*, n° 142798, *Lebon*, p. 801.

CE, 19 nov. 1993, *Bereciartua Echarri*, n° 111212, *Lebon*, p. 321.

CE, 28 juill. 1995, *Ministre de l'intérieur c. M. Casanovas*, n° 85734, inédit.

CE, Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727, *Lebon*, p. 37.

CE, 10 juin 1996, *Élections cantonales de Toulon (3e canton)*, n° 162481-162679, *Lebon*, p. 200.

CE, 8 juill. 1996, *M. Zidane*, n° 148.577 et n° 150.419, inédit.

CE, 25 sept. 1996, *Cherifi*, n° 160463, *D.* 1996, p. 249.

CE, 8 janv. 1997, *Tapie*, n° 183363, *Lebon*, p. 9.

CE, 9 juin 1999, *M. Baali*, n° 178.406, inédit.

CE, 28 juill. 1999, *M. Diedhiou*, n° 186.883, inédit.

CE, 29 mars 2000, *Le Pen*, n° 218001, *Lebon tables*, p. 1010.

CE, 6 sept. 2000, *M. Khiaïr*, n° 204.461, inédit.

CE, 6 oct. 2000, *Le Pen*, n° 221716, *Lebon*, p. 403.

CE, 10 janv. 2001, *M. Paeamara*, n° 225564, *Lebon*, p. 11.

CE, 27 juill. 2001, *Le Pen*, n° 227686, *Lebon tables*, p. 901.

CE, 22 févr. 2002, *Mutualité de Meurthe et Moselle*, n° 219.259, *Lebon*, p. 56.

CE, 25 oct. 2002, *M. Vii*, n° 239885, *Lebon*, p. 354.

CE, Ass. (avis), 2 avril 2003, *Sarrat*, n° 249475, *Lebon*, p. 164.

CE, 4 juill. 2003, *M. Papon*, n° 244349, *Lebon*, p. 307.

CE, 25 oct. 2004, *Préfet de police Paris c. de Sousa*, n° 256944, *Lebon tables*, p. 732.

CE, 12 janv. 2005, *Élections régionales de Guadeloupe*, n° 266252, *Lebon*, p. 89.

CE, 1^{er} juill. 2005, *M. Ousty*, n° 261002, *Lebon*, p. 282.
CE, 1^{er} juill. 2005, *M. Gravier*, n° 276521, *Lebon*, p. 296.
CE, Ass., 11 déc. 2006, *Mme Nicolai*, n° 271029, *Lebon*, p. 15.
CE, 24 nov. 2008, *Él. mun. de Thérines*, n° 317732, inédit.
CE, 2 avr. 2010, n° 330102, inédit.
CE, 4 avril 2012, *M. Vanmairis*, n° 356637, inédit.
CE, 25 nov. 2015, n° 388765, inédit.
CE, 30 janv. 2019, n° 417548, ECLI:FR:CECHR:2019:417548.20190130

Autres

CAA Douai, 16 mai 2001, *Ravin*, *AJFP*, 2002, p. 18.
TA Versailles, 27 sept. 2001, *Él. mun. de Carrières-sous-Poissy*, n° 01.1350/1355/1356.

C) JURIDICTIONS JUDICIAIRES

Cour de cassation

- Chambre des requêtes

Cass., req., 14 août 1850, *Magne*, *D.* 1850, V, 183.
Cass., req., 19 août 1850, *Hubert*, *D.P.* 1850, V, 187.
Cass., req., 26 mars 1862, *S.* 1862, I, 535.
Cass., req., 15 avr. 1868, *Ancelet*, *D.P.* 1871, V, 23.
Cass., req. 25 nov. 1874, *Chubando*, *D.* 75, I, 73.
Cass., req., 26 nov. 1892, *S.* 92, I, 535.
Cass., req., 25 mars 1914, *Gaz. Pal.* 1914, I, 507.
Cass., req., 2 déc. 1924, *Bernard c. Klein*, *D. H.* 1925, p. 23.

- Chambre criminelle

Cass., crim., 8 janv. 1865, *D.* 1865, V, 67.
Cass., crim., 5 juill. 1850, *Cottier*, *D.* 1850, I, 255.
Cass., crim., 11 juill. 1879, *D.* 1880, I, 396.
Cass., crim., 10 mai 1881, *S.* 1881, I, 326.
Cass., crim., 20 août 1932, *D. P.* 1932, I, 121.
Cass., crim., 4 janv. 1990, n° 89-81245, *Bull. crim.*, n° 2, p. 2.
Cass., crim., 23 nov. 1999, n° 98-87849, *Bull. crim.*, n° 270, p. 846.
Cass., crim., 4 mai 2006, n° 05-81151, *Bull. crim.*, n° 119, p. 444.
Cass., crim., 8 nov. 2006, n° 05-86325, inédit.
Cass., crim., 7 mars 2012, *M. Claude X*, n° 11-81.918, inédit.

Cass., crim., 23 mai 2012, n° 12-90014 QPC, inédite
Cass., crim., 14 nov. 2012, n° 12-85.319 QPC, inédite.
Cass., crim., 5 mars 2013, n° 12-80891, *Bull. crim.*, n° 54.
Cass., crim., 9 déc. 2014, n° 14-80873, *Bull. crim.*, n° 246.
Cass., crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-83984, ECLI:FR:CCASS:2017:CR00105
Cass., crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-85199, ECLI:FR:CCASS: 2017:CR00102
Cass., crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-84511, ECLI:FR:CCASS:2017:CR00104
Cass., crim., 28 mars 2017, n° 1584.940, ECLI : ECLI:FR:CCASS:2017:CR00712
Cass., crim., 21 juin 2017, n° 16-84537, inédit.

- **Chambres civiles**

Cass., civ., 19 juin 1824, *D.* 1824, I, 279.
Cass., civ., 15 avril 1863, *S.* 1863, I, 350.
Cass., civ. rej., 15 avril 1868, *D.P.* 1871, V, 123.
Cass., civ., 23 mars 1876, *Maigne c. Ferraudier*, *D.* 1876, I, 204.
Cass., civ. rej., 19 avr. 1880, *Thévenet*, *D.P.* 1880, I, 155.
Cass., civ., 28 oct. 1885, *Canoussamy-Dumont*, *D. P.* 1885, I, 458.
Cass., civ., 13 avril 1951, *D.* 1950, I, 362.
Cass., 2^e civ., 3 févr. 2000, *Mme Ferrari c. Menut*, n° 99-60350, *Bull. civ.* II, n° 24.
Cass., 2^e civ., 20 déc. 2000, *Nicoletti c. Piollet*, n° 00-60149, *Bull. civ.* II, n° 174, p. 125.
Cass., 2^e civ., 1^{er} mars 2001, n° 01-00584, *Bull. civ.*, n° 33.
Cass., 2^e civ., 18 déc. 2003, *M. Michel X c. Insee*, n° 03-60315, *Bull. civ.* II, n° 396.
Cass., 2^e civ., 20 févr. 2008, n° 08-60.031, inédit.
Cass., 2^{ème} civ., 7 juin 2012, n° 12-60235 QPC incidente, inédite.
Cass., 2^{ème} civ., 16 mai 2013, *Thierry Delvigne*, n° 13-40007 QPC, inédite.
Cass. 2^{ème} civ., 5 sept. 2013, *Thierry Delvigne*, n°13-40043 QPC, inédite.

- **Chambre commerciale**

Cass., com., 9 juill. 1996, *Tapie c. SDBO*, n° 95-13424, *Bull. civ.* IV, n° 207, p. 178.

Cours d'appel

- **Juridictions de droit commun**

CA Douai, 6 févr. 1871, *Bouton*, *S.* 1872, II, 42.
CA Versailles, 1^{er} déc. 2004, *Alain Juppé et autres*, n° 04/00824, *AJDA*, 2005, p. 435.
CA Aix-en-Provence, ch. corr., 14 juin 2006, n° 2006-388.

- **Juridictions d'exception (Libération)**

CA Aix, Cour de justice, Ch. des mises en accusation, 8 nov. 1945, *Grasse*, *JCP*, II, 1946, n° 3000.

CA Paris, Cour de justice, Ch. des mises en accusation, 15 mai 1946, *Brideau*, JCP, II, 1946, n° 3243.
CA Lyon, Cour de justice, Ch. des mises en accusation, 23 mai 1946, *Terrade*, JCP, II, 1947, n° 3457.

II - JURIDICTIONS EUROPÉENNES

A) COUR (ET COMMISSION) EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Comm. EDH, 11 janv. 1961, *Autriche c. Italie*, req. n° 788/60.
Comm. EDH, 18 sept. 1961, *X. c. Belgique*, req. n° 1028/61, *Annuaire de la Conv.*, vol. 4, p. 339.
Comm. EDH, 6 oct. 1967, *X. c. Allemagne*, req. n° 2728/66, *Annuaire de la Conv.*, vol. 10, p. 339.
Comm. EDH, 5 oct. 1972, *X c. Royaume-Uni*, DR, n° 43, p. 28.
Comm. EDH, 19 déc. 1974, *X. c. Pays-Bas*, req. n° 6573/74, DR, n° 1, p. 88.
Comm. EDH, 30 mai 1975, *W., X., Y. et Z. c. Belgique*, req. n° 6745, DR, n° 2, p. 110.
CEDH, Plénière, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71 et autres, Série A, n° 22, p. 35.
Comm. EDH, 4 juill. 1983, *H. c. Pays-Bas*, DR, n° 33, p. 244.
CEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, req. n° 9267/81, Série A, n° 113, p. 22.
Comm. EDH, 13 avr. 1989, *Desmeules c. France*, req. n° 12897/87, DR, n° 67, p. 166.
Comm. EDH, 12 avril 1991, *Van Wambeke c. Belgique*, req. n° 16692/90.
Comm. EDH, 30 juin 1995, *Estrosi c. France*, req. n° 24359/94, DR, n° 82, p. 56.
CEDH, 22 févr. 1996, *Putz c. Autriche*, req. n° 18892/91, Rec. 1996-I, p. 324.
Comm.EDH, rapport du 1^{er} juill. 1996, *Pierre-Bloch c. France*, req. n° 24194/94.
Comm. EDH, 13 janv. 1997, *Tapie c. France*, req. n° 32258/96.
CEDH, 1^{er} juill. 1997, *Gitonas et a. c. Grèce*, req. n° 18747/91.
CEDH, 21 oct. 1997, *Pierre-Bloch c. France*, req. n° 24194/94, Rec. 1997-VI, p. 2236-2237.
Comm. EDH, 14 avril 1998, *Patrick Holland c. Irlande*, DR, n° 93-B, p. 15.
CEDH, 23 sept. 1998, *Malige c/France*, req. 27812/95, Rec. 1998-VII.
CEDH, 26 janv. 1999, *Cheminade c. France*, req. n° 31599/96.
CEDH, 6 avril 2000, *Labita c. Italie*, req. n° 26772/95, Rec. 2000-IV.
CEDH, 28 janv. 2003, *M.D.U. c. Italie*, req. n° 58540/00.
CEDH, 17 févr. 2005, *K.A et A.D c. Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99.
CEDH, gde ch., 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, req. n° 74025/01.
CEDH, gde ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, req. n° 58278/00.
CEDH, 23 mars 2006, *Albanese c. Italie*, req. n° 77924/01.
CEDH, 23 mars 2006, *Campagnano c. Italie*, req. n° 77955/01.
CEDH, 24 mai 2006, *Bova c. Italie*, req. n° 25513/02.
CEDH, 24 mai 2006, *Pantuso c. Italie*, req. n° 21120/02.

CEDH, 29 juin 2006, *Vertucci c. Italie*, req. n° 29871/02.
 CEDH, 29 juin 2006, *La Frazia c. Italie*, req. n° 3653/02.
 CEDH, 29 juin 2006, *Chiumiento c. Italie*, req. n° 3649/02.
 CEDH, 13 juill. 2006, *Vincenzo Taiani c. Italie*, req. n° 3638/02.
 CEDH, 13 nov. 2007, *Melegari c. Italie*, req. n° 17712/03.
 CEDH, 8 janv. 2008, *Viola et autres c. Italie*, req. n° 7842/02.
 CEDH, 1^{er} juill. 2008, *Calmanovici v. Roumanie*, req. n° 42250/02.
 CEDH, 8 avril 2010, *Frodl c. Autriche*, req. n° n°20201/04.
 CEDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c. Hongrie*, req. n° 38832/06.
 CEDH, 23 nov. 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08.
 CEDH, gde ch., 22 mai 2012, *Scoppola c. Italie (n° 3)*, req. n° 126/05.
 CEDH, 13 nov. 2012, *Cucu v. Roumanie*, req. n° 22362/06.
 CEDH, 4 juill. 2013, *Anchugov et Gladkov c. Russie*, req. n° 11157/04 et n° 15162/05.
 CEDH, 17 sept. 2013, *Söyler c. Turquie*, req. n° 29411/07.
 CEDH, 12 août 2014, *Firth et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 47784/09 et neuf autres.
 CEDH, 21 oct. 2014, *Murat Vural c. Turquie*, req. n° 9540/07.
 CEDH, 10 févr. 2015, *McHugh et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 51987/08 et 1014 autres.
 CEDH, 30 juin 2016, *Millbank et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 44473/14 et autres.
 CEDH, 21 juill. 2016, *Kulinski et Sabev c. Bulgarie*, req. n° 63849/09.
 CEDH, 31 mai 2018, *Ramishvili c. Géorgie*, req. n° 48099/08.

B) COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS PUIS DE L'UNION EUROPÉENNE

CJCE, 24 nov. 1998, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, *Rec.* p. I-7637.
 CJCE, 7 juill. 2005, *Le Pen c. Parlement*, aff. C-208/03 P, *Rec.* p. I-6051.
 CJCE, 12 juill. 2005, *Schempp*, aff. C-403/03, *Rec.* p. I-6421.
 CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, *M. G. Eman et O. B. Sevinger c. College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, aff. C-300/04, *Rec.* p. I-0805.
 CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, *Rec.* p. I-07917.
 CJCE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, *Rec.* p. I-01449.
 CJUE, gde ch., 23 nov. 2010, *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, aff. C-145/09, *Rec.* p. I-11979.
 CJUE, gde ch., 22 mai 2012, *P.I c. Oberbürgermeistereien der Stadt Remscheid*, aff. C-348/09, ECLI:EU:C:2012:300
 CJUE, gde ch., 6 oct. 2015, *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre Médoc et préfet de la Gironde*, aff. C- 650/13, ECLI:EU:C:2015:648
 CJUE, gde ch., 19 déc. 2019, *Oriol Junqueras Vies*, aff. C 502/19, ECLI:EU:C:2019:1115

Tribunal de première instance des Communautés européennes

TPI ord., 26 janv. 2001, *Le Pen c. Parlement*, aff. T-353/00 R, *Rec.*, p. II-125.

TPI, 10 avr. 2003, *Le Pen c. Parlement*, aff. T-353/00, *Rec.* p. II-1729.

III - JURIDICTIONS ÉTRANGÈRES

A) ÉTATS-UNIS

Cour suprême des États-Unis

United States Supreme Court, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

United States Supreme Court, *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. 277 (1867).

United States Supreme Court, *Murphy v. Ramsey*, 114 U.S. 15 (1885).

United States Supreme Court, *Miller v. United States*, 307 U.S. 174 (1939).

United States Supreme Court, *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941).

United States Supreme Court, *Perez v. Brownell*, 356 U.S. 44 (1958).

United States Supreme Court, *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

United States Supreme Court, *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 562 (1964).

United States Supreme Court, *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253 (1967).

United States Supreme Court, *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 336 (1972).

United States Supreme Court, *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974).

United States Supreme Court, *Hunter v. Underwood*, 471 U.S. 222 (1985).

United States Supreme Court, *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

Autres juridictions

Alabama Supreme Court, *Washington v. State*, 75 Ala. 582 (1884).

Supreme Court of Idaho, *Shepherd v. Grimmet*, 3 Idaho 403 (1892).

United States Court of Appeals, Second Circuit, *Green v. Board of Elections of the city of New York*, 380 F.2d 445 (1967).

United States Court of Appeals, Fifth Circuit, *Shepherd v. Trevino*, 575 F.2d 1110 (1978).

United States Court of Appeals, Fifth Circuit, *Williams v. Taylor*, 677 F.2d 510 (1982).

United States District Court, N.D. Georgia, *Kronland v. Honstein*, 327 F. Supp. 71 (1971).

United States District Court, S.D. Florida, *Johnson v. Bush*, 214 F. Supp. 2d 1333 (2002).

B) CANADA

Cour suprême du Canada, *R. c. Butler* (1992) 1 R.C.S. 452.

Cour suprême du Canada, *Sauvé c. Canada (Directeur général des Élections)* (2002) 3 R.C.S. 519.

Cour suprême du Canada, *Figueroa c. Canada (Procureur général)* (2003) 1 R.C.S. 912.

C) AUTRES

United Kingdom Supreme Court, *R (Chester) v. Secretary of State for Justice; McGeoch v. The Lord President of the Council and another* [2013] UKSC 63.

England and Wales High Court (Administrative Court), *Teshome v Lord President of the Council* [2014] EWHC 1468.

Constitutional Court of South Africa, *August and Another v. Electoral Commission and Others*, CCT 8/99, 1999 (3) SA 1.

Constitutional Court of South Africa, *Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders (NICRO) and others*, CCT 03/04 2005 (3) SA 280.

High Court of Australia, *Roach v. Electoral Commissioner* (2007) H.C.A. 43.

Supreme Court of Israel, *Hilla Alrai v. Minister of the Interior et al.*, [1996] IsrSC 50 (2) P.D. 18.

IV- NATIONS-UNIES

CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, Observations générales n° 25 adoptées par le Comité des Droits de l'Homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, 12 juill. 1996.

CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, Observations finales du comité des droits de l'homme : États-Unis d'Amérique, 28 juill. 2006.

CCPR/C/101/D/1410/2005, Constatations du Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Communication n° 1410/2005, *Denis Yevdokimov et Artiom Rezanov c. Fédération de Russie*, 21 mars 2011.

CCPR/CO/73/UK, Observations finales du Comité des droits de l'homme : Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 6 déc. 2011.

CRPD/C/ESP/CO/1, Observations finales du Comité des droits des personnes handicapées : Espagne, 19-23 sept. 2011.

CRPD/C/10/D/4/2011, Constatations du Comité des droits des personnes handicapées : Communication n° 4/2011, *Zsolt Bujdosó et autres c. Hongrie*, 9 sept. 2013.

INDEX DES MATIÈRES ET DES PRINCIPAUX AUTEURS

(Seuls les grands auteurs anciens et de la doctrine classique sont référencés)

- AGENTS PUBLICS, 134, 302, 313, 321, 326, 510
- ANARCHISME, 269, 271, 505
- ANCIEN DROIT, 43, 44, 147, 151, 156, 160, 192
- ARISTOTE, 44, 141, 142, 144, 216, 353, 496, 510
- ATIMIE, 43, 45, 141, 142, 143, 144, 198
- BARTHELEMY J., 386
- BECCARIA C., 161, 170, 232, 241, 242, 243, 246, 251
- BENTHAM J., 164, 170, 185, 305, 306
- CAMPAGNE ELECTORALE, 407, 413, 414
- CANADA
 Sauvé c. Canada (Cour suprême du Canada, 2002),
 36, 40, 253, 321, 328, 458, 481, 489, 506
- CAPACITE
 capacité civile, 78, 131, 138
 capacité de jouissance, 99
 capacité électorale, 16, 21, 345, 346, 349, 395
- CAPITIS DEMINUTIO, 145, 147, 155, 198
- CARRE DE MALBERG R., 21, 28, 76, 129, 215, 366, 369, 370,
 386
- CHARTRE DES DROITS ET DEVOIRS DU CITOYEN, 44
- CHARTRE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE,
 464, 467, 470, 471, 472
- CITOYEN
 actif/passif, 59, 63, 65, 69, 70, 71, 74, 77, 94, 103,
 104, 114, 218, 264, 285, 344, 356, 357
 citoyen-soldat, 359
 droits du citoyen, V. Droits
 non-citoyen, 13, 15, 27, 28, 34, 53, 54, 55, 56, 70, 85,
 223, 337, 352, 361, 364, 377
- CITOYENNETE
 citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, 41
 citoyenneté étatique, 12, 42
 citoyenneté européenne, V. Union européenne
 citoyenneté fédérale, 41
 citoyenneté impériale, 41, 42
 citoyenneté nationale, 40, 41, 382
- CIVILITE, 23, 26, 120, 219, 220, 327, 510
- CODE CIVIQUE, 33, 337
- CODE PENAL
 Code pénal de 1791 : 96, 159, 165, 256, 299
 Code pénal de 1795 : 71, 73
 Code pénal de 1810 : 15, 97, 103, 104, 118, 159, 163,
 165, 186, 256, 259, 265, 266, 267, 289, 298, 339,
 341, 342, 352, 354, 355, 356, 358, 360, 361, 388,
 394, 403
 Nouveau code pénal: 15, 16, 32, 38, 54, 55, 94, 103,
 107, 159, 165, 167, 169, 171, 174, 176, 188, 268,
 287, 292, 298, 299, 302, 307, 312, 340, 404, 466,
 476, 491
- COMITE DES DROITS DE L'HOMME (DES NATIONS-UNIES), 452
- COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, 417, 419
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME,
 139, 484
- COMPTES DE CAMPAGNE, 30, 413, 416, 432, 509
- CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 30, 49, 92, 188, 223, 271, 312,
 318, 323, 324, 325, 329, 334, 350, 384, 395, 396, 400,
 402, 403, 404, 405, 407, 408, 409, 410, 413, 414, 415,
 416, 417, 421, 423, 424, 425, 426, 427, 431, 433, 435,
 444, 446, 447, 448, 476, 477, 480, 493, 498, 501, 502,
 511
- CONSTITUTION
 Constitution du 14 sept. 1791 : 43, 58, 62, 68, 76,
 103, 114, 115, 344, 356
 Constitution girondine des 15-16 févr. 1793 : 103,
 115, 131
 Constitution montagnarde du 24 juin 1793 : 63, 64,
 115
 Constitution du 5 fructidor an III : 60, 65, 69, 84, 90,
 115, 131, 213, 384, 388, 484
 Constitution du 22 frimaire An VIII : 84, 90, 115, 131,
 155
 Chartes constitutionnelles : 91, 258, 356
 Constitution du 27 oct. 1946 : 91, 124, 214
 Constitution du 4 nov. 1848 : 213, 266, 408
 Constitution du 4 oct. 1958 : 33, 91, 124, 337, 401
- CONTRAT SOCIAL, 21, 36, 46, 81, 154, 156, 183, 186, 189,
 206, 224, 225, 231, 232, 233, 235, 236, 237, 240, 241,
 242, 243, 244, 246, 248, 250, 251, 252, 254, 257, 258,
 316, 333, 356, 478, 510, 514
- CONVENTION EUROPEENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME
 ET DES LIBERTES FONDAMENTALES, 17, 30, 56, 57, 63, 65, 69,
 71, 81, 115, 217, 270, 403, 415, 416, 417, 419, 420,
 421, 422, 434, 451, 454, 455, 456, 458, 460, 462, 463,
 471, 479, 490
- COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE
 Thierry Delvigne (CJUE, 2015), 41, 464, 465, 468, 469,
 471, 512
- COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME
 Hirst c. Royaume-Uni (CEDH, 2005), 17, 36, 40, 250,
 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 489
 Scoppola c. Italie (CEDH, 2012), 17, 461, 462, 464,
 471
- CRIME
 crime de lèse-démocratie, 320
 crime de lèse-majesté, 11, 229, 245
 crime de lèse-Nation, 206
- DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN, 30, 43, 57,
 59, 60, 61, 67, 69, 76, 77, 211, 215, 318, 337, 404,
 415, 423, 427, 434, 448, 499, 500, 501
- DECLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME, 451, 452
- DECRET ORGANIQUE DU 2 FEVR. 1852 : 105, 290, 291, 390,
 392, 411, 412, 431

DEGRADATION
cérémonies de dégradation, 78, 96, 97
dégradation civique, 15, 23, 33, 53, 64, 70, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 81, 84, 94, 95, 96, 97, 99, 103, 104, 105, 106, 107, 118, 143, 159, 160, 163, 165, 169, 171, 174, 186, 197, 198, 256, 263, 265, 267, 268, 275, 286, 289, 299, 339, 342, 351, 356, 466, 496, 512
dégradation de noblesse, 156, 162
dégradation nationale, 195, 199, 200, 207, 209, 210, 223, 264, 269, 272, 274, 275, 301, 510

DEMOCRATIE
démocratie représentative, 250, 303, 309, 326
démocratisation de la citoyenneté, 13, 48, 189, 197, 223, 510

DEONTOLOGIE, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 321

DEVOIR(S)
déclaration des devoirs, 211, 212, 213, 215
devoir d'obéissance, 215, 216, 219, 327, 510
devoirs du citoyen, 24, 44, 141, 145, 189, 195, 199, 210, 211, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 224, 252, 481
devoirs moraux, 216, 219, 327, 510
droits-devoirs, 217, 219, 327, 352, 510

DIGNITAS, 20, 46, 145, 148, 149, 150, 159, 162, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 210, 221, 223, 252, 327, 333, 334, 402, 477, 481, 482, 483, 491, 493, 510, 511

DIGNITE
dignité de l'homme, 20, 46, 48, 307, 334, 402, 477, 481, 482, 483, 486, 487, 506, 511
dignité du citoyen, 190, 196, 515
dignité du scrutin, V. scrutin
dignité institutionnelle, 482

DOMAT J., 151, 303

DOMESTIQUES, 63, 126, 127, 147

DROIT CANONIQUE, 151, 152, 159

DROIT CONSTITUTIONNEL, 11, 21, 26, 27, 28, 40, 84, 214, 338, 376, 380, 382, 404, 450, 451, 478, 481, 489, 508

DROIT D'EXCEPTION, 225, 236, 247, 248

DROIT DE CITE, 57, 76, 81, 121, 146, 147, 148, 150

DROIT DE LA GUERRE, 225, 233, 237, 247, 251

DROIT ELECTORAL, 22, 40, 64, 354, 366, 367, 373, 390

DROIT PENAL DE L'ENNEMI, V. Ennemi

DROIT POLITIQUE, 77, 155, 218, 233, 238, 240, 343, 354, 356, 367, 446

DROIT ROMAIN, 44, 146, 151, 152, 155, 160, 193, 228, 230, 482

DROITS
droits acquis, 259, 381, 385, 386, 387, 389, 391, 392, 393, 450
droits civils, 15, 21, 57, 58, 66, 67, 72, 75, 77, 81, 85, 86, 87, 91, 98, 106, 122, 124, 125, 129, 138, 147, 154, 155, 342, 351, 358, 362, 364, 365, 380, 452, 483, 490, 496
droits de l'homme, 17, 30, 40, 46, 53, 58, 92, 165, 166, 188, 194, 215, 217, 250, 329, 333, 399, 401, 403, 406, 415, 416, 417, 418, 420, 423, 434, 451, 452, 454, 455, 459, 462, 463, 476, 482, 489, 511
droits du citoyen, 24, 32, 33, 35, 58, 72, 74, 75, 92, 114, 212, 224, 251, 353, 357, 361, 363, 399, 448, 475, 504, 505, 509
droits du souverain, 238, 333
droits fondamentaux, 46, 83, 135, 334, 396, 397, 399, 400, 402, 403, 405, 434, 448, 449, 451, 452, 455, 458, 462, 464, 465, 466, 471, 472, 475, 477, 478, 480, 481, 485, 486, 487, 488, 511
droits individuels, 60, 214, 216, 344, 359, 366, 367, 369, 371, 386, 400, 456, 481, 506
droits innés, 368
droits naturels, 57, 58, 62, 66, 67, 69, 76, 215, 366
droits personnels, 102, 346, 371
droits subjectifs, 176, 368, 371, 385, 454, 461, 469

DROITS CIVIQUES
droit d'égal accès aux fonctions publiques, 33, 353, 356, 362, 363, 376
droit d'être juré, 15, 33, 97, 98, 104, 175, 207, 208, 216, 218, 290, 339, 340, 342, 354, 355, 356, 365, 495, 497, 504
droit d'être membre de la garde nationale, 15, 98, 218, 290, 340, 352, 355, 356, 357, 359, 360
droit de port d'armes, 15, 97, 98, 104, 208, 231, 340, 342, 352, 357, 358, 359, 360, 365

DROITS POLITIQUES
droit d'éligibilité, 72, 73, 323, 326, 341, 345, 346, 347, 350, 393, 404, 440, 445, 472, 501, 504, 513, 514, 515
droit d'être membre d'un parti politique, 316
droit de pétition, 343
droit de vote, 15, 17, 18, 20, 21, 33, 40, 41, 46, 53, 57, 59, 61, 62, 63, 64, 66, 68, 70, 72, 76, 78, 88, 91, 92, 98, 102, 103, 106, 111, 114, 115, 117, 125, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 139, 140, 155, 171, 173, 175, 176, 180, 207, 216, 249, 285, 289, 314, 317, 318, 319, 323, 334, 338, 339, 340, 341, 343, 345, 349, 350, 351, 363, 366, 367, 370, 371, 372, 375, 381, 382, 383, 389, 392, 393, 395, 397, 402, 403, 404, 408, 412, 422, 426, 427, 429, 430, 432, 434, 439, 440, 443, 448, 449, 450, 451, 453, 455, 456, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 467, 469, 470, 471, 472, 475, 477, 479, 480, 481, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 501, 504, 505, 506, 511, 512, 513

DUGUIT L, 21, 59, 129, 215, 371

DURKHEIM E., 199

ÉGALITE
égale dignité, 20, 48
égalisation par le haut, 162, 197
égalité civile, 117, 121, 125
égalité en droits/égalité de droits, 48
non-discrimination, 464, 465, 514
principe d'égalité, 21, 139, 189, 198, 324, 374, 468, 499, 503

ÉLECTION
élections européennes, V. Union européenne
élections fédérales, 42, 249
élections locales, 85, 91, 92, 204, 514
élections municipales, 91, 92, 414
élections nationales, 41, 85, 347
élections parlementaires, 350, 421

ÉLECTORAT
électorat-droit (théorie de l'), 366, 367

électorat-fonction (théorie de l'), 116, 369

ÉLIGIBILITE

droit d'éligibilité, V. Droits politiques

inélégibilité fonctionnelle, 29

peine d'inélégibilité, 29, 134, 187, 204, 303, 308, 309, 310, 312, 314, 316, 318, 321, 322, 323, 324, 325, 340, 345, 346, 347, 348, 349, 412, 413, 414, 416, 417, 419, 420, 422, 432, 436, 440, 444, 446, 447, 474, 500, 502, 504, 514, 515

ENNEMI

droit pénal de l'ennemi, 82, 225, 241, 246, 247, 248, 251, 272

ennemi combattant illégal, 247, 251

ennemi du peuple, 83

ennemi social, 15

ennemi-criminel, 237

ESMEIN A., 21, 39, 129, 215, 310, 344, 363, 366, 371

ETATS-UNIS

citoyenneté fédérale, 41

droit fédéral, 42

États fédérés, 18, 41, 382, 428, 431

Richardson v. Ramirez, 1974 (Cour suprême), 18, 449

Washington v. State, 1884 (Cour suprême de l'Alabama), 369, 371, 429, 479

ÉTRANGER

droit d'aubaine, 67

l'étranger (par opposition au citoyen), 55, 67, 68, 83, 88, 91, 92, 123, 183, 401

non-national, 34, 53, 70, 179, 464

FAILLITE, 30, 72, 102, 106, 163, 349, 366, 381, 390, 404, 405, 407, 408, 410, 412, 415, 419, 422, 436, 437, 438, 439, 441, 442, 443, 445, 446, 509

FEMMES, 44, 47, 60, 63, 64, 70, 73, 74, 76, 92, 112, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 176, 220, 298, 300, 301, 313, 324, 341, 343, 345, 347, 350, 353, 361, 362, 363, 364, 366, 369, 503

FICHTE J. G., 235, 241, 247

FILANGIERI G., 241, 258

FONCTION PUBLIQUE

droit d'égal accès à la fonction publique, V. Droits civiques

fonction publique élective, 314, 408, 409, 419, 442, 444

Office, 107, 158, 191, 222, 223, 342, 353

FORFAITURE, 73, 97, 192, 308, 446

FOUCAULT M., 236, 241

FRAUDE ELECTORALE, 324

GARDE NATIONALE

droit d'être membre de la Garde nationale, V. Droits civiques

port d'armes, V. Droits civiques

GROUPE DE STATUT, 47, 189, 198, 223, 327, 491

HAURIOU M., 21, 27, 102, 129, 214, 216, 305, 345, 443, 479

HIERARCHIE, 47, 148, 165, 188, 189, 190, 196, 197, 199, 227, 374, 402

HOBBS T., 193, 232, 233, 241, 243, 244, 245, 246, 248

HONNEUR/DESHONNEUR, 45, 47, 48, 83, 87, 95, 148, 156, 157, 158, 159, 186, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 201, 207, 208, 210, 222, 223, 228, 258, 267, 290, 291, 298, 320, 327, 348, 373, 412, 447, 482, 491, 510

INCAPABLE(S)

aliénation, 20, 112, 125, 131, 378, 379, 380, 477, 479, 485

incapacité civile, 32, 130

incapacité d'exercice, 100, 101, 103

incapacité de jouissance, 99, 100, 101, 102, 103, 104

interdiction judiciaire, 131

majeurs en tutelle, 113, 131, 132, 133, 134, 135, 138, 139, 165, 174, 292, 319, 483, 484, 486, 511

INCAPACITE ELECTORALE, 16, 30, 42, 102, 104, 106, 118, 173, 209, 265, 288, 291, 312, 384, 386, 388, 390, 395, 397, 431, 446, 448, 449, 478, 480

INCIVILITES, 220

INDIGENES, 14, 88, 92, 111, 113, 119, 120, 122, 123, 176, 361, 364

INDIGNITE

indignité civique, 321

indignité nationale, 16, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 205, 207, 209, 210, 223, 256, 272, 274, 276, 286, 299, 300, 320, 510

INFAMIE

existimatio, 78, 148, 150

infamie censoriale, 148, 149, 150, 190

infamie de droit, 83, 156, 321

infamie de fait, 156

infamie pénale, 149

peines infamantes, 83, 94, 105, 106, 152, 156, 157, 159, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 179, 192, 199, 208, 223, 491

INFRACTION POLITIQUE, 31, 46, 205, 246, 252, 253, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 275, 276, 279, 280, 281, 282, 286, 299, 300, 326, 328, 505

INTERDICTION

interdiction-objective, 29

interdiction-sanction, 30

interdiction-subjective, 29, 31, 405, 476

INTERDICTION DES DROITS CIVIQUES, CIVILS ET DE FAMILLE, 175, 365

INTERDICTIONS PROFESSIONNELLES, 32, 208, 274, 275, 308, 318

ISONOMIE, 511

JUGE

juge commercial, 30, 446

juge consulaire, 438, 447, 448, 478

juge électoral, 350, 395

juge pénal, 319, 409, 418, 441

pouvoirs du juge, 394

JUIFS, 29, 122, 202, 203, 278, 285, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380

JUPPE (affaire), 310, 317

JURY

droit d'être juré, V. Droits civiques

jury criminel, 24, 80

jury-citoyen, 24

KANT E., 197, 241, 247

KANTOROWICZ E., 191

LAMARTINE A., 127, 288

LE PEN (affaire), 473, 474

LIBERATION, 130, 195, 209, 210, 223, 253, 263, 268, 274, 287, 328, 349, 510

LOCKE J., 249, 309, 484

LOYSEAU C., 78, 192, 194, 222

MESURE DE SURETE, 95, 99, 170, 334, 395, 396, 397, 424, 426, 427, 431, 433, 435, 446, 449, 450, 479, 480

MINEUR(s), 29, 44, 54, 63, 64, 70, 93, 100, 102, 111, 125, 139, 140, 180, 292, 294, 297, 299, 345, 346, 361, 365, 367, 370, 378, 379, 380, 458, 460, 484, 489, 495

MŒURS (mœurs)
Bonnes mœurs, 46, 106, 148, 287, 291, 298, 300, 302, 329, 447, 478

MORALITE
condition/exigence de moralité, 46, 326, 329, 334, 335, 341, 402, 477, 478, 480, 488, 495, 496, 498, 500, 504
morale républicaine, 310, 311, 312, 326
moralisation de la vie publique/politique, 302, 315, 320, 321, 325, 447
moralité publique, 46, 106, 253, 286, 287, 291, 299, 300, 302, 326, 329, 495, 510

MORT
mort civile, 44, 81, 83, 98, 100, 141, 147, 148, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 159, 160, 162, 243
mort civile, 83, 97, 99, 143, 195, 208, 273
peine de mort, 73, 74, 98, 147, 160, 236, 237, 238, 239, 240, 266

MOYEN-ÂGE, 11, 12, 43, 55, 66, 147, 155, 158, 190, 226, 227, 230, 408, 437, 438

NATION, 13, 16, 21, 26, 27, 28, 31, 46, 47, 54, 56, 57, 60, 61, 65, 66, 68, 70, 76, 81, 85, 88, 92, 93, 94, 103, 110, 121, 126, 129, 155, 166, 189, 198, 201, 223, 234, 242, 260, 261, 263, 271, 273, 274, 280, 285, 303, 311, 327, 329, 344, 356, 358, 359, 363, 365, 366, 368, 369, 370, 375, 376, 401, 416, 456, 458, 464, 470, 487, 488, 489, 490, 491, 500, 510, 513, 515, 516

NATIONALITE
conception fonctionnelle ou normativiste, 93, 282
conception matérielle ou institutionnaliste, 93, 282
conception subjectiviste, 282
déchéance de nationalité, 46, 255, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 504, 505
droit de la nationalité, 34, 53, 94, 179, 280, 327

ORDRES PROFESSIONNELS
droit disciplinaire, 37, 39, 208, 217, 306, 308, 322, 360, 407, 409, 410, 412
notaire, 30, 102, 106, 158, 194, 207, 208, 274, 381, 405, 410, 412, 415
sanction disciplinaire, 304, 410, 412, 509

ORTOLAN J., 39, 102, 163, 266, 342, 389

PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES, 451, 452, 454, 483, 490

PEINE
individualisation des peines (principe de), 128, 132, 165, 166, 169, 170, 171, 174, 175, 176, 187, 297, 318, 321, 404, 423, 433, 476, 491, 500, 502, 511
matière pénale, 30, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 448
peine accessoire, 16, 17, 72, 74, 94, 160, 169, 171, 172, 174, 176, 265, 292, 315, 324, 393, 394, 404, 420, 457, 502
peine complémentaire, 31, 172, 187, 209, 272, 289, 292, 294, 314, 321, 324, 325, 394, 409, 441, 453, 500, 502
peine complémentaire obligatoire, 321, 324, 326, 500, 502, 504
peine infamante, V. Infamie
sanction ayant le caractère d'une punition, 30, 415, 424, 425, 426, 431, 433, 442, 448
sanction pénale (formellement), 30, 32, 259, 312, 321, 322, 404, 405, 416, 420, 445, 447, 497

PEUPLE, 13, 25, 26, 27, 28, 48, 57, 61, 64, 68, 69, 73, 91, 95, 116, 117, 129, 137, 144, 146, 148, 149, 164, 234, 309, 310, 317, 347, 373, 452, 454, 456, 459, 506

PROBITE, 46, 254, 287, 291, 302, 303, 304, 307, 308, 310, 312, 313, 315, 321, 322, 323, 325, 326, 329, 405, 412, 446, 478, 495, 502, 510

PROPORTIONNALITE (PRINCIPE DE), 322, 325, 404, 422, 423, 463, 471, 480

REGIME POLITIQUE
Démocratie, V. Démocratie
Régime de Vichy, V. Vichy
Régime du III^e Reich, 29, 373, 374

REPUBLIQUE
droit républicain, 29, 277, 278, 321
rétablissement de la légalité républicaine, 201, 274
II^e République, 120, 310
III^e République, 91, 121, 130, 168, 311
V^e République, 21, 43, 333, 334, 335, 337, 345, 365, 373, 383, 384, 391, 396, 397, 430, 479

RETROACTIVITE, 203, 204, 205, 209, 333, 334, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 394, 431, 450

REVOLUTION FRANÇAISE, 34, 38, 43, 47, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 76, 79, 80, 83, 85, 86, 94, 96, 115, 116, 121, 126, 128, 129, 155, 160, 161, 169, 186, 189, 192, 195, 196, 197, 214, 221, 222, 223, 224, 231, 253, 257, 263, 266, 268, 310, 327, 328, 353, 357, 359, 360, 365, 388, 438, 491, 499, 509

ROSSI P., 98, 163, 170, 218, 344, 354, 356

ROUSSEAU J.-J., 59, 60, 61, 64, 219, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 246, 248, 251, 366, 510

SCRUTIN
dignité du scrutin (principe de), 493
sincérité du scrutin (principe de), 494

SEPARATION DES POUVOIRS, 348

SERVICE MILITAIRE, 142, 150

SOUVERAINETE
droits du souverain, V. Droits
pouvoir discrétionnaire, 347, 372, 381
souveraineté nationale, 13, 24, 28, 48, 56, 60, 91, 92, 347, 370
souveraineté populaire, 64, 505, 506

STAGE DE CITOYENNETE, 23, 24, 25, 26, 220

SUFFRAGE
suffrage censitaire, 54, 63, 79, 111, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 126, 127, 148, 287, 361, 365

suffrage universel, 21, 63, 114, 115, 116, 117, 118, 124, 127, 128, 138, 180, 288, 291, 310, 311, 320, 322, 347, 348, 370, 381, 382, 383, 389, 430, 452, 454, 455, 464, 467, 468, 469, 470, 474, 487, 489

TAPIE (affaire), 419, 422, 436, 444

TERRORISME, 16, 247, 248, 256, 269, 270, 271, 272, 274, 275, 281, 285, 286

UNION EUROPEENNE
citoyen(neté) de l'Union européenne, 41, 91, 295, 297, 464, 465, 466, 469, 470, 472, 512, 513, 514, 516
élections au Parlement européen, 41, 464, 467, 469, 475, 512, 513, 514
Union politique, 516

VALEUR(S), 22, 24, 25, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 45, 46, 50, 63, 123, 162, 164, 165, 179, 183, 187, 188, 193, 197, 200, 214, 220, 240, 251, 253, 254, 273, 284, 285, 287, 289, 291, 292, 293, 295, 297, 298, 299, 302, 305, 308, 312, 317, 324, 327, 328, 329, 374, 401, 446, 452, 472, 478, 480, 481, 488, 490, 494, 506, 509, 510

VERIFICATION DES POUVOIRS, 311, 345, 347, 350, 421

VERTU(S), 20, 34, 44, 46, 47, 48, 57, 59, 67, 69, 98, 99, 106, 124, 126, 132, 142, 143, 151, 160, 186, 199, 213, 216, 224, 234, 235, 244, 247, 260, 266, 276, 291, 298, 305, 309, 310, 314, 321, 342, 353, 388, 411, 423, 443, 459, 470, 471, 499, 501, 513

VICHY
collaboration, 200, 201, 202, 203, 274, 348
épuration, 172, 195, 201, 204, 274
Juifs, V. Juifs
Régime de Vichy, 29, 201, 202, 203, 204, 205, 274, 277, 278, 279, 372, 373, 374, 376, 377, 378, 379
vichyste, 209, 274

VOTE
droit de vote, V. Droits politiques
vote familial, 127

WEBER M., 47, 189, 223, 327

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	1
REMERCIEMENTS	5
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	7
SOMMAIRE.....	9
INTRODUCTION.....	11
§1. L'INTERET DU SUJET	16
<i>A. Intérêt pratique : l'actualité politique du sujet.....</i>	<i>16</i>
<i>B. Intérêt scientifique : l'absence de littérature juridique sur le sujet</i>	<i>18</i>
§2. L'ELABORATION DU SUJET : LE LIEN ENTRE DROIT PENAL ET CITOYENNETE	22
<i>A. La définition des notions.....</i>	<i>22</i>
1. La définition de la citoyenneté	23
2. La définition du droit pénal	29
<i>B. L'articulation des notions.....</i>	<i>32</i>
1. Le droit pénal comme <i>outil cognitif</i> au service de la définition des droits et du statut de la citoyenneté	33
2. Le droit pénal comme expression des valeurs liant le citoyen à la communauté.....	35
§3. LA DELIMITATION DU SUJET	38
<i>A. La délimitation matérielle du sujet.....</i>	<i>38</i>
<i>B. La délimitation spatiale du sujet.....</i>	<i>40</i>
<i>C. La délimitation temporelle du sujet.....</i>	<i>43</i>
§4. LES THESES DEVELOPPEES ET LE PLAN DE L'ETUDE	45
<i>A. Les thèses développées</i>	<i>45</i>
1. Les apports à une théorie de la citoyenneté.....	45
a. La citoyenneté comme statut juridique.....	45
b. La citoyenneté comme statut social.....	46
2. Les apports à une théorie de la démocratie	48
<i>B. Annonce du plan</i>	<i>50</i>
PARTIE I. LES BÉNÉFICIAIRES DE LA CITOYENNETÉ : LES CONTOURS DU CORPS POLITIQUE TRACÉS PAR LA LOI PÉNALE.....	51
CHAPITRE 1. DROIT PÉNAL ET NATIONALITÉ : ESQUISSE D'UNE GÉNÉALOGIE DES CONTOURS EXTERNES DU CORPS POLITIQUE	55
<i>Section 1 – La figure du non-citoyen pendant la Révolution : le criminel, non l'étranger.....</i>	<i>55</i>
§1. L'INCLUSION DE L'ETRANGER DANS LA CITOYENNETE REVOLUTIONNAIRE.....	56
<i>A. La définition de la qualité de citoyen français : l'appartenance à la Nation au fondement de la citoyenneté.....</i>	<i>57</i>
1. Du droit de cité : les droits naturels et civils des citoyens français.....	57
2. Du droit de voter : les droits politiques des citoyens actifs français	59
a. La controverse doctrinale sur le fondement du suffrage politique	59
b. Les réponses du droit positif : analyse des Constitutions révolutionnaires.....	62
<i>B. Le sort des étrangers : la « consanguinité philosophique » entre bons citoyens au fondement de la citoyenneté</i>	<i>66</i>
1. L'appartenance à la société française	66
2. L'appartenance à la Nation française	68
§2. L'EXCLUSION DU CRIMINEL DANS LA CITOYENNETE REVOLUTIONNAIRE.....	70

<i>A. Le droit pénal commun : une logique de rétrogradation dans l'échelle de la citoyenneté</i>	71
1. Les peines principales régulatrices des droits du citoyen	72
2. Les peines accessoires régulatrices des droits du citoyen.....	74
<i>B. Le droit pénal d'exception : une logique d'exclusion hors des frontières de la citoyenneté</i>	80
Section 2 – La figure du non-citoyen après la Révolution : la métaphore du criminel comme étranger	85
§1. LA NATIONALITE COMME CONDITION DE LA CITOYENNETE : L'ETRANGER, FIGURE DU NON-CITOYEN	85
<i>A. La condition de nationalité aux élections nationales</i>	85
1. L'établissement de la distinction formelle entre (perte de) citoyenneté et (perte de) nationalité.....	85
2. L'établissement de la nationalité comme condition de la citoyenneté.....	90
<i>B. La question du vote des étrangers aux élections municipales</i>	92
§2. LA DIGNITE COMME CONDITION DE LA CITOYENNETE : L'INDIGNE, FIGURE DU NON-CITOYEN	94
<i>A. La dégradation civique sous la Révolution : une peine inclusive et éducative</i>	94
<i>B. La dégradation civique dans le code pénal de 1810 : une peine excluante</i>	97
1. Une « mort civique »	97
2. La perte du statut de citoyen.....	99
a. La dégradation civique, une incapacité de jouissance.....	99
b. La dégradation civique, une peine indivisible.....	104
CHAPITRE 2. DROIT PÉNAL ET CITOYENNETÉ : LA DERNIÈRE FORME D'EXCLUSION À L'INTÉRIEUR DES FRONTIÈRES DE LA NATION	111
Section 1 – La suppression des critères traditionnels d'exclusion : l'universalisation du suffrage	113
§1. LA SUPPRESSION DES CRITERES SOCIAUX DE L'ARGENT ET DE LA RACE.....	113
<i>A. La suppression du critère de l'argent</i>	113
1. L'exclusion fondée sur le cens	114
2. Son abolition	117
a. La contestation et l'abolition	117
b. Le remplacement du gage du cens par l'exigence de non-indignité civique	118
<i>B. La suppression du critère de la race</i>	119
§2. LA SUPPRESSION DES CRITERES « NATURELS » DU SEXE ET DE L'INCAPACITE	125
<i>A. La suppression du critère du sexe</i>	125
1. Le principe de l'exclusion.....	125
2. Les justifications du principe	129
<i>B. La suppression du critère de l'incapacité civile</i>	131
1. L'exclusion fondée sur l'incapacité	131
2. Son abolition.....	132
a. De la modification à la suppression de l'article L. 5 du code électoral.....	133
b. Les effets de la suppression.....	137
Section 2 – Les critères maintenus : les condamnés comme exemple-limite d'une nationalité sans la citoyenneté ..	140
§1. L'EXCLUSION FONDEE SUR LE CRITERE « NATUREL » DE LA MINORITE	140
§2. L'EXCLUSION FONDEE SUR LE CRITERE SOCIAL DE L'INDIGNITE	140
<i>A. Les peines de privation des droits politiques dans l'Antiquité et dans l'Ancien droit</i>	141
1. Les peines dans l'Antiquité gréco-romaine et leurs fondements.....	141
a. L'atimie athénienne : la sanction du manquement aux devoirs civiques.....	141
b. La <i>capitis deminutio</i> et l'infamie à Rome : la sanction du manquement à la <i>dignitas</i> du citoyen.....	146
2. Les peines dans l'Ancien droit : l'héritage du droit romain et du droit canonique.....	151
a. La mort civile : l'assimilation du condamné au profès fondée sur la rupture du contrat	152
b. L'infamie : l'assimilation du condamné à l'hérétique fondée sur la protection de la Cité contre la contamination	156
<i>B. Les peines de privation des droits politiques dans les codes pénaux modernes</i>	159
1. Les peines sous l'empire des codes pénaux de 1791 et de 1810	159

a. La mort civile et son abolition	159
b. La survie de l'infamie : la peine de la dégradation civique.....	161
2. La peine de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille dans le code pénal de 1992	165
a. Le renversement de la hiérarchie des valeurs protégées : un « code des droits de l'homme ».....	165
b. Sa traduction juridique	167
i. La suppression des peines infamantes : l'humanisme au cœur de la peine.....	167
ii. L'individualisation de la peine : l'individualisme au cœur de la peine.....	169
Conclusion de la première partie.....	179

PARTIE II. LA NATURE DE LA CITOYENNETÉ : LA SUBSTANCE DU CORPS POLITIQUE DESSINÉ PAR LA LOI PÉNALE 181

CHAPITRE 3. LES JUSTIFICATIONS DE LA DÉCHÉANCE DES DROITS POLITIQUES 185

Section 1 – La violation des devoirs du citoyen : la citoyenneté comme « dignitas »..... 189

§1. LE MODELE DE LA <i>DIGNITAS</i>	190
A. Un statut honorifique attaché à un rang ou à une fonction officielle.....	190
B. Un statut porteur d'obligations et passible de sanction.....	192
§2. L'APPLICATION CONTEMPORAINE DU MODELE DE LA <i>DIGNITAS</i>	193
A. Le droit des professions.....	193
B. Le droit de la citoyenneté	196
1. La thèse de la citoyenneté moderne comme forme de <i>dignitas</i>	196
a. La survivance d'attributs de la <i>dignitas</i> ancienne dans la citoyenneté moderne	196
b. Son illustration par le droit positif : l'exemple de l'indignité nationale.....	199
i. Le crime d'indignité nationale : la violation des obligations de la République	200
ii. La peine de la dégradation nationale : la privation de l'honneur attaché à la fonction de citoyen	207
2. Les corrélats de la thèse : la théorisation des devoirs du citoyen et de la citoyenneté comme fonction publique.....	210
a. La théorie des devoirs du citoyen.....	210
i. De l'inutilité ou du danger de déclarer les devoirs du citoyen.....	211
ii. La reconnaissance de l'existence de devoirs du citoyen	215
b. La théorie de la citoyenneté comme fonction publique	221

Section 2 – La représentation de l'infraction comme « auto-exclusion » de la cité : citoyenneté et conception morale du contrat social..... 224

§1. SES FONDEMENTS HISTORIQUES : LA REPRESENTATION DE L'INFRACTION COMME OFFENSE AU CORPS SOCIAL	225
A. La centralisation judiciaire, vecteur d'étatisation du politique	226
B. La publicisation de l'infraction comme moyen de justifier la mainmise de l'État sur la justice	228
1. « Délits privés » et « délits publics » : la (re) découverte du droit romain.....	228
2. Les techniques élaborées pour multiplier le nombre des délits publics	230
§2. SES FONDEMENTS THEORIQUES : LES DOCTRINES DU CONTRAT SOCIAL	231
A. Être criminel et/ou citoyen : les théories en présence	232
1. Être criminel ou citoyen : deux statuts incompatibles	233
a. La lecture pénaliste de la thèse de Rousseau.....	233
b. La lecture de droit politique de la thèse de Rousseau.....	238
2. Être criminel et citoyen : deux statuts compatibles	241
a. L'infacteur est toujours puni en qualité de citoyen : le modèle beccarien.....	242
b. L'infacteur est parfois puni en qualité de citoyen : la théorie mixte du modèle hobbesien.....	243
B. Être puni en tant qu'ennemi et/ou en tant que citoyen : les usages en droit positif de ces théories	246
1. Être puni en tant qu'ennemi : l'application d'un droit d'exception	247
2. Être puni en tant que citoyen : la privation des droits politiques.....	248

CHAPITRE 4. LES VALEURS PROTÉGÉES PAR LA DÉCHÉANCE DES DROITS POLITIQUES 253

Section 1 – La protection de l’État et des droits des citoyens..... 255

§1. LA DECHEANCE DE (DROITS DE) LA CITOYENNETE DES AUTEURS D’INFRACTIONS A CARACTERE POLITIQUE	255
<i>A. La notion « fonctionnelle » d’infraction politique</i>	256
1. Les critères de l’infraction politique en droit positif	256
a. L’absence de définition du législateur	257
b. Les critères élaborés par la jurisprudence.....	261
2. L’application de ces critères aux peines privatives des droits politiques	263
a. La privation des droits civiques, une peine rarement politique à l’exception de la Révolution et de la Libération	263
b. La restitution automatique des droits civiques aux délinquants politiques dans les colonies	265
i. Le régime <i>in favorem</i> classique de l’infraction politique	265
ii. L’application du régime <i>in favorem</i> aux peines privatives des droits politiques	267
<i>B. La notion « conceptuelle » d’infraction politique</i>	269
1. La définition conceptuelle de l’infraction politique	269
a. Le fondement politique d’infractions de droit commun : l’exemple du terrorisme.....	269
b. La dépolitisation de la violence politique : l’application d’un régime <i>in defavorem</i>	271
2. L’application des peines privatives de droits civiques aux infractions dont le fondement est politique	272
§2. LA DECHEANCE DE NATIONALITE DES AUTEURS D’INFRACTIONS A CARACTERE POLITIQUE	276
<i>A. La déchéance de nationalité, forme hétéronome de déchéance de citoyenneté</i>	276
1. La déchéance de nationalité des auteurs d’ <i>actes</i> à caractère politique : la politisation des motifs de déchéance.....	277
a. La révision arbitraire des naturalisations des opposants politiques sous le régime de Vichy	277
b. La déchéance de nationalité pour des motifs politiques légalement déterminés dans le cadre républicain.....	278
2. La déchéance de nationalité des auteurs d’ <i>infractions</i> à caractère politique : la criminalisation des motifs de déchéance	279
<i>B. La confusion entre citoyenneté et nationalité au fondement de la déchéance de nationalité</i>	282

Section 2 – La protection de la moralité publique

§1. LA PROTECTION DE LA MORALITE DU CORPS POLITIQUE	287
<i>A. La protection de la moralité en temps ordinaire</i>	287
1. Les valeurs protégées avant l’entrée en vigueur du nouveau code pénal	287
2. Les valeurs protégées dans le nouveau code pénal	292
<i>B. La protection de la moralité en temps d’exception</i>	300
§2. LA PROTECTION DE LA PROBITE DU CORPS DES REPRESENTANTS POLITIQUES.....	302
<i>A. La notion de probité</i>	303
1. L’origine de la notion de probité	303
2. Le fondement de l’exigence de probité	308
<i>B. La mise en œuvre de la probité</i>	310
1. L’ancien article L. 7 du code électoral	312
2. Les nouveaux articles 131-26-1 et 131-26-2 du code pénal.....	320

Conclusion de la deuxième partie

PARTIE III. LE CONTENU DE LA CITOYENNETÉ : L’ÉVOLUTION DE LA CONCEPTION DES DROITS POLITIQUES À L’ÉPREUVE DU DROIT PÉNAL.....331

CHAPITRE 5. DES DROITS APPARTENANT AU SOUVERAIN 337

Section 1 – L’identification des droits politiques et civiques à partir du code pénal..... 338

§1. DU DROIT CONSTITUTIONNEL AU DROIT PENAL.....	338
§2. LES DROITS CIVIQUES ET POLITIQUES DANS LE CODE PENAL.....	341
<i>A. Les droits politiques (art. 34 al. 2 et art. 42 al. 1 et 2 c. pén 1810 ; art. 131-26 al. 1 et 2 c. pén.)</i>	342
1. Une catégorie homogène.....	342

2. La singularité du droit d'éligibilité au regard du droit de vote révélée par le contentieux de l'inéligibilité.....	345
B. Les droits civiques.....	351
1. Les droits considérés comme civiques au moment de leur adoption.....	352
a. Le droit d'accès à la fonction publique (art. 34 al. 1 et art. 42 al. 3 c. pén. 1810).....	352
b. Le droit d'être juré (art. 34 al. 3 et art. 42 al. 3 c. pén. 1810).....	354
c. L'appartenance à la Garde nationale (art. 34 al. 5 c. pén. 1810).....	356
d. Le droit de port d'armes (art. 34 al. 5 et art. 42 al. 4 c. pén. 1810).....	358
2. L'évolution des droits civiques (art. 131-26 al. 3 et 8 c. pén.).....	361
Section 2 – La nature et le régime des droits civiques et politiques : des droits dans les mains du Souverain.....	365
§1. LA NATURE DES DROITS POLITIQUES : DES DROITS CONCEDES PAR LE SOUVERAIN.....	365
§2. LE REGIME DES DROITS POLITIQUES : DES DROITS ACCORDES ET RETIRES DE FAÇON DISCRETIONNAIRE PAR LE SOUVERAIN ?.....	372
A. <i>La privation arbitraire des droits politiques sous le III^e Reich et le régime de Vichy : une possibilité « anormale »...</i>	373
1. Le statut des Juifs.....	373
2. La perversion du concept d'« incapacité » de droit privé et de droit public.....	378
B. <i>La privation ordinaire des droits politiques pour condamnations pénales : des droits « dans la main du législateur »</i>	381
1. La limitation des motifs possibles de privation des droits politiques : l'encadrement du pouvoir discrétionnaire.....	381
2. La privation des droits politiques pour motif de condamnation pénale : l'affirmation de l'omnipotence du législateur.....	383
a. L'exemple de l'application <i>ratione temporis</i> des lois politiques : leur rétroactivité.....	383
i. L'énoncé du principe.....	384
ii. Sa consécration prétorienne.....	387
b. Son application en cas de condamnation pénale.....	388
i. La position du débat.....	388
ii. Sa mise en œuvre jurisprudentielle.....	390
CHAPITRE 6. DES DROITS FONDAMENTAUX INDIVIDUELS APPARTENANT AU CITOYEN.....	399
Section 1 – La subjectivisation des droits politiques.....	403
§1. DES DROITS GARANTIS PAR LA CONSTITUTION : L'EXTENSION DES GARANTIES DU DROIT REPRESSIF A TOUTE SANCTION NON PENALE PRIVATIVE DES DROITS POLITIQUES.....	403
A. <i>Le droit pénal, « bouclier » de la citoyenneté.....</i>	405
1. Des dispositions litigieuses ne relevant pas nécessairement de condamnations pénales.....	405
a. Une sanction dépendant d'une condamnation pénale mais n'étant pas formellement une sanction pénale : l'article L. 7 du code électoral.....	406
b. Des sanctions indépendantes de condamnations pénales.....	407
i. La sanction civile de la faillite et de la liquidation judiciaire.....	408
ii. La sanction disciplinaire de la destitution appliquée aux notaires et à quelques officiers ministériels.....	410
iii. La méconnaissance des règles relatives au financement des campagnes électorales.....	413
2. Leur censure : l'encadrement de la privation des droits politiques par les principes du droit pénal.....	415
a. Le refus de la qualification d'« accusation en matière pénale » devant la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme.....	415
i. La conventionnalité de l'article L. 118-3 du code électoral.....	416
ii. La conventionnalité de l'article 194 du code de commerce.....	419
iii. La conventionnalité de l'article L. 7 du code électoral.....	420
b. L'application systématique de la qualification de « punition » par le Conseil constitutionnel.....	423
i. Le champ d'application <i>ratione materiae</i> des dispositions de l'article 8 de la Déclaration de 1789.....	423
ii. La qualification des sanctions privatives de droits civiques : filtrer ou punir ?.....	427
α. La qualification des déchéances par les Cours suprêmes américaines : des « mesures de sûreté ».....	427
β. La qualification des déchéances par le Conseil constitutionnel : des sanctions « ayant le caractère d'une punition ».....	432
iii. Le régime des sanctions privatives des droits civiques : des sanctions non-conformes à la Constitution.....	433
B. <i>Son corollaire : la place du droit de vote dans le catalogue des droits fondamentaux.....</i>	435
1. Des qualifications contestables : limites et apories du critère de la finalité.....	435

a. Le réexamen de la finalité de la sanction de l'inéligibilité attachée à la faillite et à la liquidation judiciaire.....	436
b. Le réexamen de la finalité de l'incapacité électorale attachée aux manquements au devoir de probité	447
2. Des qualifications explicables : la pertinence du critère matériel.....	448
§2. DES DROITS GARANTIS PAR LE DROIT INTERNATIONAL ET EUROPEEN : SON INFLUENCE SUR LA QUESTION DES CONDAMNES.....	451
<i>A. La protection des droits politiques par le droit conventionnel.....</i>	<i>452</i>
1. La reconnaissance préalable de la nature subjective des droits électoraux	452
a. La Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte onusien.....	452
b. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.....	454
2. L'affirmation de l'importance du droit de vote parmi les droits fondamentaux.....	456
a. La reconnaissance initiale d'une ample marge d'appréciation des États.....	456
b. L'infléchissement soudain de l'auto-limitation de la Cour	458
<i>B. La protection des droits politiques par le droit de l'Union européenne.....</i>	<i>464</i>
1. Le suffrage aux élections du Parlement européen : un droit européen relevant de la compétence des États	465
2. Le suffrage aux élections du Parlement européen : un droit subjectif <i>supra-national</i> limitant la compétence des États.....	469
Section 2 – Vers un changement de modèle de la citoyenneté	477
§1. UN CHANGEMENT DE MODELE	478
<i>A. Droit constitutionnel français : le rejet de la moralité comme condition d'exercice de la citoyenneté.....</i>	<i>478</i>
<i>B. Droit constitutionnel étranger : de la dignitas du citoyen à la dignité de l'homme condamné.....</i>	<i>481</i>
1. La plurivocité du concept de dignité.....	482
2. Les références au principe de dignité de l'homme dans la jurisprudence	484
a. La référence à la dignité des personnes « incapables » dans la jurisprudence française.....	484
b. La référence à la dignité des personnes condamnées dans la jurisprudence étrangère.....	487
§2. UN CHANGEMENT NUANCE : LES LIMITES D'UNE APPROCHE GLOBALE DU CONTENU DE LA CITOYENNETE	495
<i>A. Droits civiques et condition de moralité : l'exemple du droit d'accès à la fonction publique</i>	<i>496</i>
<i>B. Droits politiques et condition de moralité : le subterfuge de la création d'une peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité.....</i>	<i>500</i>
Conclusion de la troisième Partie.....	505
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	509
BIBLIOGRAPHIE	519
TABLE DE JURISPRUDENCE	569
INDEX DES MATIÈRES ET DES PRINCIPAUX AUTEURS.....	579
TABLE DES MATIÈRES.....	585

