

Thèse de Doctorat / juin 2012

Université Panthéon-Assas
école doctorale de droit public, sciences administratives
et sciences politiques

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 19 juin 2012

**La séparation des pouvoirs civil et militaire en droit
comparé**



Université Panthéon-Assas

Auteur : Patrick PAPAIZIAN

Sous la direction de Monsieur le Professeur Philippe Lauvaux

Membres du jury :

v M. le Conseiller d'Etat Olivier Challan-Belval

M. le Professeur Guillaume Drago

M. le Professeur Philippe Lauvaux

M. le Professeur Jean Morange

M. le Professeur Thierry Rambaud

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Résumé:

Cette thèse entend démontrer par le recours à la comparaison que le principe de séparation des pouvoirs civil et militaires constitue un élément fondamental des Etats de tradition libérale. En droit, elle prend la forme d'incompatibilités.

Dans un premier temps, suite aux expériences de confusion des pouvoirs civils et militaires cette séparation a pris la forme d'une incompatibilité entre le militaire et l'électeur.

Dans un second temps, cette séparation a pris la forme d'une incompatibilité entre le militaire et le représentant.

Descripteurs :

Séparation des pouvoirs, droit de la fonction publique, pouvoir, autorité, incompatibilités

Title and Abstract :

The separation of civil and military power. A comparative study.

This comparative study aims to demonstrate that the principle of separation of civil and military powers is a fundamental part of States with liberal tradition. In law it takes the form of incompatibilities.

In law, it takes the form of incompatibilities.

Initially, following the experiences of confusion of civil and military powers that separation has taken the shape of an incompatibility between the military and the voter.

In a second step, this separation has taken the shape of a mismatch between the military and the representative.

Key words :

Separation of powers, public employment law, power, authority, incompatibilities,

Sommaire

Introduction générale.....	4
1ère partie – La séparation entre le militaire et le citoyen	35
Titre I : Une séparation constitutionnelle révolutionnaire	37
Chapitre I : Une participation inégale de l’institution militaire au processus révolutionnaire	39
Section I. L’Armée comme pouvoir public	39
Section II. L’Armée comme « pouvoir constituant »	58
Chapitre II : La formulation d’un principe de subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil	78
Section I. La formulation d’un principe politique de subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil.....	78
Section II. Un principe constitutionnel originaire.....	99
Titre II : Un droit de vote désormais acquis	126
Chapitre I : La mise en place progressive de l’incapacité électorale des militaires	129
Section I - La dualité historique, conséquence de deux conceptions de la démocratie	127
Section II. La dualité technique des méthodes d’exclusion : une conséquence de conceptions distinctes de la citoyenneté	139
Chapitre II : L’organisation contemporaine d’un droit de vote effectif... 151	151
Section I. La reconnaissance du droit de vote des militaires.....	151
Section II. L’organisation du droit de vote des militaires	169
2ème partie - La séparation entre le militaire et le représentant	193

Titre I : Une incompatibilité persistante entre mandat électoral et statut militaire	191
Chapitre I . Un moyen direct : l'incompatibilité entre statut militaire et mandat politique	193
Section I. Une exclusion rigide aux Etats-Unis	193
Section II. Une exclusion européenne apparemment plus limitée ..	202
Chapitre II : Un moyen indirect : la limitation du droit d'adhérer à un parti politique	235
Section I. Une restriction commune aux trois systèmes	235
Section II. La portée unifiante de cette restriction	250
Titre II : Une privation de liberté syndicale complémentaire mais fondamentale	270
<u> Chapitre I : Une limitation complète propre aux militaires</u>	272
Section I. Une limitation commune aux trois systèmes étudiés	272
Section II. Une limitation des droits sociaux propre aux militaires relevant des systèmes étudiés	293
Chapitre II : Une limitation de la fonction représentative inhérente à la liberté syndicale	315
Section I. Une dérogation valide à une liberté fondamentale	315
Section II. Une limitation visant uniquement la fonction politique des syndicats	326
Conclusion générale	357
Arrêts et décisions	362
Bibliographie	376
Table des matières	413

Introduction

La séparation des pouvoirs civil et militaire est-elle un objet d'étude pour une recherche juridique ? Il est légitime d'en douter. Contrairement, à l'expression « séparation des pouvoirs » *lato sensu*, la séparation des pouvoirs civil et militaire ne figure pas dans les énoncés constitutionnels français et n'a pas non plus été intégrée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La séparation des pouvoirs ne renvoie qu'à une conception juridique des fonctions de l'Etat. Sous cette forme elle constitue un problème classique du débat constitutionnel. Cette acception formelle de la séparation n'est cependant pas exclusive de toute autre.

Ainsi Montesquieu semble penser la séparation des pouvoirs civils et militaires comme aussi nécessaire à la préservation de la liberté¹ que la séparation des fonctions juridiques. Dans son analyse, la question militaire intervient d'abord dans le cadre de la limitation de l'exécutif. Afin que « celui qui exécute ne puisse opprimer », soit l'Armée doit être de conscription avec des chefs responsables sur leurs deniers ; soit

¹ Montesquieu, de Secondat (Ch. L.), *Œuvres de Monsieur de Montesquieu, De l'Esprit des lois*, II t., Londres, Nourse, 1767, Livre XI, Chapitre VI, pp. 220-223.

l'institution doit avoir une existence précaire. Par cette condition il faut entendre que la Puissance législative doit pouvoir la « casser sitôt qu'elle le désire » y compris du point de vue matériel, en ce sens que tout cantonnement doit être proscrit. Toutefois l'intervention du législateur ne doit avoir lieu qu'en dernier ressort, le contrôle quotidien devant en revenir à l'exécutif. Du fait de l'incompatibilité des mœurs, Montesquieu explique que l'institution militaire n'accepterait pas d'obéir directement à un pouvoir délibérant comme l'est par nature le pouvoir législatif. Dès lors, il pose la relation du pouvoir civil et du pouvoir militaire sous forme d'un *équilibre* à rechercher puisqu'il explique « que si dans le cas où l'armée est gouvernée par le corps législatif, des circonstances particulières empêchent le gouvernement de devenir militaire, on tombera dans d'autres inconvénients ; de deux choses l'une : ou il faudrait que l'armée détruise le gouvernement, ou que le gouvernement affaiblisse l'armée. ». Ce qui lui semble être fatal.

C'est donc avec cet autre triptyque que Montesquieu dépeint l'organisation idéale des pouvoirs civils et militaires : pour éviter « le gouvernement militaire », il faut que le pouvoir exécutif exerce le contrôle sur une Armée subordonnée par différents moyens organisationnels ; que toutefois l'exécutif n'ait pas le monopole de la maîtrise de l'outil militaire ; en revanche la préservation de l'Etat implique que la direction de l'institution militaire ne connaisse directement qu'un commandement de l'exécutif dans lequel le pouvoir législatif soit exclu. Il convient de distinguer deux niveaux d'analyse dans ces écrits : d'une part, il est question de la défense de la liberté qui doit être protégée contre l'empiétement du « gouvernement militaire » ; d'autre part, c'est l'Armée qui doit être protégée contre les excès du pouvoir législatif. Il semble donc que déjà chez le magistrat bordelais l'idée d'une séparation semble se présenter dans laquelle au moins trois dimensions sont perceptibles : en premier lieu, le contrôle de l'exécutif ne doit pas être absolu sur l'armée afin d'éviter les coups d'Etat, ceci

implique en deuxième lieu que l'organe législatif ait un droit de regard sur l'administration militaire. Mais cette intervention ne doit pas être souveraine afin de préserver l'efficacité de l'Armée.

De façon quasi-générale, la doctrine française n'a pas reconnu de pouvoir militaire (I). Avec Hauriou, il s'agira néanmoins de poser les conditions de l'analyse d'un tel principe qui est nécessairement comparative (II) à partir d'une définition historique (III).

I. Une séparation écartée par la doctrine

Duguit est significatif de cette approche. On sait qu'il occupe une position particulière au sein du champ du droit public : il n'est certes pas le fondateur du droit public, Rossi, Gérando, Macarel, Cormenin, entre autres, l'ont précédé au XIX^{ème} siècle ; mais l'autonomie de cette discipline n'est réelle qu'à compter des années 1890 comme en témoigne la mise en place d'une agrégation de droit public en 1896. Les principaux auteurs de cette époque ont la « volonté de fonder une science du droit public », à l'objet juridique (non sociologique) spécifique (distinct du droit privé) et aux méthodes et dogmatiques propres² ; et ils s'attachent à la définition d'un champ disciplinaire autour de l'affirmation de la subordination de l'Etat au droit, dont les différentes théorisations aboutiront à la naissance d'écoles doctrinales, parmi lesquelles l'Ecole de Bordeaux menée par le doyen Duguit. A ses côtés, Esmein³, Berthélémy⁴, Carré de Malberg⁵ et Hauriou⁶ font aussi partie de la

² BEAUD (O.), « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, 2000, pp. 89-108, p 89.

³ Dont l'ouvrage principal est ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2^{ème} éd. Revue par H. NEZARD, Sirey, 1928, 2 vol.

⁴ BERTHELEMY (H.), *Traité élémentaire de Droit administratif*, 13^{ème} éd., 1933, 1187 p.

doctrine classique⁷, mais seuls ces deux derniers et Duguit parviendront à former des disciples assurant la pérennité des trois approches que leurs maîtres ont développées à Bordeaux, Toulouse et Strasbourg.⁸ Il convient de tenir compte de cette dimension : parce qu'en tant que fondateur du droit public, Duguit s'est situé au sein d'un champ disciplinaire pluriel, sa pensée sur les questions militaires doit être confrontée à celle des autres ; parce qu'il est le maître d'une école, son influence s'exerce encore sur la doctrine contemporaine.

L'encadrement juridique de l'Armée est au cœur même du projet scientifique de Duguit dès l'instant où il cherche à remettre en cause les axiomes de la science juridique traditionnelle afin d'établir une véritable limitation de l'Etat par le droit.⁹ Se fixant pour but la subordination de l'Etat à l'intérêt social, il considère qu'il incombe aux juristes de poser les fondements d'une limitation objective de l'Etat en recherchant les origines du droit. Pour cela, il s'agit de rejeter tout principe posé *a priori* : il suffit d'observer les « faits sociaux » ; mais cette approche est indissociable d'un certain nombre de postulats, tels le solidarisme¹⁰, comme équilibre entre intérêt collectif et intérêts individuels.¹¹ Une « grande loi » de la solidarité pousse l'homme à rechercher l'intérêt collectif ; cette loi se manifeste à travers les normes économiques, morales et juridiques : celles-ci sont caractérisées par l'existence d'une contrainte issue de la prise de conscience de l'importance sociale d'une

⁵ CARRE de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 volumes, 1922, rééd. CNRS., 1962 ; *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, Sirey, 1933, 147 p.

⁶ Dont les trois principaux écrits sont le *Précis de droit administratif*, 2 volumes, Librairie du Recueil Sirey, 11^{ème} éd., 1927, 1068 p. *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Sirey 1929, p. ; *Principes de droit public*, Paris, Larose et Tenin, 1910, 734 p.

⁷ BEAUD (O.), *ibid.*

⁸ CHEVALLIER (J.), « La fin des écoles ? », *RDP*, 1997, pp. 689-700.

⁹ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 1999, 150 p., p. 40.

¹⁰ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel : théorie générale de l'Etat*, A. Fontemoing, 1^{ère} éd., 1911, 2 vol. ; 2^{ème} éd., T. 1 (1921), T. 2 (1923), T. 3 (1923), T. 4 (1924), T. 5 (1925) ; 3^{ème} éd., T. 1 (1927), T. 2 (1928) que nous distinguerons par la suite par *Traité*, *Traité*², *Traité*³. En l'occurrence ici, *Traité*², pp 639-649.

¹¹ BRIMO (A.), *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 3^{ème} éd., Pédone, 1979, 576 p., pp. 247-256.

norme,¹² puis, à compter de 1921, d'un besoin de justice qui peut être distributive (selon le mérite) ou commutative (selon l'égalité). Les règles juridiques sont alors de deux natures : normatives, si elles sont issues directement de la société, et constructives, si elles ne sont que des mises en œuvre des premières. En conséquence, l'Etat n'est point une personne souveraine mais un élément de la société, issu de la différenciation sociale, qui est soumis au droit de la solidarité sociale, laquelle fixe ses missions : la gestion des services publics.¹³ Il en résulte que les gouvernants n'ont pas de volonté supérieure à celles des gouvernés ; ce qui définit les gouvernants, c'est d'une part, l'obligation qu'ils ont de retranscrire les règles normatives en règles de « droit constructives et techniques », et d'autre part, la détention de la force de contrainte¹⁴ : Duguit explique dès 1907 que « la disposition de la force armée est la mise en mouvement par excellence de la force matérielle, qui est la condition nécessaire pour qu'il y ait un Gouvernement. »¹⁵.

Son approche de l'institution militaire va se révéler aporétique du fait de la rencontre entre son projet de refondation de l'Etat, sur une vision unificatrice et la nécessité d'encadrer de façon particulière la force armée, fondement de la différenciation politique, du fait de l'absence du recours au concept de séparation. Ce paradoxe irréductible naît dans l'affirmation de la soumission complète de l'armée au Gouvernement et s'affirme lors de l'amalgame fait entre l'armée et les autres services publics.

Duguit s'interroge d'abord sur les relations entre le pouvoir politique et les autorités militaires. Il s'agit là d'un « exercice imposé » à

¹² CHEVALLIER (J.), *ibid.*

¹³ PISIER-KOUCHNER (E.), *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972, 316 p.

¹⁴EISENMANN (C.), « deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique*, 1930, p. 231-279, p. 233.

¹⁵DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'Etat*, A. Fontemoing, 1907, 1140 p., p. 994.

tous les théoriciens de l'Etat. Néanmoins, son intervention sur une question classique n'est pas sans emprunter des sentiers partiellement nouveaux. En effet, les auteurs du XIX siècle n'ignoraient pas l'idée d'une séparation entre pouvoir civil et militaire même s'ils ne formulaient pas explicitement le principe.

L'attribution des compétences militaires au sein des régimes politiques français est une question récurrente dans les premiers ouvrages de droit public, alors que depuis la première Constitution de 1791, les textes fondamentaux énoncent pourtant que le Chef de l'Etat dispose de la force armée. Néanmoins, illustration remarquable de la richesse polysémique du droit et de l'importance des conventions en matière constitutionnelle,¹⁶ cette continuité textuelle à travers les différents régimes du XIXème siècle¹⁷, qui exclut le pouvoir législatif,¹⁸ va connaître différentes interprétations suivant que le Chef de l'Etat exerce ou non directement des responsabilités en ce domaine. Cette valse-hésitation dans l'attribution des compétences suprêmes militaires caractérise aussi les professeurs de droit, les uns se prononçant pour une compétence exclusive du Chef de l'Etat, les autres optant pour une compétence partagée. L'explication de ces discordances doit être recherchée ailleurs que dans une simple contingence historique.

D'un côté, certains auteurs se prononcent pour une compétence pleine et entière du Chef de l'Etat. Rossi, qui enseigna le droit constitutionnel en France de 1835 à 1845, explique que « les services

¹⁶ « Les conventions sont des règles qui définissent les droits, pouvoirs, et obligations non juridiques des titulaires des fonctions relevant des trois branches du Gouvernement ainsi que les relations entre ces trois organes. », in AVRIL (P.), *Les conventions de la Constitution*, PUF, 1997, 202 p., p. 107.

¹⁷ Sur la continuité de certains principes d'organisation politique : cf. CHEVALLIER (J.), « La séparation des pouvoirs », in FAVOREU (L.) (éd.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, 1989, 178 p., p. 114.

¹⁸ L'attribution de compétences militaires à l'organe législatif semble avoir toujours été écartée : MONTESQUIEU puis MIRABEAU ont écrit contre l'attribution d'une parcelle du pouvoir militaire à l'organe législatif/ cf. ROCHOUX (M.), *De l'autorité militaire*, Bordeaux, Imprimerie Cadoret, 1896, 218 p., p. 94.

publics ont pour objet soit l'administration de la justice, soit la défense du pays¹⁹ : ce service public ressort du Chef de l'Etat qui est « chargé seul de défendre les intérêts du pays vis-à-vis de l'étranger »²⁰ ; plus loin il précise : « le pouvoir royal a le droit de déclarer la guerre et de la diriger »²¹. Se fondant sur le principe que l'administration doit être la responsabilité d'un seul, Foucart explique en 1855, comme il l'a fait en 1843 pour le roi, que « L'Empereur a la haute direction des forces de terre et de mer [...] En vertu de son droit de commandement, il nomme les généraux qui le remplacent à la tête des troupes. Le droit de commander les armées emporte celui de prendre toutes les mesures relatives à l'organisation [...] des troupes »²². A la fin du siècle, Ducrocq ne fait pas une autre lecture des lois constitutionnelles de 1875 : le Président de la III République a « le droit de commander et de disposer directement des troupes »²³. Et qui plus est, il considère que ce n'est pas au ministre d'assurer l'administration militaire lorsqu'il juge positivement la loi du 24 juillet 1873, « véritable décentralisation militaire »²⁴, qui dessaisit le ministre d'une grande partie de ses pouvoirs d'organisation du service au profit du chef de corps d'armée lequel concentre en ses mains les compétences administratives territoriales et militaires sur sa région de commandement. La décision militaire, ne peut être séparée de la détention de la Souveraineté que ces auteurs attribuent au Chef de l'Etat. Ici il s'agit donc d'une séparation entre une compétence militaire, qui devient pouvoir car elle est détenue par le Souverain.

D'autres auteurs ont une lecture opposée des textes constitutionnels : ainsi, Macarel néglige simplement la place du Chef de

¹⁹ ROSSI (P.), *Cours de Droit Constitutionnel*, 4 vol. Guillaumin, 1867, T II, p. 142.

²⁰ ROSSI (P.), *ibid.*, T IV, p. 256.

²¹ ROSSI (P.), *ibid.*, T IV, p. 269.

²² FOUCART (E.-V.), *Eléments de droit public administratif*, 3 vol., Marescq, 4^{ème} éd., 1855, T I, p. 112.

²³ DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif*, 7 vol., Fontemoing, 7^{ème} 1897-1905, T I, p. 70.

²⁴ DUCROCQ (T.), *ibid.*, T III, pp 208-209.

l'Etat lorsqu'il explique à ses étudiants que « l'art militaire, messieurs, embrasse la formation, la discipline, la conduite et la conservation des armées. Une seule de ces choses, la conduite des armées [...] est le domaine du capitaine ; cette science est hors de la sphère administrative. Restent l'organisation, le régime habituel, la police, la justice, l'entretien et la conservation des armées : c'est là le vrai domaine de l'administrateur ; c'est celui du ministre de la guerre »²⁵ alors que l'autre pouvoir ne devrait être qu'un conseil militaire. Ici, ce sont donc les domaines de compétence qui sont séparés. Mais il s'agit toujours de rechercher un équilibre. Il s'agit plutôt d'une séparation de l'autorité militaire et de l'autorité civile.

Une première explication de ces oppositions peut être trouvée dans l'histoire. Les auteurs du début du siècle ne connaissent qu'un régime constant : le chef des armées est le Chef de l'Etat « par tradition monarchique »²⁶. Au contraire, la Constitution de 1848 va innover sur ce plan : l'article 50 prévoit en effet que le Président de la République « dispose de la force armée sans pouvoir jamais la commander en personne. » ; cette vision sera confirmée par le retrait général du Chef de l'Etat après la démission de Mac Mahon et la déclaration Grévy du 7 février 1879.²⁷ Cependant, ces explications contingentes ne sont pas satisfaisantes : d'une part, il n'y pas de synchronie entre les régimes et les opinions des auteurs ; d'autre part, les auteurs ne se contentent pas d'être les simples portraitistes du régime, ancrés dans une pure perspective positiviste : ils n'hésitent pas à expliquer ce qui serait souhaitable²⁸. Ces variations sont aussi le produit d'un facteur de nature doctrinale : le rattachement des compétences au Chef de l'Etat seul ou avec son ministre de la guerre découle de la

²⁵ MACAREL (L.), *Cours de droit administratif*, 4 vol., Thorel, 2^{ème} éd., 1848, T I, p 137.

²⁶ DRAGO (R.), « Le chef des Armées de la IIème à la Vème République », *RA*, n°292, 1996, p. 377.

²⁷ Cf. par exemple : FAVOREU (L.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2000, p. 533.

²⁸ Equilibre d'un organe militaire pour MACAREL, rejet du ministre pour DUCROCQ.

distinction des fonctions étatiques²⁹ que font les auteurs et qui relève de deux conceptions différentes. Les premiers estiment qu'il n'existe pas de concordance entre l'action militaire et l'action civile ou administrative : comme l'écrit clairement Gérando, la « distinction » des fonctions s'applique certes aux trois pouvoirs, mais les limites qu'elle impose « séparent aussi l'administration civile, du Gouvernement politique de l'Etat, en tant que celui-ci s'exerce par les relations diplomatiques et par la disposition des forces de terre et de mer »³⁰. D'autres auteurs considèrent la fonction militaire comme une attribution étatique à part : Foucart distingue les fonctions politiques, militaires, administratives et judiciaires³¹; mais ce sont essentiellement Macarel et Ducrocq qui en tirent les conséquences ultimes à propos des conseils d'armées. Pour eux, il s'agit véritablement de contrepoids au pouvoir politique. Le premier explique qu'ils sont nécessaires car ils « ont pour fonction de perpétuer l'esprit de l'institution ; que le changement d'un ministre ne remet plus tout en question : législation, organisation, service, que, quels que soient les projets et les vues de ceux qui arrivent à la direction des affaires, l'armée n'est plus prise comme matière expérimentale [...] »³². Ducrocq est encore plus précis à propos d'un conseil supérieur de guerre créé par le décret du 12 mai 1888 : « Ce serait le seul moyen de la mettre à l'abri des changements politiques, dans l'intérêt supérieur de la défense nationale. Ce serait un moyen aussi d'éviter les modifications fréquentes dans son organisation. [...], il ne doit être composé, avec le ministre de la guerre et le chef d'état-major de l'armée, que des généraux, tous appelés à titre personnel, comme devant exercer les grands commandements du temps de guerre »³³

²⁹ La séparation des pouvoirs comprise à une interdiction du monopole des fonctions étatiques, est une constante du droit constitutionnel français, CHEVALLIER (J.), « La séparation des pouvoirs », in FAVOREU (L.) (dir.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, 1989, p. 137 et s.

³⁰ GERANDO (J.-M.), *Institutes de droit administratif français*, 5 vol., Nève, 2^{ème} éd., 1842-1846, T I, p 3.

³¹ FOU CART (E.-V.), *op. cit.*, T I, p. 117.

³² MACAREL (L.), *op. cit.*, TII, p. 531-534.

³³ DUCROCQ (T.), *ibid.*, TIII, pp 219-221.

Ces deux conceptions ont en commun de différencier l'Armée du reste de l'appareil étatique, en voulant la tenir à l'écart des enjeux politiques : les Chambres sont quasiment évincées et les pouvoirs du ministre de la guerre sont limités soit par le Chef de l'Etat, soit par des organes composés d'officiers généraux. Cette approche permet déjà de poser une première définition de la séparation du pouvoir civil et militaire. L'idée d'une séparation entre pouvoir civil et pouvoir militaire, unis uniquement par le détenteur de la souveraineté est donc au cœur de la pensée de ces auteurs. Duguit refusera cette approche pour aboutir à la conclusion complètement opposée.

Alors que pour la doctrine classique, le commandement militaire ne constitue pas une compétence commune mais un pouvoir propre à part, à côté du pouvoir civil, du législatif et du judiciaire, et hors du jeu politique, Duguit comme la plupart de ses contemporains, sauf Hauriou,³⁴ va soutenir la thèse de la compétence totale du civil.

La croyance en une compétence totale du Gouvernement en matière militaire transcende les oppositions entre les différentes écoles : aux côtés de Duguit, différents auteurs aux approches très distinctes n'écrivent pas autre chose. A propos de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 prévoyant que le Président de la République « dispose de la force armée », Esmein explique qu'il s'agit là d'une « règle naturelle et nécessaire, car la disposition et l'emploi de la force armée [...] sont une des attributions essentielles du pouvoir exécutif. » ; néanmoins, il entend

³⁴Celui-ci, explique « l'armée possède une organisation à part séparée de celle du Gouvernement civil, une hiérarchie distincte de la hiérarchie civile, [...] Notre loi constitutionnelle du 25 février 1875 art 3§3 dit de notre Président de la République « qu'il dispose de la force armée » et en même temps il est chef du Gouvernement civil ; il a donc à la fois le gouvernement civil et le gouvernement militaire ; mais, d'une part, il ne commande pas lui-même la force armée ; d'autre part, celle-ci constitue une organisation à part sous l'autorité du ministre de la Guerre et celle du ministre de la Marine en temps de paix, sous celle d'un généralissime en temps de guerre en ce qui concerne la conduite des opérations. », in HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, 2^{ème} éd., 1929, p. 112.

donner une portée toute limitée à cette disposition. Celle-ci ne se confond pas avec le droit de commander en personne pour des raisons pragmatiques et juridiques : un chef d'Etat ne saurait être un chef militaire car, contrairement à la tradition monarchique, il y a peu de chance pour qu'il connaisse la chose militaire et cette autorité impliquerait des actes « trop personnels » pour qu'ils soient couverts par le contreseing ministériel nécessaire dans la logique d'un régime parlementaire. Guidé par l'exemple britannique, il explique que l'absence d'interdiction formelle dans le texte est compensée par la pratique constitutionnelle. Par ailleurs, à propos de la question de la responsabilité du commandement, il expose clairement le dilemme auquel doit faire face le régime : d'un côté, la crainte traditionnelle française du césarisme, la compétence constitutionnelle du Président ainsi que la souveraineté du Parlement excluent, en théorie, l'existence d'un officier général échappant au contrôle parlementaire ; d'un autre côté, « la liberté d'action dans l'exécution des opérations » militaires lui semble peu compatible avec le système parlementaire de contrôle du Gouvernement. L'interprétation qu'il donne de l'abandon (décret du 2 décembre 1915) puis de la reconquête de la conduite de la guerre (décrets du 13 et 26 décembre 1916), par le Gouvernement, montre qu'Esmein préfère une direction de la guerre par celui-ci, son « abdication » lui semblant contraire à l'art 3 al. 3 de la loi constitutionnelle. Quant à Barthélemy³⁵, il se prononce pour un contrôle partiel du Parlement en cas de guerre ; se fondant sur l'expérience, il estime que l'organe législatif n'intervient pour contrôler les troupes qu'avec l'aval du Gouvernement, cette doctrine de « collaboration » étant la seule compatible avec les principes du régime parlementaire.³⁶ De ce fait, malgré l'art. 3 al. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le

³⁵BARTHELEMY (J.) et DUEZ (P.), *Traité de droit constitutionnel*, 1933, rééd., Economica, 1985, 955 p.

³⁶ En ce sens également, DESMONS (E.), « Le sceptre et le sabre : Joseph-Barthélemy et la séparation du pouvoir civil et militaire en temps de guerre », *in Revue Mil neuf cent*, 2005, n°23, pp. 75-91.

Président de la République n'est pas le véritable commandant en chef des armées. Mais l'apparition d'un généralissime lors de la première guerre mondiale, ne signifie pas pour autant l'incompétence des organes politiques : si le ministre de la guerre n'est plus qu'un gestionnaire, le Gouvernement conserve « le devoir et le pouvoir de contrôler » les opérations. Il justifie cette analyse par le fait qu'« à la tête du répertoire des lois fondamentales de l'Etat moderne se situe le principe de subordination de l'autorité militaire au pouvoir politique ».³⁷ Les explications de ces auteurs reposent essentiellement sur l'attachement au caractère démocratique du régime.

Duguit va beaucoup plus loin dans l'affirmation de la subordination au pouvoir civil assimilant au pouvoir politique tous les pouvoirs publics. Dès 1907, à propos de la loi du 25 février 1875, il confond Président de la République et Gouvernement lorsqu'il considère que la disposition constitutionnelle, qui prévoit que le Chef de l'Etat dispose de la force armée, implique que le Gouvernement « non seulement peut mettre l'armée en mouvement, mais encore peut diriger son action. » ; ce n'est donc pour lui qu'une « fiction »³⁸. Il explique qu'une subordination complète est due au Gouvernement : « La force armée doit être un instrument passif dans les mains du Gouvernement [...] disposer de la force armée c'est pouvoir s'en servir comme d'une force matérielle inconsciente. Cela exclut la possibilité pour les commandants de force armée de refuser, sous prétexte quelconque, d'obtempérer aux ordres du Gouvernement. ». Il décrit cette autorité plus précisément encore : « Le Gouvernement, personnifié par le Président de la République, non seulement peut mettre l'armée en mouvement, mais encore peut diriger son action. Il peut donner aux généraux des ordres directs, par exemple pour l'emplacement des troupes, pour les

³⁷ BARTHELEMY (J.) et DUEZ (P.), op. cit., p. 842-844.

³⁸ *Manuel* 1907, pp. 992-994 ; c'est une position qui restera invariable : *Traité*², T IV, p. 597.

manœuvres à opérer, soit pour assurer l'ordre à l'intérieur en temps de paix, soit pour défendre le territoire en temps de guerre. »³⁹. Il va au-delà de cette conception classique, en considérant la réquisition et la disposition de la force armée comme l'expression de la subordination de l'autorité militaire à l'autorité civile ; il pousse cette vision à l'extrême à propos de la loi du 5 juillet 1879 qui attribue le droit aux présidents des chambres de requérir la force armée : l'obéissance passive serait telle que les militaires devraient se lancer dans une guerre civile si le Chef de l'Etat leur ordonnait de soumettre les chambres et si celles-ci les requéraient pour se défendre. A ce stade, la distinction entre disposition et réquisition, selon laquelle la réquisition est moins contraignante paraît inopérante.⁴⁰

La rupture semble donc complète entre fondateurs et classiques du droit public : si pour les premiers l'activité militaire était une activité à part, relevant de compétences étatiques spécifiques, la doctrine en général, et Duguit en particulier, expliquent quelques années plus tard que l'activité militaire n'est qu'une activité parmi d'autres, au point de vue des compétences constitutionnelles ; pourtant, une lecture plus poussée de cette approche de l'activité militaire montre les limites d'une telle banalisation juridique de l'armée.

Là encore, l'approche de Duguit est significative de cette limite. A première vue, sa position est logique au regard de sa vision de l'Etat considéré comme une fédération de services publics ; en revanche, l'application de la théorie affaiblit cette approche de la chose militaire. La construction d'un nouveau soubassement à l'Etat va conduire Duguit à effacer toute spécificité militaire en soumettant l'armée au régime commun des activités étatiques. Dans sa réflexion sur la limitation de l'Etat, il cherche à proposer un fondement de l'Etat différent de ceux qui

³⁹ *Traité*², T IV ; pp 595-596

⁴⁰ DUGUIT (L.), *Traité*, T II, p. 438.

ont été avancés ; pour lui, « l'Etat n'est pas, comme on a voulu le faire croire et a cru quelque temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants. »⁴¹. Ce service public : « c'est toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce que cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être assurée complètement que par l'intervention de la force gouvernante. »⁴² Or, cette refondation de l'Etat implique qu'il refuse toute définition d'un droit spécifique à celui-ci qui reposerait sur la notion de prérogative de puissance publique ; aussi rejette-t-il la distinction classique des actes de l'administration fondée sur la dichotomie actes d'autorité – actes de gestion pour faire du service public le critère de dérogation au droit spécial, au moins⁴³ en matière de fonction publique.⁴⁴ Aussi le service de défense ne se distingue des autres que par son ancienneté : « depuis l'origine même de l'Etat, le service de la guerre a été constitué en service public. »⁴⁵

De cette assimilation, Duguit va tirer deux conséquences : les militaires sont des fonctionnaires et, effet ultime, la spécificité militaire disparaît en apparence. En effet, pour lui « Tous les militaires, même les simples soldats, sont des fonctionnaires. [...] On a dit : le service militaire est un impôt, et non une fonction. Tout ce qu'on peut dire, c'est que c'est une fonction imposée ; mais néanmoins c'est une fonction. » Il justifie cette affirmation sur deux arguments que Jèze précise et éclaire. Pour Duguit, cette assertion découle du sens qu'il donne au terme fonctionnaire : dès 1907, il refuse le droit de se syndiquer et de faire

⁴¹ *Traité*², T II, p 54.

⁴² *Traité*, T I, pp. 99-100.

⁴³ Le lien entre service public et droit spécifique dans la théorie de DUGUIT n'est cependant pas une évidence, sur ce point cf. PISIER-KOUCHNER (E.), *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972, 316 p., pp. 261-270.

⁴⁴ *Traité*², T III, p. 16.

⁴⁵ *Traité*², T II, p 58.

grève aux fonctionnaires qu'il distingue des simples employés de l'administration ; la notion de fonctionnaire résulte de l' « association » permanente à un service public compris comme une activité « considérée comme obligatoire à un moment donné pour l'Etat » exercée par des agents « hiérarchisés ou disciplinés institués pour accomplir cette mission » dont fait partie la « sécurité extérieure ». ⁴⁶ Cette distinction, à l'opposé de la doctrine dominante de l'époque, ⁴⁷ trouve toute sa portée à propos des affaires militaires : selon la vision dominante, les soldats agents d'exécution ne seraient pas des fonctionnaires, et donc auraient le droit de se syndiquer de faire grève, alors que, selon la définition de Duguit, ceux-ci seraient assimilés à des fonctionnaires et, par conséquent, ne pourraient pas mettre légalement en cause la continuité du service public. ⁴⁸ Jèze, à sa suite, écrit que les soldats sont des agents publics, ce qui pour lui équivaut à fonctionnaires ; mais, plus précis que le maître, il explique que les appelés sont aussi compris dans cette perspective : « En effet, ce sont des individus employés normalement à un service public, figurant normalement dans les cadres constitutifs des armées. Objectera-t-on que les soldats ne collaborent pas à un service public ; qu'ils sont appelés sous les drapeaux non pour faire fonctionner un service public, mais pour s'instruire ? L'armée, a-t-on dit, n'est qu'une école en vue de la guerre. [Il cite les auteurs allemands mais il faudrait y ajouter Berthélemy] En développant cette idée, il faudrait dire que les soldats ne peuvent pas plus être considérés comme des fonctionnaires publics que les élèves des lycées nationaux, ou les élèves des écoles nationales : Ecole militaire de Saint-Cyr, Ecole polytechnique [...] le raisonnement, qui précède méconnaît le rôle de l'armée. Ce n'est pas seulement une école » ⁴⁹, précise-t-il en évoquant le rôle de sécurité intérieure et extérieure.

⁴⁶ DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 416-417.

⁴⁷ Qui définit comme fonctionnaires les seuls agents capables d'effectuer des actes d'autorité.

⁴⁸ DUGUIT (L.), *ibid.*, p. 423.

⁴⁹ JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, 6 volumes, Giard, 3^{ème} éd., 1925-1936, t. II, pp 239-242.

Aussi, si toutes les fonctions de l'Etat sont soumises à un même régime, il est logique qu'en dernière analyse, Duguit estime que le militaire n'a pas de spécificité juridique ni au niveau constitutionnel ni au niveau administratif : c'est donc logiquement qu'il écrit à propos du « commandement même des troupes » que « cela n'est pas à proprement parler une fonction juridique, mais simplement une opération d'ordre matériel que l'on peut faire rentrer, comme je l'ai expliqué au paragraphe 23, dans le cadre général de la fonction administrative. Si l'on y voit la fonction consistant à mettre en mouvement, d'une manière obligatoire pour elle, une autorité militaire déterminée, l'acte qui sera fait réunira tous les caractères de l'acte administratif et sera un acte administratif juridique. »⁵⁰. Ce refus de reconnaître une spécificité juridique militaire a été poussé à son terme dans une thèse dirigée par Duguit et qu'il citera comme approfondissement de sa pensée⁵¹. Dans celle-ci, l'auteur explique que la perception classique de la spécificité de l'activité militaire repose sur la théorie de la séparation des pouvoirs mais qu'il s'agit d'une mauvaise interprétation : comme les différents organes participent aux fonctions législatives administratives et judiciaires, l'armée apporte son concours pour ces trois fonctions en cas de résistance à un acte : la force armée dans ses agissements n'a rien de juridique, ce n'est que du fait, « sa mise en mouvement n'est pas l'application d'une fonction quelconque de l'Etat à l'exclusion des autres. »⁵².

Pourtant Duguit ne va pas jusqu'à une assimilation complète : d'une part, il attribue une valeur particulière au devoir d'obéissance du militaire ; d'autre part, l'assimilation de la fonction militaire au reste de la fonction publique ne s'accommode pas avec les thèses corporatistes

⁵⁰ *Traité*², TII, p. 399.

⁵¹ *Traité*², T IV, p. 605.

⁵² ROCHOUX (M.), *op. cit.*, pp 102-108.

inhérente à son Ecole. Lorsqu'il applique sa théorie de l'Etat à l'obéissance du fonctionnaire, cela le conduit à une première contradiction avec la conception jusque-là avancée de la chose militaire. En effet, si la première définition positive d'un droit de désobéissance du fonctionnaire n'est posée qu'en 1944⁵³, la doctrine classique avait déjà essayé d'assouplir l'obligation d'obéissance absolue qui pèse sur les agents en vertu du principe hiérarchique qui caractérise l'administration moderne⁵⁴. A cet égard, Duguit se montre le plus extrême : il affirme le contrôle systématique de la légalité des ordres reçus par le subordonné et le devoir de désobéissance à l'ordre illégal ; les gouvernants n'ayant comme légitimité que l'exécution du droit objectif, le fonctionnaire ne leur doit l'obéissance que dans l'hypothèse où ceux-ci et *a fortiori* leur subordonnés ne proposent que des actes conformes à ce droit.⁵⁵ Or, en contrepoint de cette construction, Duguit n'hésite pas à écrire que, pour les militaires, cette autolimitation ne s'applique pas : « C'est le principe qu'avait très nettement formulé l'article 12 du titre IV de la Constitution de 1791 : « La force publique est essentiellement obéissante ; nul corps armé ne peut délibérer. » Mais, dit-on, poussée à l'extrême, cette solution est inadmissible, car elle conduit à l'approbation des généraux qui participent à un coup d'Etat. [...] C'est au législateur constituant d'organiser les pouvoirs de telle façon que le chef d'Etat ne puisse pas employer l'armée dont il dispose à renverser la Constitution. [...] l'inconvénient serait bien plus grave si les commandants militaires pouvaient toujours apprécier la légalité des ordres que leur donne le Gouvernement ; celui-ci pourrait alors se trouver réduit à l'impuissance »⁵⁶. Duguit explique cette différence par l'enjeu : la survie de la collectivité, justifie une application différente de la règle de la désobéissance ; cependant, si la finalité militaire est différente de la

⁵³ CE, 10 novembre 1944, *Dalloz*, 1945, p. 88.

⁵⁴ CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, PUF, 2^{ème} éd., 1994, p. 323.

⁵⁵ Pour une analyse plus développée de la question par DUGUIT ainsi que par les autres maîtres de l'époque cf. DESMONS (E.), *Droit et devoir de résistance en droit interne*, LGDJ, 1999, 239 p., pp. 100-104.

⁵⁶ *Traité*², T IV, p. 597.

finalité civile,⁵⁷ alors c'est que l'armée n'est pas un service public comme les autres, et donc le droit applicable ne doit plus nécessairement être le même. Cette aporie est inévitable dans le système duguiste⁵⁸ puisque au-delà d'une activité au service du public, la force armée est aussi le fondement de la différenciation entre gouvernants et gouvernés : l'Armée est à la fois dans le système et hors de celui-ci⁵⁹.

Corrélativement, et toujours en matière du droit applicable au personnel, Duguit de façon plus implicite, échoue dans sa volonté d'assimiler Armée et fonction publique. Il assimile la discipline à une répression pénale. Toutes deux sanctionneraient la violation d'une norme générale : « La décision disciplinaire est restée une décision administrative ; elle est une décision pénale qui n'a pas été juridictionnalisée. », car alors l' « autorité répressive est en effet liée logiquement par le droit, sa décision devant être la conclusion d'un syllogisme dont la règle de droit était la majeure et la constatation du fait la mineure. ». Néanmoins, il pense qu'à terme la répression disciplinaire disparaîtra au profit de la répression pénale. Il se rallie en quelque sorte aux thèses de Bonnard selon lesquelles, la répression disciplinaire serait le droit pénal des corporations distinctes de l'Etat : les fondements et l'étendue seraient différents.⁶⁰ Pour celui-ci, sanction pénale et sanction disciplinaire ne se confondent pas, la nature des fautes n'est pas la même : « tout groupement possède une règle de droit particulière qui découle de sa raison d'être. On trouvera donc dans chaque groupement, un système de fautes à sanction afflictive, c'est-à-dire d'atteinte à ceux des états forts et définis de la conscience collective qui portent sur des règles essentielles que doivent observer des individus du

⁵⁷ DESMONS (E.), *ibid.*, p. 102.

⁵⁸ MESCHERIAKOFF (A.-S.), *Droit de services publics*, PUF, 2^{ème} éd., 1997, 413 p., p. 46.

⁵⁹ CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 120.

⁶⁰ *Manuel*, 1907 pp. 448-453.

groupement. »⁶¹. Or, au sein de la société étatique, il existe des groupes secondaires qui engendrent un système disciplinaire visant à neutraliser les nuisances propres au groupe secondaire.⁶² Dans l'esprit du maître, qui partage tout à fait cette analyse,⁶³ ces groupements secondaires correspondent à la structuration corporative de la société : « le syndicalisme fonctionnariste⁶⁴ n'est qu'une des manifestations du grand mouvement syndicaliste qui restera la marque caractéristique de l'évolution du XXème siècle [...], mouvement qui entraîne les différentes classes sociales vers l'acquisition d'une forme juridique définie, l'établissement dans la société moderne de groupes forts et cohérents, à structure juridique précisée, et composée d'hommes déjà unis par la communauté de besogne sociale et d'intérêts professionnels. »⁶⁵. Du point de vue des services publics, ce double mouvement d'affirmation d'un droit disciplinaire propre et d'autogestion, doit conduire à l'appropriation de la direction des services par les fonctionnaires.⁶⁶ L'existence d'un statut particulier caractérisé par un droit disciplinaire propre avec des juridictions spéciales⁶⁷, devrait commander de reconnaître une certaine autonomie traduite par un droit propre à l'institution militaire ; pourtant, Duguit encore une fois ne va pas jusqu'au bout de sa logique puisqu'il explique que cette tendance n'est pas applicable à l'armée par une tautologie –la discipline militaire est spécifique parce que la discipline est nécessaire à l'armée-⁶⁸, et de ce fait, il dénie toute cohérence au régime disciplinaire des militaires pour

⁶¹ BONNARD (R.), De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics, Cadoret, 1903, 164 p., p. 22.

⁶² Les expressions de « règle de droit particulière qui découle de » la raison d'être du groupe ainsi que la reconnaissance de groupes secondaires font irrémédiablement penser à la théorie de l'institution d'HAURIUO : cf. Hauriou (M.), *Aux sources du droit*, 1933, rééd., Bibliothèque de philosophie juridique et politique, 1986, 191 p.

⁶³ *Les transformations*, p. 118.

⁶⁴ Qui ne se confond pas avec le mouvement syndical classique.

⁶⁵ *Traité*, T I, p. 434.

⁶⁶ DUGUIT (L.), *Les transformations*, *op. cit.*, pp 111-117.

⁶⁷ Cf. deux auteurs aussi opposés que JEZE (G.), *op. cit.*, T III, p. 109 et BERTHELEMY (H.), *Traité élémentaire de Droit administratif*, Rousseau, 13^{ème} éd., 1933, p. 430.

⁶⁸ DUGUIT (L.), *op. cit.*, p. 111.

ne retenir qu'un ensemble de particularités.⁶⁹

Il semble donc que Duguit ne soit pas tout à fait convaincant lorsqu'il s'efforce d'identifier l'armée au reste de l'administration : alors même que tout au long de son œuvre, il reconnaît systématiquement la particularité des normes juridiques militaires, il refuse de leur donner une certaine cohérence, les réduisant systématiquement à des particularismes isolés. Pourtant cette spécificité est logique, étant donné le rôle fondateur de la force dans sa théorie de l'Etat. Il est vrai que l'échec de la théorie de Duguit est une idée récurrente⁷⁰ : sa vérification, pour ce qui est du statut de l'armée, peut n'être perçue que comme une manifestation supplémentaire. Cette première opinion doit être dépassée, Duguit n'ayant fait que pousser à leur paroxysme les difficultés inhérentes à la doctrine dans sa perception du phénomène militaire : d'une part, l'assimilation, au plan constitutionnel, de la fonction militaire aux autres tâches de l'exécutif est une idée nouvelle à son époque, mais commune si l'on excepte Hauriou,⁷¹ qui semble découler du projet de soumission de l'Etat au droit, que les grands maîtres partagent⁷² ; d'autre part, la dispersion des règles militaires, dérogoires au droit administratif, dans les différents chapitres traitant des moyens de l'administration, semble toujours être la méthode la plus usitée de la doctrine.⁷³

II. Une séparation recherchée dans un cadre comparé

⁶⁹ Cf. *Traité*, pp 498 ; 499 ; 508 ; 509 ; 511.

⁷⁰ En ce sens HAURIOU (M.), « Les idées de Léon Duguit », 1911, p. ; EISENMANN (C.), *op. cit.* ; PISIER-KOUCHNER (E.), *op. cit.*

⁷¹ Idée que le constituant de 1958 niera, en ce sens : GOHIN (O.), « Les fondements juridiques de la défense nationale », *DD*, 1993, n°1, pp 4-13 et VIEL (M.-T.), « La répartition des compétences en matière militaire entre le Parlement, le Président de la République et le Premier Ministre », *RDP*, 1993, pp 141-

⁷² CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, p. 22.

⁷³ Cf. en ce sens deux ouvrages pourtant très différents dans leur approche du droit administratif : BRAIBANT (G.), STIRN (B.), *Le droit administratif français*, PFNSP, 7^{ème} éd. Mise à jour, 1999, 652 p. ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome II, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2000, 787 p.

C'est à Hauriou qu'il revient de prendre l'entière dimension du problème dans son *Précis de droit constitutionnel* et ses *Principes de droit public*. L'Etat - donc le droit public - n'existe selon cet auteur que si après une phase de centralisation politique et économique, afin d'assurer un régime civil, intervient une phase de séparations. Celles-ci sont au nombre de quatre : la séparation de l'individu et de l'Etat, du pouvoir économique et civil du pouvoir religieux⁷⁴ et du pouvoir civil et la séparation du pouvoir civil et du pouvoir militaire doit il traite en premier lieu. Cette théorie de la séparation doit être prise pour ce qu'elle est : une théorie de l'équilibre. Comparant l'Etat à une cathédrale, Hauriou explique que l'Etat est la conséquence d'une série d'équilibres dynamiques. De ces séparations qui précèdent celle du régime constitutionnel (séparations des pouvoirs au sens classique) et du régime administratif, il faut tout de suite remarquer qu'elles n'ont rien d'absolu puisqu'elles sont conçues comme finalisées. En effet elles sont chargées d'assurer un équilibre entre des forces qui seraient fatales si elles étaient isolées. Hauriou a recours ici à l'image des contrepoids⁷⁵ qui caractérise la pensée constitutionnelle libérale. Ainsi la « séparation du pouvoir civil et militaire » devient elle « équilibre entre pouvoir civil et militaire »⁷⁶ matériellement présenté comme « l'entretien d'une armée séparée de la vie civile et subordonnée au pouvoir civil ». Le concept d'équilibre/séparation est donc présenté comme ayant une double finalité ; comme un compromis permettant d'assurer à la fois la protection de l'Etat et la garantie de la liberté. C'est cette double perspective qui sera au centre de cette recherche.

En premier lieu, et contrairement à l'idée que l'on pourrait se faire, il s'agit d'un principe non développé ailleurs. Le travail d'Hauriou

⁷⁴ Sur ce point cf. : RAMBAUD (Th.), *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé*, LGDJ, 2004, 480 p.

⁷⁵ HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Sirey, 2^{ème} éd. 1916, 828 p., p. 437-440.

⁷⁶ HAURIOU (M.), *ibid.*, p. 440.

se veut lui-même un simple programme d'investigation.⁷⁷ Les questions qu'il envisage sont bien celles qui sont au cœur de notre recherche : chronologiquement il traite d'abord la spécialisation nécessaire de la force militaire ; puis il évoque la suprématie économiquement nécessaire de l'organisation civile du pouvoir qui passe par le cantonnement territorial mais aussi par un « cantonnement juridique », c'est-à-dire par une restriction des moyens juridiques militaires. Si ces éléments sont bien fondamentaux, c'est leur caractère systémique, leur rattachement à un même principe que l'on voudrait démontrer. Ce choix s'impose d'autant plus que le principe de séparation a connu peu de succès depuis les travaux du doyen de Toulouse. Les éléments qu'il évoque n'ont pas fait l'objet d'une approche systémique mais sont traités au sein de différentes rubriques par voie d'exception (régime électoral, état de siège, pouvoirs de guerre). Ce silence doctrinal impose une conséquence méthodologique.

Puisqu'il s'agit de démontrer l'existence d'un principe dont nous croyons avec le doyen de Toulouse qu'il est consubstantiel à l'Etat libéral, il faut donc que les traits caractéristiques de ce principe puissent être isolés dans la structure de tout Etat qui serait ainsi qualifié. Le recours à la méthode comparative paraît des plus adaptées. La littérature épistémologique devrait conduire ne pas se lancer dans cette recherche du fait de l'indépassable fossé culturel.⁷⁸ Même si certains auteurs ont pu proposer de dépasser cette frontière,⁷⁹ l'avertissement ne sera pas ignoré. L'objet relativement restreint de ce travail en tant qu'objet juridique permet en effet de prendre en compte le contexte culturel indissociable d'un sujet ancré dans la littérature qui fonde le constitutionalisme moderne. Par ailleurs, la définition de l'objet, qui peut être source de tant

⁷⁷ En ce sens BEAUD (O.), « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2003, n°37, pp. 149-171.

⁷⁸ LEGRAND (P.), *Le droit comparé*, PUF, 2^{ème} éd., 2006, 127 p.

⁷⁹ SEFTON-GREEN (R.), « Compare and contrast monstre à deux têtes », *R.I.D.C.*, 2002, pp. 85-95.

de malentendus dans les recherches comparatives, ne pose pas de difficulté particulière puisqu'il ne s'agit pas d'identifier une institution juridique et d'essayer de l'identifier dans un autre système. Ici, le principe énoncé est équidistant des systèmes étudiés.

En second lieu, s'agissant d'un principe qui est censé être au cœur des régimes démocratiques libéraux, il va presque de soi qu'une restriction à l'aire occidentale s'impose. Encore faut-il que ce principe de séparation ne soit pas vérifié dans des régimes non qualifiés comme tels. Comme il s'agit d'un principe de séparation propre à l'Etat moderne, les trois grandes traditions étatiques s'imposent : les Etats-Unis pour l'Etat fédéral, la France pour l'Etat Unitaire, enfin il ne saurait être question de laisser de côté le Royaume Uni. Elle s'impose d'autant plus que, si ces trois Etats participent de deux grandes familles juridiques distinctes, cette distinction est moindre en ce qui concerne le domaine d'étude. P. Legrand a beaucoup fait pour décrire l'impossible déplacement qu'il existe entre droit français et droit anglais.⁸⁰ Mais au sein même de la famille de *common law*, le droit des Etats-Unis a lui-même marqué une forte originalité au regard du droit anglais.⁸¹ Toutefois, s'agissant du droit public et plus particulièrement du droit constitutionnel, ces trois régimes ne se sont pas ignorés. Ainsi, il est possible de démontrer que l'idée d'une nécessaire séparation entre pouvoir civil et pouvoir militaire émerge-t-elle d'abord dans la tradition historique anglaise suite aux révolutions du XVII siècle et que cette expérience influencera de façon marquante les *Founding fathers* ainsi que les Révolutionnaires américains.

En dernier lieu, cette même proximité constitue le premier déterminant méthodologique. « La méthode doit remplir pour le

⁸⁰ Par exemple LEGRAND (P.) (dir.), *Comparer les droits résolument*, PUF, 630 p., p. 212.

⁸¹ LEGEAIS (R.), *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Litec, 2^{ème} éd., 2008, 494 p., p. 113.

comparatiste la fonction que la boussole, les cartes et les appareils de navigation assurent pour le navigateur, c'est-à-dire celle d'un instrument lui offrant des points de repère stables et lui facilitant les manœuvres pour l'amener par le chemin le plus sûr au but poursuivi. »⁸² En effet, le principe de séparation du pouvoir civil et militaire trouve son origine dans une culture commune née des représentations et des pratiques qui se sont influencées.⁸³ La démonstration de ce substrat commun détermine la méthodologie comparative choisie : il s'agit d'identifier comment chaque système juridique choisi répond à la finalité culturelle identifiée.⁸⁴ En ce sens la double nature des textes constitutionnels,⁸⁵ à la fois norme juridique et programme politique⁸⁶ seront au cœur de l'étude. Pour autant, il ne s'agit pas d'affirmer que de ce point de vue, les trois droits se confondent, bien au contraire. Par cette, voie les éléments propres à chaque système reprendront leur place. Il en est ainsi des éléments formels particulièrement significatifs de chaque Etat. Par exemple, c'est indiscutablement la Cour suprême américaine qui dessinera à partir de la guerre de sécession les principaux éléments de cette séparation. Mais c'est également sur les règles matérielles d'application du principe de séparation que chaque système affirmera ses particularités. Ainsi, les droits sociaux des militaires anglais ne seront pas déterminés par des formulations générales tenant compte de droits fondamentaux supérieurs, mais par la voie d'une appréhension très concrète de ceux-ci.

Dans cette perspective, une première problématique s'impose : s'il est possible d'identifier un principe de séparation du pouvoir civil et

⁸² CONSTANTINESCO (L.-J.) *Traité de droit comparé*, LGDJ, 3 tomes, 1983, t II, p. 11.

⁸³ BELL (J.), « *De la culture* », in LEGRAND (P.) (dir.), *op. cit.*, p. 250.

⁸⁴ ZWEIGERT (K.), « Méthodologie du droit comparé », in *Mélanges Maury*, Dalloz, 1961, 2 t., T. I, p. 579 et « Des solutions identiques par des voies différentes », *R.I.D.C.*, 1966, pp. 5-18.

⁸⁵ Y compris pour le Royaume-Uni : le *Bill of Rights* n'ignore pas la question (cf. Partie I, chapitre I).

⁸⁶ FRANKENBERG (G.), "Comparing constitutions : Ideas, Ideals and Ideology", *American Journal of comparative Law*, 2006, pp. 439-459.

militaire, au sein de traditions constitutionnelles qui sont perçues comme essentiellement hétérogènes,⁸⁷ le principe identifié pourra donc être désigné comme un élément d'une définition juridique de l'Etat libéral. Corrélativement, pour éviter tout excès, il faudra nécessairement insister sur l'influence des spécificités étatiques sur le principe de séparation. Ceci permettra de vérifier leur caractère normatif : ainsi l'enquête doit nécessairement prendre en compte l'influence des formes de gouvernement et d'organisation politique des trois Etats sur le principe.

III. Une définition juridique du principe

Lorsque la séparation du pouvoir civil et du pouvoir militaire est traitée c'est souvent uniquement sous un éclairage sociologique. Les recherches menées se fondent sur le postulat suivant : *la démocratie libérale exige que les militaires soient écartés du pouvoir suprême.*⁸⁸ Cette interprétation repose en réalité essentiellement sur la méfiance libérale envers les coups d'Etat militaires⁸⁹ qui a presque été systématisée en science politique. Cette tendance, dont Huntington a été un des auteurs dominants aux Etats-Unis, y est notamment illustrée par les travaux menés par le *Center of comparative studies for democracy* de l'Université de Stamford dont une partie des travaux conduisent à la conclusion que les relations civilo-militaires sont un des éléments essentiels de la « transition démocratique » dans le tiers-monde ». A côté de l'expérience française, que l'épisode de 1958 va marquer, c'est la pratique sud-américaine qui va constituer un référent en la matière. En effet, à travers le prisme constitutionnaliste, les régimes latino-

⁸⁷ Cf. par exemple sur la notion d'Etat, BELL (J.), "English law and French law : not so different?", *Current Legal, Problems*, 1995, vol 68, pp 63-101.

⁸⁸ L'exemple topique étant la thèse du professeur Chantebout : *L'organisation générale de la défense nationale*, LGDJ, 1967, 567 p. notamment son Chapitre III Pouvoir civil et pouvoir militaire pp. 57-91.

⁸⁹ Qui n'est pas sans rappeler l'hostilité classique de la doctrine française à l'égard du referendum. Cf. par exemple DENQUIN (J.-M.), « Le déclin du referendum sous la Ve République », *RDP*, 1998, pp. 1585-1610, p. 1585.

américains sont caractérisés par leur instabilité constitutionnelle⁹⁰ ; instabilité constitutionnelle qui est présentée comme la conséquence des coups d'Etat à répétition. Il est dès lors nécessaire de préciser la situation pour démontrer la confusion qu'a pu provoquer l'expérience du sous-continent. D'une part les coups d'Etat qui caractérisent les régimes politiques du XIXème siècle correspondent à l'aboutissement de guerres privées menées par des généraux qui sont avant tout des latifundistes avant d'être des militaires de carrière et donc représentent plutôt un phénomène de confusion des pouvoirs.⁹¹ En second lieu, il faut ajouter que ces coups d'Etat concernent essentiellement l'Amérique centrale et les pays andins ; alors que d'autres comme le Brésil, l'Argentine et le Chili ont connu depuis leur indépendance de longues périodes d'instabilité.⁹² Plus difficiles à traiter sont les cas des coups d'Etat et des régimes militaires de la seconde moitié du vingtième siècle qui justement ont été réalisés dans les Etats où la tradition libérale était la plus implantée.⁹³ D'autant plus que nous sommes là dans une logique classique : suite à des troubles sociaux, un état de crise s'installe qui nécessite l'intervention des militaires, ensuite l'état d'exception s'institutionnalise, puisqu'ils s'emparent du pouvoir dans la plus pure logique schmittienne.

C'est à partir de ce paradoxe que l'on peut toutefois établir une première critique de l'analyse jusqu'ici faite du principe de séparation des pouvoirs civils et militaires. Cette approche repose d'abord sur une certaine confusion des pouvoirs : l'exercice du pouvoir constituant y est quasiment automatiquement confondu avec l'exercice des pouvoirs constitués. Cette confusion a son importance. Ainsi, les coups d'Etat

⁹⁰BLANQUER (J.-M.), « Consolidation démocratique ? Pour une approche constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2001, n°98, pp. 37-47 ;

⁹¹ En ce sens –à propos des guerres féodales- outre HAURIUO (M.), *op. cit.*, p. 441. et CHEVRIER (G.), « Les rapports du pouvoir civil et du pouvoir militaire dans la Rome antique », in TROTABAS (P.) (dir.), *La Défense nationale*, PUF, 1958, 623 p., p. 46.

⁹² Cf. par exemple CHANTEBOUT (B.), *Droit constitutionnel et science politique*, Armand Colin, 21^{ème} édition, 2004, 592 p., pp. 132-133.

⁹³ ROUQUIE (A.), *L'Etat militaire en Amérique latine*, Seuil, 1982, 475 p.

militaires ne conduisent pas absolument à un gouvernement militaire : les journées algériennes de mai 1958 et la « révolution des œillets » au Portugal montrent le contraire. Plus centrale dès lors est la question du « gouvernement militaire », qui serait par essence anti-démocratique. Cette notion qui sera véritablement au cœur de notre problème implique encore des précisions. Dans son acception commune, il s'agit du gouvernement des militaires ; or encore une fois l'analyse purement sociologique échoue à rendre compte de l'ensemble du phénomène. La première difficulté est celle de définir ce qu'est un militaire notamment lorsqu'il participe au pouvoir : si l'on s'en tient à la catégorie des militaires professionnels de nombreuses objections sont possibles. Les militaires qui ont exercé le pouvoir, De Gaulle, Washington, ou le duc de Wellington ne sont pas les plus liberticides des gouvernants ; la succession des anciens chefs de guerre israéliens aux postes de responsabilité ne permet pas d'en tirer une détermination quelconque quant au régime qu'ils gouvernent. De même si l'on s'en tient à la participation des militaires à la vie politique en général, au-delà d'un certain ancrage à droite, il n'est pas possible d'en tirer des conséquences définitives.⁹⁴ Au contraire les régimes totalitaires les plus extrêmes étaient conduits par des civils et n'ont pas été le fruit de coups d'Etat militaires. Cette conception conduit alors à appréhender la question sous un angle restreint : ne concernent plus le principe du point de vue juridique que les limites posées à la participation des militaires à la vie politique et celle des moyens assurant la suprématie des autorités civiles par rapport aux autorités militaires. L'analyse ainsi menée repose sur un déterminisme peut-être excessif (*tout militaire qui gouverne en autoritaire*) qui a conduit à une compréhension fautive du système, voire peut-être à des conséquences opposées de celles qui étaient recherchées.

Si l'on veut comprendre le principe posé par Montesquieu et

⁹⁴ Cf. par exemple DOGAN (M.), « Les militaires en politique », *Pouvoirs*, 1986, n°38, pp. 113-125.

développé par Hauriou, il faut à leur instar aller chercher les fondements dans l'histoire et notamment celle de l'antiquité qui leur sert de référence. Dès la royauté étrusque Rome se dote d'une distinction entre les lieux liés à la paix et à la guerre.⁹⁵ Mais la séparation du militaire et du civil est réellement construite sous la République. La guerre est exclue de la Cité par le Pomérium. Cette séparation qui protège les institutions civiles de la force des armes a d'abord un fondement religieux. Il s'agit de préserver la pureté de la Ville. Par cette séparation Rome souhaitait éviter que la violence destructrice de la guerre ne pénètre dans la Cité.⁹⁶ Le dilemme initial est déjà posé : il s'agit de séparer l'indivisible : citoyens et militaires d'un côté, général et prince de l'autre côté. Ce sont les deux visages du Souverain.⁹⁷ Pour séparer le citoyen du soldat, celui-ci ne peut pénétrer en armes dans la Cité. Pour séparer le prince civil du général l'*imperium* va être distingué puis encadré : au-delà du *pomoerium* les lois n'avaient plus d'action, il n'y avait plus d'autre ordre juridique que celui émanant de l'*imperium* du consul. En conséquence, J. Gaudemet définit l'*imperium* comme « un pouvoir de commandement militaire, et donc de portée politique, avec certains aspects d'ordre religieux ». Le digeste prévoit que l'*imperium* attribue à son titulaire des compétences de *coercere* (*Dig.* 26, 1, 6, 2) ou d'emprisonner (*Dig.* 50, 1, 26, pr). Cette séparation pourrait néanmoins renvoyer à la distinction entre état de paix et état de guerre que d'aucun assimilent à l'absence de droit.⁹⁸ Le pouvoir militaire ne serait alors que purement matériel. Toutefois, l'*imperium militiae* ne se confond pas avec le *dominium* beaucoup plus complet : « maîtrise sur les biens privés (y compris les esclaves) qui permet d'en disposer juridiquement et

⁹⁵ HUBERT (M.), *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, 529 p., p. 224.

⁹⁶ *Furor impius* selon les mots de Virgile cité in KERNEIS (S.), « Guerre et droit à la Rome. De la discipline des camps au droit pénal militaire », *Droit et culture*, 2003, n°45, pp. 141 à 158, p. 142.

⁹⁷ CHEVRIER (G.), *op. cit.*, in TROTABAS (P.) (dir.), *La Défense nationale*, PUF, 1958, 623 p., p. 46.

⁹⁸ AGAMBEN, *Homo Sacer II, 1. État d'exception*, traduit par Joël Gayraud, Paris, Seuil, 2003, 213 p.

éventuellement de les détruire »⁹⁹. S'agissant des militaires, il est vrai que l'enrôlement, serment religieux, opère une rupture avec la condition de citoyen. Le militaire ne peut plus ni se marier ni exercer sa *patria potestas* sur ses enfants. Les droits du citoyen sont mis en sommeil pendant son service.¹⁰⁰ Mais si cette obligation religieuse fait obligation au soldat d'obéir aux ordres de son supérieur, il couvre aussi toutes les règles, y compris celles qui protègent celui-ci. La *provocatio ad populum*, qui permettait aux citoyens de contester les décisions des magistrats, est étendue progressivement aux militaires.¹⁰¹ Dès lors ce sont bien des pouvoirs qui s'opposent, *imperium militiae* et *imperium domi* institutionnalisés dans deux institutions organes l'Armée et la Cité.

Ce cadre conceptuel reste pertinent pour analyser le droit politique contemporain. La séparation des pouvoirs civil et militaire est consubstantielle à la mise en place de ce droit politique. Il cherche d'abord uniquement à préserver - ou tout du moins à accompagner- le changement de légitimité qu'ont impliqué les trois grandes révolutions anglaise, américaine et française. La séparation est d'abord instituée dans un contexte de mutation donc de fragilité des régimes. Elle répond au paradoxe institutionnel que représente l'Armée¹⁰². En effet, cette institution s'avère indispensable pour garantir les nouveaux régimes contre les ennemis extérieurs et intérieurs. Mais, elle constitue également la plus grande menace pour le nouveau régime. Les grandes révolutions, qui fondent le droit public contemporain, vont en effet non seulement procéder à une génération (Etats-Unis) ou à une régénération (Royaume-Uni, France) des institutions. Mais plus profondément, ces trois Etats se dotent d'une nouvelle légitimité. D'un point de vue juridique, cela se

⁹⁹ GAUDEMET (J.), « Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits*, 1995, n°22, pp. 3-17, p. 12.

¹⁰⁰ KERNEIS (S.), *op. cit.*, p. 149.

¹⁰¹ HUMBERT (M.), *op. cit.*, pp. 296-297.

¹⁰² Sauf exception précisée dans le texte, le terme Armée sera utilisé de façon indifférenciée avec celui de forces armées. En effet, les règles juridiques qui nous intéressent ne posent pas de distinction significative entre les différentes forces armées, marines, armée de l'air, armées de terre, dans les systèmes étudiés.

traduit par l'établissement d'un nouveau Souverain. Or les trois Etats se dotent de Souverains particulièrement fragiles politiquement du fait de leur caractère particulièrement hétérogène : nation française, peuples ou peuple américains, Parlement anglais englobant le Monarque.

Or ce nouveau souverain, parce qu'il est nouveau, est nécessairement fragile. Il peut à toute occasion être remis en cause par un pouvoir de fait. Or la concentration matérielle de force matérielle fait de l'armée nationale le pouvoir de fait le plus susceptible, ne serait-ce que parce qu'il préexiste sur le territoire national, de remettre en cause le titre de souveraineté nouvellement créé. Dès lors, l'Armée est à la fois, une garantie et un danger pour le nouveau Souverain. Dès lors, les révolutionnaires chercheront à éviter que l'Armée, pouvoir de fait, ne puisse se substituer au Souverain pouvoir de droit. Cette séparation se caractérise par la séparation entre le militaire et le citoyen. (Première partie)

Mais, logiquement, l'affermissement du nouveau titre de souveraineté rend plus faible les dangers que peuvent représenter les pouvoirs de fait. Et effectivement, l'adoption complète du suffrage universel, qui pose définitivement le caractère démocratique des trois Etats étudiés s'accompagne par la disparition des mécanismes de séparation entre le militaire et le citoyen. Toutefois, la séparation entre pouvoir et militaire prend alors un nouveau sens. La démocratisation de ces régimes correspond en effet à l'affermissement du caractère représentatif de ceux-ci. Dès lors, la séparation ne vise plus à empêcher les militaires d'être des citoyens. Désormais, les trois Etats vont chercher à éviter que les militaires ne cherchent à s'ériger en représentants concurrents des pouvoirs en charge de l'exercice de la Souveraineté. La séparation des pouvoirs civil et militaire devient alors une séparation entre le militaire et le représentant (Deuxième partie).

Première partie : La séparation entre le militaire et le citoyen

L'étude du droit positif contemporain ne laisse rien transparaître d'une séparation entre le militaire et le citoyen. Le métier des armes n'est plus incompatible avec le droit de vote. L'article L13 du Code électoral français affirme même le contraire : « Les militaires des armées de terre, de mer et de l'air sont électeurs dans les mêmes conditions que les autres citoyens ».

Cette disposition semble même énoncer une évidence après que le vingtième siècle ait vu comme jamais se répandre l'image du citoyen en armes. Mais si le Code électoral prend la peine d'énoncer une évidence, c'est qu'il n'en a pas toujours été ainsi. L'article 13 du Code électoral est en réalité l'aboutissement d'une forte évolution historique en rupture avec les principes révolutionnaires initiaux dans les trois Etats étudiés. En effet, le droit public des trois Etats s'est pendant longtemps caractérisé par l'incompatibilité établie entre le statut militaire et la possibilité de participer aux élections.

Cette séparation a été établie pour s'assurer que la souveraineté juridique que les Constitutions attribuaient au peuple ne soit pas annihilée par la souveraineté de fait que garantit la puissance militaire.

Si elle a été initialement constituée comme une règle de rang

constitutionnel (Titre I), elle sera par la suite abandonnée lorsque le caractère démocratique de ces régimes sera affirmée (Titre II)

Titre I : Une séparation constitutionnelle révolutionnaire

La doctrine positiviste contemporaine postule une séparation stricte entre fait et droit.¹⁰³ Pour le droit constitutionnel, un tel postulat entraîne deux conséquences. D'une part, les fonctions sociologiques et les fonctions juridiques de l'Etat doivent être étudiées séparément.¹⁰⁴ D'autre part, le pouvoir constituant originaire est écarté du droit positif. Comme l'explique Olivier Cayla, cette démarche implique d'écarter du champ d'études du droit constitutionnel les énoncés des Constitutions postulant l'existence de pouvoirs qui ne seraient pas institutionnalisés au sein du système constitutionnel.¹⁰⁵

Ces postulats sont devenus des directives d'interprétation pour la doctrine française. Ainsi, les énoncés constitutionnels indiquant que « la force publique est essentiellement obéissante ; nul corps armé ne peut

¹⁰³ Cf. l'exemple classique de la « norme fondamentale » in KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, 495 p., pp. 255 et s.

¹⁰⁴ CARRE de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920-1922, rééd. Dalloz, 2004, t. I, p. 260.

¹⁰⁵ CAYLA (O.), « L'obscurité de la théorie du pouvoir constituant originaire ou le mythe d'une identité souveraine inaltérable », in BECHYLLON de (D.), BRUNET (P.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et MILLARD (E.) (coord.), *L'Architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, 1028 p., p. 250.

délibérer »¹⁰⁶ ou que «le pouvoir militaire doit toujours être maintenu dans une exacte subordination à l'autorité civile et être dirigée par elle »¹⁰⁷ ou encore que « la levée et l'entretien d'une Armée dans le royaume, en temps de paix, sans le consentement du Parlement, est contraire à la loi »¹⁰⁸ ne peuvent être compris que dans deux sens. Ces phrases impliquent soit la subordination de l'autorité militaire au pouvoir civil, soit une certaine répartition des compétences entre l'exécutif et le législatif. Pourtant, lorsqu'ils sont formulés, ces énoncés ont une autre signification. Dans l'esprit des constituants révolutionnaires américains, anglais et français, ces dispositions visent à protéger la toute nouvelle souveraineté proclamée contre toute force politique concurrente.

Pour en comprendre le sens initial, il convient d'analyser en premier lieu l'expérience du pouvoir militaire que ces trois Etats ont connue (chapitre I), avant de démontrer que cette expérience a conduit à l'énonciation d'un principe constitutionnel de séparation des pouvoirs civil et militaire (chapitre II).

¹⁰⁶ Article 12 du Titre IV de la Constitution française du 3 septembre 1791.

¹⁰⁷ "The people have a right to keep and to bear arms for the common defence. And as, in time of peace, armies are dangerous to liberty, they ought not to be maintained without the consent of the legislature; and the military power shall always be held in an exact subordination to the civil authority, and be governed by it.", Section XVII de l'Article I Constitution du Massachusetts adoptée en 1780. La traduction a été réalisée à partir de la version contenue in DARESTE (F. R.), DARESTE (P.), DELPECH (J.) et LAVERRIERE (J.), *Les constitutions modernes*, Sirey, 4^{ème} éd., 1934, 6 vol., vol. VI., p. 118.

¹⁰⁸ "That the raising or keeping a standing army within the kingdom in time of peace, unless it be with consent of Parliament, is against law", *Bill of Rights* de 1789, I *William and Mary Session 2 ch 2*, version publiée in ALLEN (M.) et THOMPSON (B.), *Constitutional and Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 7^{ème} éd., 2002, 806 p., p. 64.

Chapitre I : Une participation inégale de l'institution militaire au processus révolutionnaire

L'étude comparée de l'histoire des trois Etats permet de distinguer deux types d'intervention dans un système constitutionnel. Soit l'Armée est intégrée au sein d'un système constitutionnel, et l'institution militaire devient alors « un pouvoir public » à côté ou à la place des autres organes d'un système constitutionnel donné (I). Soit l'Armée intervient comme force extérieure au système institutionnel en place (II).

Section I. L'Armée comme pouvoir public

Parmi les trois régimes étudiés, seul le Royaume-Uni a connu une situation dans laquelle l'Armée a joué un rôle au sein du système constitutionnel. Alors qu'une telle organisation a pu être vérifiée dans d'autres Etats occidentaux, la France et les Etats-Unis n'ont pas connu une telle intégration de leurs systèmes constitutionnels.

A. L'Armée anglaise au XVIIème siècle, une institution politique du régime britannique

Pendant les guerres civiles anglaises du dix-septième siècle, jusqu'à la *Glorious Revolution* de 1688, a existé une Armée professionnelle en Grande Bretagne. Formée pour défendre le Parlement, l'Armée est progressivement devenue une institution politique. Par une modification progressive de son organisation, l'institution militaire s'est transformée en un organe délibérant. De plus, on peut considérer que

l'Armée a été intégrée dans le système car ces interventions ont été acceptées par le Roi et les Chambres.

1. L'institution nouvelle d'une Armée anglaise professionnelle

L'Armée anglaise connaît pendant la première guerre civile (1642-1649) un important bouleversement. Auparavant, les forces terrestres obéissaient aux caractéristiques des armées de la Renaissance : il s'agissait de milices, levées occasionnellement. Dès que la guerre civile commence, O. Cromwell transforme les forces armées en une institution moderne. Il procède selon deux techniques.

D'une part, il favorise la nomination de cadres issus des rangs. Il met donc fin pour cette période à l'osmose qui existait classiquement entre noblesse et charges militaires. D'autre part, il renforce cette autonomie en soustrayant les membres des forces armées aux tribunaux civils.¹⁰⁹ Mais ces réformes ont également une portée politique. Le processus politique débute à l'automne 1644. Les troupes favorables au Parlement ont alors subi plusieurs défaites contre les troupes fidèles au Roi.¹¹⁰ Pour redresser la situation, le Parlement vote la *Self Denying Ordinance*.¹¹¹ Ce texte entend rationaliser les rapports entre les chefs militaires et le Parlement. Le *Committee of Both Kingdoms*, organe parlementaire mais auquel participaient les principaux chefs militaires, est chargé de proposer un nouveau modèle d'armée. Le 9 janvier 1645, cet organe propose au Parlement une nouvelle organisation. La principale innovation réside dans l'unification des différentes forces parlementaires par l'instauration d'un chef unique.¹¹² Les Communes approuvent ce plan dans la *New Model Army Ordinance* le 27 janvier 1645. Après

¹⁰⁹ Sur l'ensemble cf., COTTRET (B.), *Cromwell*, Fayard, 1992, 542 p., p. 149.

¹¹⁰ KISHLANSKY (M.), « The Case of the Army truly Stated: The Creation of the New Model Army », *Past and Present*, 1978, vol. 81, pp. 51-74, p. 59.

¹¹¹ Celle-ci sera analysée ci-dessous : Deuxième Partie, Titre I, Chapitre I, Section II.

¹¹² KISHLANSKY (M.), *op. cit.*, p. 62.

quelques modifications superficielles à la suite d'amendements votés par les Lords, cette décision entre en application le 4 février 1645.

De cette date, jusqu'en juin 1646, la *New Model Army* n'a comme seule préoccupation que la victoire militaire sur les troupes monarchistes. Mais, la victoire militaire va provoquer une crise dans l'institution.

2. L'Armée britannique comme corps politique délibérant

En effet, la défaite du camp monarchiste provoque des dissensions au sein du camp parlementaire. Le Roi étant détenu, la Chambre des Lords se prononce rapidement en faveur d'une restauration du système antérieur aux tentatives d'absolutisme des Stuarts.¹¹³ De son côté, une majorité de la Chambre des communes souhaite des réformes plus intenses. Mais faute de consensus réel sur l'objectif à atteindre, la Chambre basse perd toute capacité d'action. Dès lors, d'autres institutions sont conduites à proposer une solution pour sortir de la crise. L'Armée est ainsi progressivement amenée à devenir un organe politique concurrent des Communes.

La participation de l'institution militaire aux controverses politiques est déclenchée par des problèmes matériels. La guerre étant terminée, les Parlementaires décident de diminuer les dépenses militaires. En outre, la Chambre des communes souhaite envoyer une partie des troupes mettre fin à la révolte irlandaise. Parallèlement, les unités qui ne seraient pas engagées devraient être dissoutes. Cela provoque un mouvement d'humeur parmi les soldats. Préalablement à toute décision ils demandent que leurs soient versées les soldes qui leurs sont encore dues. De plus, les militaires demandent à ce que leur

¹¹³ KISHLANSKY (M.), « The Army and the Levellers: The Roads to Putney », *The Historical Journal*, 1979, vol. 22, pp. 795-824.

immunité soit assurée pour les faits de guerre alors que les juridictions locales ont engagé des poursuites concernant les opérations militaires. Ces procédures sont en effet interprétées comme une revanche du parti monarchiste.¹¹⁴ Enfin, les engagés volontaires de la *New Model Army* veulent s'assurer qu'ils ne seront pas envoyés malgré leur volonté en Irlande.

L'ensemble de ces revendications est alors réuni et présenté sous forme de pétition au commandant en chef de l'Armée afin qu'il transmette ce document au Parlement. Mais, alors que le texte n'est pas formalisé, une copie de la pétition est transmise à la Chambre des Communes. Celle-ci rejette alors la pétition, menaçant ses promoteurs de poursuites pénales. Cette décision ayant provoqué des protestations, les commissaires du Parlement procèdent alors à l'arrestation de certains des militaires récalcitrants. Afin de protester contre ces décisions, les hommes du rang désignent des représentants, chargés de convenir ensemble d'un nouveau document qui doit être transmis aux chefs militaires. Ces délégués prennent le nom d' « *agitators* ». ¹¹⁵ Ils dégagent progressivement une série de demandes qui ne concernent plus uniquement les militaires, mais l'ensemble des « *citizens* ». ¹¹⁶ C'est le premier échelon de l'organisation politique de l'Armée qui est alors mis en place. Ces élections sont d'ailleurs considérées comme un acte politique dangereux puisque la majorité de la Chambre des communes accepte une partie des demandes des troupes, tout en décidant d'accélérer la réduction de l'armée.

L'institutionnalisation de la fonction politique de l'Armée est renforcée par l'évolution du *Council of War*. A l'origine c'est l'organe collégial suprême de direction des opérations militaires. Toutefois, à

¹¹⁴ MORILL (J.-S.), "Mutiny and Discontent in English provincial armies 1646-1647", *Past and Present*, 1972, vol. 56, pp. 49-74.

¹¹⁵ KISHLANSKY (M.), *op. cit.*, p. 800.

¹¹⁶ KISHLANSKY (M.), *op. cit.*, p. 805.

partir du 16 juillet 1647, les délégués des hommes du rang peuvent s'y présenter et discuter avec les officiers supérieurs du sens à donner aux actions politiques.¹¹⁷ Progressivement, une position est dégagée par consensus au sein de cette instance. Ainsi, en juin 1647, les *agitators* considèrent que les concessions réalisées par le Parlement en faveur des demandes militaires sont insuffisantes. Ils transmettent alors une pétition au *Council of War* demandant que les forces se rapprochent de Londres, voire qu'elles envahissent Londres. Après discussion avec les représentants des soldats, le *Council* rejette cette option. Une nouvelle étape dans l'institutionnalisation du rôle politique de l'Armée est franchie postérieurement par la création du *General Council of the Army*. La réunion de ce conseil devient hebdomadaire dès le mois de septembre. Ce nouvel organe naît après les émeutes londoniennes de juin 1647. Parallèlement, le rôle des *agitators* est renforcé. Ils se voient reconnaître un statut. Ils sont d'office affectés là où se trouve l'Etat-major. De plus leur participation permanente aux débats concernant les négociations de l'Armée avec le Parlement est garantie.

Par le *Solemn Engagement of the Army* du 5 juin 1647, l'Armée se dote enfin d'un véritable système représentatif. Ce texte informe le Parlement que l'Armée a instauré un « *Councell* » représentatif de l'ensemble des militaires. Outre le fait qu'elle soit affirmée dans le Préambule du texte, la fonction représentative est symbolisée par la composition de cet organe. En effet, l'« engagement » prévoit que participent à ce conseil les officiers généraux, mais également deux officiers et deux hommes du rang choisis par leurs régiments.¹¹⁸ Le processus électif né avec les *agitators* est donc définitivement cristallisé par ce texte. Outre le *Council of War*, un autre organe, le *Council of*

¹¹⁷ KISHLANSKY (M.), *ibid.*, p. 813.

¹¹⁸ "A Councell to consist of those generall Officers of the Army (who have concurred with the Army in the premisses) with two Commission Officers, and two Souldiers to be chosen for each Regiment", in MORTON (A. L.), *Freedom in arms : a selection of Leveller writings*, Lawrence & Wishart 1975, 354 p., p. 109.

officers est créé. Ce comité a pour fonction de recevoir et d'étudier toutes les propositions politiques qui sont adressées par des membres de l'Armée autres que les *agitators* ou par des citoyens civils. En dernier ressort, le *Council of War* se réunit et, à partir des demandes transmises par les *agitators* et par le *Council of officers*, établit la position définitive de l'armée.¹¹⁹ Cette phase d'institutionnalisation démocratique ne connaît pas néanmoins de réelle stabilisation. A la suite des émeutes provoquées par les *Levellers* en mai 1649¹²⁰, Cromwell met fin aux fonctions des *agitators*. A partir de cette époque, les positions de l'Armée sont établies essentiellement par le *Council of officers*.

Mais l'affaiblissement de l'institutionnalisation intérieure s'accompagne d'une intégration renforcée de l'Armée dans les institutions politiques de l'interrègne. Ainsi, en mai 1653, Cromwell met en place un Conseil d'Etat qui doit officiellement exercer le pouvoir exécutif. Cet organe est constitué pour les deux tiers de militaires.¹²¹ Cette domination du Conseil par les militaires a été maintenue, y compris après l'instauration du *Protectorat*.¹²² Parallèlement, Cromwell tente d'élargir le rôle de l'armée. Après la dissolution du premier Parlement de 1654, le *Protector* établit onze *major-generals*. Il veut ainsi pallier les carences de l'administration militaire et civile normale. Avant la guerre, celle-ci reposait sur des gardes locales –les milices- pour l'administration militaire. En matière d'administration civile les *justice of peace* et les *justice of assize* assuraient l'essentiel des tâches. Mais l'ensemble de ces institutions a été profondément désorganisé par la guerre civile.¹²³ Dans un premier temps, selon la *commission* qui détermine les titulaires de la fonction, les *major-generals* sont nommés uniquement pour mettre en

¹¹⁹ KISHLANSKY (M.), *ibid.*, p. 820.

¹²⁰ COTTRET (B.), *op. cit.*, pp. 307-308.

¹²¹ COTTRET (B.), *ibid.*, p. 362.

¹²² COTTRET (B.), *ibid.*, p. 384.

¹²³ RANNIE (D. W.), « Cromwell's Major-Generals », *The English Historical Review*, 1895, vol. 10, n°39, pp. 471-506, pp. 472-473.

place un système efficace de milices alors que les soulèvements des opposants à Cromwell se multiplient.¹²⁴ Mais, ces autorités militaires deviennent rapidement les gouverneurs civils et militaires de leurs provinces.¹²⁵ En effet par des instructions ultérieures Cromwell élargit de façon très importante leurs compétences. Il leur attribue la perception de certaines taxes, la conservation générale de l'ordre social, la préservation de la religion et la morale, la bienfaisance, ainsi que le contrôle des commerces et des débits de boisson.¹²⁶ De plus, lorsque le *Lord Protector* décide de faire élire un nouveau Parlement, il confie l'organisation de ce scrutin à ces gouverneurs militaires avec la mission de soutenir les candidats du parti de Cromwell.¹²⁷ Dans ce cadre général, les *major-generals* peuvent agir par l'intermédiaire des institutions civiles existantes mais ils sont également habilités à utiliser les forces militaires pour exécuter ces missions.¹²⁸ Mais, l'élection du nouveau Parlement conduit à l'abandon de cette institution. L'argument principal qui a motivé l'abandon des *major-generals* est d'ordre fiscal. Il leur est essentiellement reproché d'avoir perçu une taxe sur les royalistes. Ils servent donc de victime expiatoire puisque cette imposition avait été décidée par Cromwell et le *Council of State*.¹²⁹

¹²⁴ Le texte du 21 septembre 1655 renvoie d'abord à la rébellion de l'été qui aurait été l'œuvre des « ennemis papistes » qui crée encore des troubles. Dès lors une nouvelle milice mieux organisée est nécessaire. Dans un second temps la *commission* détermine les fonctions des personnes nommées : « Comme elles ont besoin d'un commandant pour leur discipline et leur conduite, nous vous nommons *major-general* et commandant en chef dans les *counties*, avec les plein pouvoirs pour maintenir la discipline dans les milices et les conduire au combat contre tous les ennemis. » (« *As they need a commander to discipline and conduct them, we appoint you major-general and commander-in-chief in counties, with full powers to keep the said militia in good discipline, conduct them to fight against all enemies* »), reproduit in EVERETT GREEN (M. A.) (editor) , *Calendar of State Papers Domestic: Interregnum, 1655* (1881), Volume 100, September 1655, pp. 312-361, p. 344.

¹²⁵ ESMEIN (A.), « Les constitutions du protectorat de Cromwell », *R.D.P.*, 1899, pp. 405-443, p. 424.

¹²⁶ RANNIE (D. W.), *op. cit.*, p. 482.

¹²⁷ RANNIE (D. W.), *ibid.*, p. 498.

¹²⁸ RANNIE (D. W.), *ibid.*, p. 489.

¹²⁹ DUSRTON (Ch.), « The fall of Cromwell's Major Generals », *The English Historical Review*, 1998, vol. 113, n°150, pp. 18-37, pp.

A partir de cette expérience britannique dans son ensemble, il est dès lors possible de déterminer ce que peut être un pouvoir militaire institutionnel au sein d'un régime politique. Pour qu'il existe un tel pouvoir, il faut que l'Armée soit intégrée dans les institutions du régime, c'est-à-dire qu'elle participe en tant qu'organisation à la détermination des décisions politiques qui s'imposent dans un Etat donné. Encore convient-il de distinguer cette définition de celle dégagée par la science politique, qui raisonne en termes de « pouvoir d'influence ». Ainsi, Jean-Marie Denquin inclut l'Armée parmi les acteurs politiques qu'il qualifie de « groupes de pression » et qui se caractérise par la maîtrise de la « force matérielle ». ¹³⁰ Mais ici, il convient de se séparer de cette approche. En effet, le « groupe de pression » se caractérise par le fait que la politique constitue un moyen de son action et non un but. ¹³¹ Dans le cas présent, l'initiation de la mobilisation militaire au sein de la *New Model Army* répond à cette logique. Les militaires se mobilisent pour obtenir le paiement des arrières de solde. Il s'agit donc de la défense d'intérêts catégoriels. En revanche, lorsque l'Armée prend position sur l'organisation générale du régime ou sur la composition du Parlement, il s'agit véritablement d'une participation politique.

L'intervention de l'institution militaire dans le système politique a fait l'objet d'une importante production en science politique. ¹³² Ces analyses, essentiellement sociologiques, ne sont pas adaptées. En effet, l'expérience anglaise est caractérisée par l'institutionnalisation formelle du rôle politique des militaires. Ainsi, pour le *General Council of the Army*, l'expression de l'opinion commune est élaborée à partir de règles qui déterminent la fréquence des réunions et la composition du conseil. C'est là le propre du droit que de s'exprimer de « manière privilégiée à

¹³⁰ DENQUIN (J.-M.), *Science politique*, PUF, 5^{ème} éd., 1996, 491 p., p. 447.

¹³¹ DENQUIN (J.-M.), *op. cit.*, p. 417.

¹³² Pour une recension récente et critique de la continuité des travaux fondateurs de S. P. Huntington, de M. Janowitz cf. JOANA (J.), « La démocratie face à ses militaires. Où en est l'analyse des relations civils-militaires », *Revue française de sociologie*, 2007, pp. 133-155.

travers des institutions ». ¹³³ Reste que l'aspect institutionnel n'a pas non plus été ignoré par la science politique puisqu'elle s'est intéressée aux techniques de contrôle du pouvoir civil sur la décision militaire. ¹³⁴ Néanmoins, du point de vue du modèle retenu, une institution militaire ne peut être qualifiée de pouvoir militaire que lorsqu'elle a vocation à participer à l'établissement de décisions qui ne sont pas technocratiques, mais qui concernent l'ensemble de la société. Il s'agit donc ici de s'interroger sur l'existence, notamment dans les autres régimes étudiés, d'organes politiques qualifiés de « militaires » ou composés de militaires participant à l'élaboration des décisions nationales.

B. L'absence d'institutionnalisation politique de l'Armée en France et aux Etats-Unis

Au regard du modèle dégagé, ni la France ni les Etats-Unis n'ont connu d'institution politique militaire. L'analyse d'autres systèmes constitutionnels permet pourtant de montrer la validité du modèle dégagé.

1. L'absence d'institutions politiques militaires en France et aux Etats-Unis

¹³³ DENQUIN (J.-M.), *op. cit.*, p. 8.

¹³⁴ JOANA (J.), « Le pouvoir des militaires, entre pluralisme et démocratie », in Association française de science politique, *Penser la démocratie. Autour de l'œuvre de Juan Linz, Actes du colloque international du 7 et 9 septembre 2006*, www.afsp.msh-paris.fr/activite/2006/colllinz06/txtlinz/joana1.pdf, consulté le 13 août 2007.

Ni aux Etats-Unis, ni en France, l'institution militaire ne s'est dotée d'une organisation politique. Le cas américain ne donne lieu à aucune analyse en ce domaine. En revanche, la Révolution française aurait pu conduire à une situation proche du cas anglais. D'abord, la Convention décide de politiser les soldats, notamment à l'aide de journaux et de harangues politiques.¹³⁵ Ensuite, l'élection des officiers subalternes par les hommes du rang¹³⁶ aurait pu conduire à l'émanation d'un esprit proche de celui des *agitators* anglais. Enfin, au niveau supérieur, l'effacement de la frontière entre les généraux, nommés par le gouvernement sur des critères politiques, et les commissaires politiques pouvant exercer des missions militaires,¹³⁷ aurait pu être une troisième cause d'assimilation de l'Armée aux organes politiques comme la Convention. Pourtant, l'institution politique ne s'est pas vu reconnaître de rôle particulier, y compris dans les régimes les plus autoritaires comme le Premier Empire. Dans la pratique, l'Armée est exclue des rouages gouvernementaux.¹³⁸ Seuls les ministères proprement militaires –la Marine et la Guerre- sont attribués à des généraux. Les militaires sont par ailleurs peu nombreux dans les corps constitués, qu'il s'agisse du Sénat ou de l'administration préfectorale.

La lecture attentive des discours politiques confirme cette analyse. Il n'existe pas de théorisation d'un pouvoir militaire. Les interventions militaires anglaises ont été continuellement accompagnées d'une théorisation du rôle de l'Armée comme garante des libertés du peuple. Rien de cela dans l'expérience française. L'opinion de Napoléon Bonaparte est elle-même significative. Certes, il s'agit d'un général mais il rejette lui-même le gouvernement militaire dans son discours du 4 mai

¹³⁵ FORREST (A.), « Armée », in FURET (F.) et OUZOUF (M.), *Dictionnaire critique de la Révolution française, Institutions et créations*, Flammarion, 2^{ème} éd., 2007, 349 p., pp. 25-41, p. 37.

¹³⁶ FORREST (A.), *ibid.*, p. 32.

¹³⁷ FORREST (A.), *ibid.*, p. 36.

¹³⁸ BODINIER (G.), « Du Soldat républicain à l'officier impérial. Convergences et divergences entre l'Armée et la société », in CORVISIER (A.) (dir.), *Histoire militaire de la France*, PUF, 1997, 4 vol., vol. 2, , p. 215

1802¹³⁹. D'abord, le premier consul postule la subordination des qualités militaires à la religion et à la science puisqu'il explique que « dans tous les pays, la force cède aux qualités civiles. Les baïonnettes se baissent devant le prêtre qui parle au nom du ciel et devant l'homme qui impose par sa science ». De cette primauté morale découle, selon lui, un rejet général de l'accaparement militaire du gouvernement : « J'ai prédit à des militaires qui avaient quelques scrupules que jamais le gouvernement militaire ne prendrait en France ». L'impossibilité d'un tel régime est garantie par l'effet du nombre : « Nous sommes trente millions d'hommes réunis par les lumières, la propriété et le commerce ; trois ou quatre cent mille militaires ne sont rien auprès de cette masse ». Enfin, il explique qu'il s'est appliqué ce principe à lui-même : « Ce n'est pas comme général que je gouverne, mais parce que la nation croit que j'ai les qualités civiles propres au gouvernement ». En somme, l'existence politique de l'Armée est niée. Il n'y a pas de différence entre l'institution militaire et le peuple puisque « l'armée, c'est la nation ».

Cette affirmation du principe de la subordination du militaire au pouvoir civil n'est en réalité pas naturelle dans son discours. Elle est conditionnée à l'assimilation des militaires au sein de la nation. Dans le cas contraire, l'organisation sociale serait mise à mal. En effet, il explique que si le militaire est envisagé comme une catégorie différente de celle du citoyen, alors « il ne connaît point d'autre loi que la force ». En somme deux idées du gouvernement se forment. L'une serait militaire dont « Le propre [...] est de tout vouloir despotiquement ». L'autre serait civile, caractérisée par la volonté de « tout soumettre à la discussion ». Ce qui conduirait à une société de « deux ordres », différente de la nation. En somme, la séparation statutaire des militaires et des civils est présentée comme un danger envers l'acquis égalitaire de la Révolution.

¹³⁹ Cité in FURET (F.), « Bonaparte », in FURET (F.) et OUZOUF (M.), *Dictionnaire critique de la Révolution française, Acteurs*, Flammarion, 2^{ème} éd., 2007, 466 p., pp. 53-75, p. 62.

Pour Frédéric Bluche comme pour François Furet¹⁴⁰, cette position napoléonienne correspond aux faits historiques. Si le gouvernement napoléonien est bien une dictature, il s'agit d'une dictature civile à la recherche d'une légitimité populaire.¹⁴¹

En somme, si les militaires ont pu, en tant qu'individus, exercer fréquemment des mandats législatifs, l'histoire constitutionnelle française n'a pas reçu l'institution militaire parmi les organes constitutionnels. De façon assez paradoxale, ce sont les projets libéraux sous le Second Empire qui ont envisagé d'insérer l'institution militaire dans les organes républicains. Victor de Broglie, Lucien Prévost-Paradol et Edouard Laboulaye ont voulu intégrer une représentation militaire au sein de la chambre haute qu'ils souhaitaient dans un nouveau régime.¹⁴² Mais de cette idée, il n'est resté que l'institution de sénateurs inamovibles sous la III^e République.

2. Des institutions qui ont pu être identifiées dans d'autres constitutions contemporaines

L'absence d'expérience militaire du gouvernement en France et aux Etats-Unis peut clairement être affirmée, au regard d'expériences étrangères. En effet, d'autres régimes ont connu des phénomènes proches dans lesquels l'Armée se voyait reconnaître un rôle politique par l'intermédiaire d'une institution plus ou moins représentative.

¹⁴⁰ FURET (F.), *op. cit.*, p. 62.

¹⁴¹ BLUCHE (F.), *Le Bonapartisme*, PUF, 1981, 127 p., pp. 8-9.

¹⁴² En ce sens BOUDON (J.-O.), « De l'Armée au palais du Luxembourg : les officiers devenus sénateurs inamovibles », in FOURCADE (O.), DUHAMEL (E.) et VIAL (Ph.) (dir.), *Militaires en République*, Publications de la Sorbonne, 1999, 734 p., pp. 303-311, p. 304.

La Turquie en est un premier exemple. Jusqu'à la réforme imposée par l'Union européenne en 2003, les militaires participaient directement au gouvernement. Le rôle politique de l'Armée a été progressivement institutionnalisé entre 1960 et 2000.¹⁴³ En effet, la Constitution de 1961 a institué par l'article 111 un Conseil de sécurité nationale aux côtés d'une Cour constitutionnelle et d'un Conseil supérieur de la magistrature.¹⁴⁴ D'après la loi n°129 du 11 décembre 1962¹⁴⁵, ce Conseil est composé des plus hauts responsables militaires ainsi que du Président de la République, des ministres de la défense, des affaires étrangères, des finances, de l'intérieur ainsi que des ministres du transport et du travail. Cet organe avait une compétence gouvernementale. D'abord, selon l'article 2 de la loi de 1962, il avait une compétence réglementaire puisqu'il fixait les principes dans le domaine de la sécurité nationale, défini très largement, et les mesures d'exécution de ces principes. Il était, en outre, compétent pour contrôler l'exécution des mesures. Par ailleurs, le Conseil national de sécurité turc recevait une compétence législative puisqu'il pouvait prendre des actes sous forme de loi afin d'organiser et de mettre en œuvre les mesures en cas de mobilisation nationale.

Le Conseil sécurité nationale a été pérennisé par l'article 118 Constitution du 1982, complété par la loi 2945 du 1^{er} novembre 1983.¹⁴⁶ Cet organe était présidé par le Président de la République et était composé à parité de civils et de militaires. Matériellement, sa compétence restait très importante. Dans une « sécurité nationale » entendue de façon large, il lui revenait de planifier, préparer les textes juridiques et évaluer leur application. Toutefois, contrairement à la

¹⁴³ BALANS (J.-L.), « Armée et politique en Turquie ou la démocratie hypothéquée », *Pouvoirs*, 2005, n°115, pp. 55-72, p. 61.

¹⁴⁴ KUBALICH (N.), « Les traits dominants de la Constitution de la Seconde République turque », *Revue internationale de droit comparé*, 1965, pp. 855-872, p. 862.

¹⁴⁵ SAKALLIOGLU (U. C.), « The Anatomy of the Turkish Military's Political Autonomy », *Comparative Politics*, 1997, pp. 151-166, p. 157.

¹⁴⁶ SAKALLIOGLU (U. C.), *op. cit.*

rédaction de 1961, la Constitution de 1982 disposait que ce Conseil ne faisait que soumettre au Conseil des ministres ses différentes propositions. Suite aux négociations engagées pour l'adhésion à l'Union Européenne, l'article 118 a été révisé en 2001. Le nouvel article 118 insiste sur le caractère purement consultatif des délibérations de cet organe.¹⁴⁷ Les avis du Conseil ne devaient pas être examinés de façon prioritaire par le Conseil des ministres. Le gouvernement était alors simplement mis dans la possibilité d'analyser les recommandations. De plus, les membres civils étaient devenus majoritaires.¹⁴⁸ Mais, même après cela, le Conseil a continué à exercer une compétence très large. Ainsi, cet organe s'est prononcé sur des décisions dont le domaine ne touchait pas les questions militaires comme la politique de laïcité, la prolongation de la scolarité obligatoire dans l'enseignement primaire, l'état d'urgence dans diverses provinces, la privatisation des entreprises publiques, l'évolution socio-économique récente et les révisions de la Constitution¹⁴⁹. Cette intervention, sous forme d'avis, était rendue possible par une définition étendue de la sécurité nationale prévue par l'article 2 de la loi relative à la sécurité nationale comme « la protection de l'ordre constitutionnel de l'État, de sa nation et de son intégrité, de tous ses intérêts au niveau international, dont les intérêts politiques, sociaux, culturels et économiques, ainsi que la protection de sa loi constitutionnelle contre toutes les menaces intérieures et extérieures ».¹⁵⁰

L'expérience portugaise est encore plus significative. Les institutions nées pendant la transition démocratique de 1974

¹⁴⁷ Article 118 alinéa 3 « Le Conseil de sécurité nationale communique au Conseil des ministres ses décisions ayant valeur de recommandations », d'après la traduction française de mjp.univ-perp.fr/constit/tr1982-2.htm consulté le 12 août 2007.

¹⁴⁸ Cf. Commission des communautés européennes, *Rapport régulier 2001 sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion*, 2002, 133 p., p. 19 Consulté le 12 août 2007 à l'adresse : ec.europa.eu/enlargement/turkey/key_documents_fr.htm.

¹⁴⁹ Commission des communautés européennes, *op. cit.*

¹⁵⁰ Citée in Commission européenne, *Turquie Rapport de suivi 2005*, 2005, 164 p. p. 15. Disponible à : ec.europa.eu/enlargement/turkey/key_documents_fr.htm, consulté le 12 août 2007.

correspondent tout à fait au modèle dégagé à partir de l'histoire britannique. Dans la première phase, avant le coup d'Etat du 25 avril 1974, l'Armée portugaise s'est dotée d'une organisation politique : le Mouvement des Forces Armées. A son tour, cette force politique a développé des conseils élus, à vocation politique aussi bien au niveau local qu'au niveau national.¹⁵¹ Cette politisation a été instituée dans la Constitution portugaise du 2 avril 1976. Ce texte est intéressant en ce qu'il établit un régime hybride entre le système mis en place par la Constitution française de 1958 et le modèle militaire tel qu'il a pu être établi dans cette étude.¹⁵² Cette loi fondamentale sera maintenue jusqu'à la révision de 1982. L'article 142 de ce texte instituait un Conseil de la Révolution. Il s'agissait d'un organe essentiellement militaire. Il était composé, selon l'article 143, « du Président de la République, du Chef d'Etat-major général des forces armées, du Sous-chef d'Etat-major général [...] des Chefs d'Etat-major des trois armes, du Premier ministre si c'est un militaire et de quatorze officiers, dont huit de l'Armée de terre, trois de l'Armée de l'air et trois de la marine, désignés par leurs armes respectives »¹⁵³. Mais ce sont les attributions de ce Conseil qui en font une institution particulièrement intéressante.

Comme son intitulé le laissait supposer, la fonction de cet organe était éminemment politique. L'article 142 précise que ses fonctions « sont celles de conseil du Président de la République, de garant du fonctionnement régulier des institutions démocratiques, de garant de l'application de la Constitution et de la fidélité à l'esprit de la Révolution portugaise du 25 avril 1974, d'organe politique et législatif en matière militaire »¹⁵⁴.

¹⁵¹ JOXE (A.), « Le mouvement des forces armées portugaises », *Politique étrangère*, 1974, pp. 659-687.

¹⁵² LAUVAUX (Ph.), *Les destins du présidentielisme*, PUF, 2002, 137 p., p. 25.

¹⁵³ Cité in BON (P.), « L'évaluation des révisions constitutionnelles : le cas du Portugal », journée d'études de l'AFDC, "Réviser la Constitution", www.afdc.fr, 2006, consulté le 9 août 2007.

¹⁵⁴ Cité in BON (P.), *ibid.*

Ces dispositions sont très proches des affirmations de principe du *Council of Officers* anglais. Mais comme le fait remarquer Maurice Duverger, cette formulation est également d'une grande modernité. En effet, comment ne pas rapprocher cette disposition de l'article 5 de la Constitution française de 1958 qui prévoit que le Président de la République assure le « respect de la Constitution » et le fonctionnement régulier des pouvoirs publics » ?

Dans le système constitutionnel français, cette dernière disposition est classiquement corrélée au principe suivant lequel le Président est le garant des grands intérêts nationaux.¹⁵⁵ Matériellement cette fonction est particulièrement caractérisée par les prérogatives dont dispose le Chef de l'Etat en matière de défense que ce soit le commandement des forces armées ou la présidence des conseils et comités supérieurs de la défense nationale prévus par l'article 15 de la Constitution.

Formellement, cette compétence peut se traduire par une certaine indépendance du Président de la République française par rapport aux autres pouvoirs publics. Ainsi le décret du 12 juin 1996 permet au Chef de l'Etat seul décider seul de l'engagement des forces nucléaires. Ainsi, dans la même logique, le Conseil de la Révolution reçoit des attributions liées à la sécurité nationale. Dans ce domaine, les articles 148 et 149 lui attribuent l'ensemble des compétences normatives en matière militaire. Ainsi l'article 148 précise qu' « en qualité d'organe politique et législatif en matière militaire il appartient au Conseil de la Révolution de faire les lois et les règlements sur l'organisation, le fonctionnement et la discipline des Forces armées » ainsi que d' « approuver les traités ou les accords internationaux concernant les questions militaires ». La Constitution portugaise précise à l'article 149 la valeur de ces actes s'ils sont pris sous forme de « décrets lois » pour les lois et de « décrets

¹⁵⁵ Par exemple HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, LGDJ, 31^{ème} éd., 2009, 914 p., p. 627.

réglementaires » pour les seconds, il est précisé que les actes intervenus dans le domaine législatif ont la « même valeur que les lois de l'Assemblée de la République » et que les décrets réglementaires ont « la même valeur que ceux du Gouvernement ». Si les forces armées disposent d'une très forte autonomie en matière d'organisation, elles doivent en revanche partager leur compétence avec le Président de la République en termes d'utilisation. En effet, l'article 145 précise que le Chef de l'Etat portugais doit bénéficier de l'autorisation du Conseil de la Révolution pour déclarer la paix ou la Guerre. En tant qu'organe chargé de la protection des intérêts vitaux de la Nation par la Constitution de la République portugaise, le Conseil de la Révolution a donc bénéficié des prérogatives beaucoup plus importantes que le Président de la République française.

Cette autonomie conduit Maurice Duverger à affirmer que le Conseil de la Révolution est doté d'une « souveraineté militaire » parce que ces compétences lui appartiennent totalement puisque l'Assemblée en est exclue. Dès lors qu'ils échappent aux lois parlementaires votées par le Parlement, les militaires échappent à la « volonté générale » du peuple exprimée par ses représentants pour n'être soumis qu'à une « volonté corporative ». Cela amène l'auteur à conclure qu'en « droit deux souverainetés coexistent [...] : la souveraineté du peuple qui s'arrête à la porte des casernes, et la souveraineté de l'armée pour tout ce qui la concerne. »¹⁵⁶. Il est tentant de conclure avec lui que les autres compétences qui sont reconnues au Conseil de la Révolution font primer la volonté des forces armées sur celles du peuple. En effet, le Conseil participe à l'élaboration des principales décisions de la République portugaise. Selon l'article 145, il « conseille le Président dans l'exercice de ses fonctions ». Ainsi, l'article 139 prévoyait qu'il peut donner son avis sur l'utilisation du droit de veto législatif du Président. Il a pu ainsi s'opposer le 22 mai 1979 à une loi d'amnistie concernant les crimes

¹⁵⁶ DUVERGER (M.), *La Constitution de la République portugaise* (12 avril 1976), La Documentation française, 1977, 64 p., p. 9.

politiques et militaires malgré l'avis contraire du Conseil de la Révolution.¹⁵⁷ Mais cette institution n'exerce pas uniquement une fonction consultative. Il participe également aux décisions fondamentales de l'Etat puisque, selon le même article, il autorise le Président de la République à déclarer la guerre et la paix et à prononcer l'état de siège ou l'état d'exception.¹⁵⁸ De même, l'article 147 relatif à la protection de l'esprit de la Révolution prévoit que le Conseil de la Révolution doit donner son accord pour la nomination et le renvoi du Premier ministre par le Président de la République ce que rappelle l'article 190. Ce dispositif est toutefois en retrait par rapport au premier projet de constitution négocié entre les partis politiques et le Mouvement des forces armées. Selon ce texte, le Premier ministre devait bénéficier de la confiance du mouvement.¹⁵⁹ Enfin, l'article 136 impose au Chef de l'Etat ne peut dissoudre l'Assemblée de son propre chef que sous réserve d'un avis conforme de l'organe militaire. Mais très rapidement une convention constitutionnelle s'est établie pour réduire l'obligation à un simple devoir de consultation. En juillet 1978 la coalition alors au pouvoir était rompue par la démission de trois ministres. Le Président Eanes a alors souhaité renvoyer le Gouvernement. Malgré l'avis contraire du Conseil de la Révolution, M. Soares, Premier ministre, a remis sa démission suite au maintien du choix du Chef de l'Etat.¹⁶⁰

Toutefois, le Conseil de la Révolution était un organe politique militaire inscrit dans une constitution du vingtième siècle. De ce fait, il a bénéficié des acquis de l'ingénierie constitutionnelle contemporaine. En effet, à côté de ce rôle purement politique, le Conseil de la Révolution reçoit des compétences liées à la protection juridique de la Constitution. L'article 146 le dote de trois compétences fondamentales en la matière. D'une part, sur saisine du Président ou d'initiative, il contrôle *a priori* ou

¹⁵⁷ ROUSSEAU (D.), « La primauté présidentielle dans le nouveau régime politique portugais : mythe ou réalité », *R.D.P.*, pp. 1325-1372, p. 1363.

¹⁵⁸ Traduction établie à partir de la version présentée in DUVERGER (M.), *La Constitution de la République portugaise* (12 avril 1976), La Documentation française, 1977, 64 p.

¹⁵⁹ ROUSSEAU (D.), *op. cit.*, p. 1353.

¹⁶⁰ ROUSSEAU (D.), *ibid.*

a posteriori la conformité à la constitution de toute norme juridique. D'autre part, il peut relever une « inconstitutionnalité par omission »¹⁶¹ et recommander l'édiction des normes nécessaires au respect de la Constitution. En somme il exerce le contrôle de constitutionnalité dans des conditions beaucoup plus larges que le Conseil constitutionnel français.¹⁶² Le Conseil de la Révolution exerçait toutefois ses compétences après avis d'une commission constitutionnelle composée en majorité de juristes.¹⁶³ Néanmoins, le président de cette commission est nécessairement un membre du Conseil de la Révolution. De plus, il est désigné par cette instance. Cela permet au Conseil de la Révolution de conserver le contrôle de la Commission puisque selon l'article 283 son vote est déterminant. Mais, en réalité, une telle institutionnalisation du rôle politique de l'Armée portugaise n'a été rendue possible que parce qu'elle a joué un rôle quasi-constituant, qu'elle s'est substituée au peuple comme autorité constituante. Il convient donc de s'interroger sur cette dimension du pouvoir militaire.

Dès lors, il semble possible d'aller dans le sens de M. Duverger : le Conseil de la Révolution semble d'autant plus souverain qu'il est qualifié ainsi par l'article 112 de la Constitution. Toutefois, cette qualification n'emporte pas l'avis. En effet, si d'un point de vue juridique, la souveraineté s'exprime dans l'élaboration de la Constitution alors, il faut bien constater que le Conseil n'a pas de telles compétences : les articles 286 et 287 attribuent exclusivement le pouvoir constituant dérivé à l'Assemblée de la République portugaise sans que le Conseil y soit associé. D'ailleurs la révision constitutionnelle de 1982 a supprimé le Conseil de la Révolution.¹⁶⁴

¹⁶¹ BON (P.), *op. cit.*

¹⁶² DUVERGER (M.), *op. cit.*, p. 6.

¹⁶³ BON (P.), *op. cit.*

¹⁶⁴ MIRANDA (J.), "La Constitution portugaise : du texte de 1976 à la révision de 1989", *R.F.D.C.*, 1990, pp. 363-372, p. 364.

L'institution militaire peut donc être un « pouvoir public ». Elle peut être qualifiée ainsi lorsqu'elle participe formellement à l'élaboration des décisions nationales. En Grande Bretagne, l'Armée a bien été intégrée dans le système constitutionnel en ce sens. En revanche, un tel phénomène n'a été identifié ni en France, ni aux Etats-Unis. Comme semble le laisser penser l'exemple portugais, une telle intégration se vérifie lorsque l'armée a joué un rôle dans la mise en place d'une nouvelle constitution, lorsqu'elle peut être un « pouvoir constituant ».

Section II. L'Armée comme « pouvoir constituant »

La comparaison de l'histoire constitutionnelle des trois systèmes étudiés permet de démontrer que l'institution militaire, parce qu'elle détient la force matérielle, peut se substituer au peuple pour passer d'un régime politique à un autre. Cette substitution peut aller jusqu'à l'exercice du pouvoir constituant, comme cela a été le cas au Royaume-Uni. En revanche, en France et aux Etats-Unis, les forces armées n'ont jamais joué un tel rôle.

A. Le rôle quasi constituant de la *New Model Army*

L'historien Bernard Cottret n'hésite pas à affirmer que pendant la seconde moitié du dix-septième siècle, l'Armée britannique a joué le rôle du « peuple » dans la Révolution française.¹⁶⁵ En effet, la chute du *Long*

¹⁶⁵ COTTRET (B.), *Cromwell*, Fayard, 1992, 542 p., p. 218.

Parliament a été précipitée par la mise en place d'une Armée parlementaire qui, à partir de 1646, a joué un rôle déterminant dans les changements des régimes jusqu'en 1688. Au Royaume-Uni, la possible incompatibilité entre l'existence d'un pouvoir civil souverain et d'un pouvoir militaire est apparue alors même que le système anglais rejetait l'absolutisme. Deux types de rôles peuvent être isolés pendant cette séquence. A certaines occasions, l'Armée joue le rôle d'une force purement matérielle, d'un organe d'influence visant à imposer un comportement aux organes politiques. Dans un certain sens, sa fonction peut être rapprochée de celle des sans-culottes parisiens pendant la période révolutionnaire. Mais, progressivement, l'Armée développe son rôle purement factuel pour devenir un véritable pouvoir constituant, lorsqu'elle propose des modifications du système constitutionnel anglais et bien sûr lorsqu'elle procède elle-même au changement du régime.

1. L'Armée comme force révolutionnaire

Pour les « *agitators* » anglais, il convenait de ne pas se séparer avant que la paix a été rétablie dans le Royaume. Les revendications matérielles s'étaient donc transformées en conscience politique.¹⁶⁶ L'Armée a continué à jouer un rôle politique. En effet, les militaires sont intervenus de façon factuelle, pour trancher des crises politiques au sein du régime.

A un premier niveau, l'Armée a acquis un rôle d'arbitre entre les autres institutions qu'elle a conservé jusqu'à la *Glorious Revolution*.¹⁶⁷ Il en a été ainsi après les émeutes du 26 juillet 1647 qui ont eu lieu à Londres contre le Parlement. A la suite de celles-ci, l'Armée entre dans Londres le 3 août 1647 afin de restaurer les Chambres qui ont cessé de

¹⁶⁶ KISHLANSKY (M.), *ibid.*, p. 796.

¹⁶⁷ L'accent est mis ici sur les aspects purement politiques. Parallèlement l'Armée est devenu un enjeu dans la lutte religieuse qui oppose les presbytériens aux autres sectes politiques.

siéger.¹⁶⁸ Mais la *New Model Army* est plus un arbitre qu'une institution au service du Parlement. C'est ainsi que des militaires retirent le Roi de la garde forcée du Parlement en juin 1647.¹⁶⁹ De plus, par cette action commence une escalade entre le pouvoir législatif, qui cherche à réunir des troupes pour se défendre, et la *New Model Army* qui, se sentant menacée, accroit progressivement sa pression sur le Parlement en se rapprochant de Londres. Alors que l'interventionnisme politique de l'institution militaire ne cesse de croître, dans le discours et dans les actes, l'objectif est toujours de protéger la « liberté du Parlement ». Une déclaration présentée le 3 août au Parlement par le *Council of War* illustre parfaitement cette idée.¹⁷⁰ Néanmoins, sur ce fondement, l'Armée va progressivement épurer le Parlement. Pour mettre fin aux divisions au sein de celui-ci, les militaires investissent à nouveau Westminster le 6 décembre 1648. Cent-quarante-huit membres vont ainsi être empêchés de siéger de sorte que seuls quatre-vingt députés continuent leur activité par la suite. Ils constituent le *Rump Parliament*.¹⁷¹ L'Armée procède à une seconde épuration le 20 avril 1653. Par celle-ci, elle ouvre la voie à l'instauration du Protectorat.

2. L'Armée comme pouvoir constituant

Pour la théorie constitutionnelle contemporaine le pouvoir constituant est attribué au peuple ou à la nation.¹⁷² Mais, pour les positivistes, la définition de cet « organe » est, par nature, impossible en droit positif puisque la Constitution est censée être la source de l'ensemble du droit en vigueur. Dès lors, elle ne peut définir

¹⁶⁸ KISHLANSKY (M.), *ibid*, p. 816.

¹⁶⁹ COTTRET (B.), *op. cit.*, pp. 213-214.

¹⁷⁰ Cité in KISHLANSKY (M.), *ibid*, p. 817.

¹⁷¹ COTTRET (B.), *op. cit.*, pp. 263-264.

¹⁷² Cf. par exemple CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, 2 vol., vol. 1, p. 87.

juridiquement un organe préexistant.¹⁷³ Toutefois, certains auteurs¹⁷⁴ ont démontré l'existence d'une organisation juridique de ce pouvoir constituant. Il s'agit d'un organe complexe. Dans un premier temps, un « groupe de personnes », après le renversement du système postérieur, décide par une « délibération raisonnée » d'établir une nouvelle Constitution. Dans un second temps, cette décision est validée par « l'approbation populaire ». En ce sens, les forces armées anglaises ont été un pouvoir constituant pendant la seconde moitié du dix-septième siècle.

L'Armée britannique ne s'est pas contentée d'intervenir dans le fonctionnement des institutions. Elle a également voulu modifier celles-ci. Dans la déclaration de l'Armée rendue publique le 14 juin 1647, certains parlementaires étaient accusés d'avoir agi pour « opprimer la communauté ». Mais ce texte était également un programme constitutionnel. Les militaires réclamaient notamment l'établissement de dates précises pour les sessions parlementaires. Ainsi le Parlement serait protégé contre les dissolutions de convenance décidées par l'exécutif. Parallèlement, une telle mesure éviterait les sessions interminables lorsque le Parlement ne connaît pas de contre-pouvoirs. Dans le même domaine, ils exigeaient que le droit de pétition soit mieux garanti et que les pouvoirs parlementaires exceptionnels du Parlement, lui permettant de créer des juridictions d'exception, soient abolis. Ils voulaient, par ces mesures, mettre fin aux différends entre les Chambres et le Roi.¹⁷⁵ Postérieurement, le *Council of War*, organe représentatif de l'Armée, a étendu la portée de ses propositions constitutionnelles. Un texte a été soumis au *Council* par Henry Ireton, gendre de Cromwell. Ce document

¹⁷³ SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, 1989, trad. française, PUF, 1993, 576 p., p. 390.

¹⁷⁴ BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, 512 p., pp. 264 et s., BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1983, t. IV, 648p., pp. 202-203 ; DUVERGER (M.), « Légitimité des gouvernements de fait », *RDJ*, 1945, pp.73-100 ; FRIEDRICH (C. J.), *La démocratie constitutionnelle*, PUF, 1958, 564 p., p. 96 ; HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, 759 p., p. 248 ;

¹⁷⁵ Pour un recensement de leurs revendications cf. KISHLANSKY (M.), *ibid*, p. 809.

intitulé *Head of Proposals*¹⁷⁶ était un projet de constitution qui devait être proposé au Roi pour mettre fin au conflit. Comme les constitutions écrites du siècle suivant, ce texte comporte des dispositions concernant les institutions politiques mais également les libertés publiques. Les dispositions institutionnelles organisent une monarchie limitée. S'agissant de l'organe délibérant, le texte prévoit que le Parlement doit être renouvelé tous les deux ans¹⁷⁷, que les débats doivent y être libres¹⁷⁸ et que les circonscriptions électorales doivent être redéfinies de façon équitable¹⁷⁹. De plus, la milice est placée pour dix ans sous le contrôle du Parlement.¹⁸⁰ Toutefois, les sessions des Chambres sont limitées par principe.¹⁸¹ Ce texte impose surtout un encadrement strict des pouvoirs royaux. Ainsi, le Roi ne peut pas dissoudre le Parlement pendant les cent vingt premiers jours de la session.¹⁸² Il doit prendre l'essentiel de ses décisions par l'intermédiaire d'un Conseil d'Etat.¹⁸³ Enfin, le Roi a l'obligation de consulter le Parlement avant de déclarer la Guerre ou la Paix.¹⁸⁴

Mais la résolution du *General Council of the Army*, votée le 4 et 5 novembre 1647, a marqué le dépassement de ces projets réformateurs.

¹⁷⁶ Est ici utilisée la version publiée dans GARDINER (S. R.) (éd.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution*, Oxford, Clarendon Press, 1906, reed., Indianapolis, Liberty Found, 2005, 540 p., pp. 316-326.

¹⁷⁷ "Art I.1 That Parliaments may biennially be called and meet at a certain day, with such provision for the certainty thereof", GARDINER (S. R.) (éd.), *op. cit.*, p. 316.

¹⁷⁸ "That there be a liberty for entering dissents in the House of Commons, with provision that no member be censurable for ought said or voted in the House further than to exclusion from that trust; and that only by the judgment of the House itself", *ibid.*, p. 318.

¹⁷⁹ "Art. I.5 That the elections of the Commons for succeeding Parliaments may be distributed to all counties, or other parts or divisions of the kingdom, according to some rule of equality or proportion", *ibid.*, p. 318.

¹⁸⁰ "II.1 That the power of the militia by sea and land, during the space of ten years next ensuing, shall be ordered and disposed by the Lords and Commons assembled", *ibid.*, p. 318.

¹⁸¹ Selon l'article I.2 il ne pouvait pas siéger plus de deux-cent quarante jours : "no Parliament to sit past 240 days from their first meeting, or some other limited number of days now to be agreed on; upon the expiration whereof each Parliament to dissolve", GARDINER (S. R.) (éd.), *ibid.*, p. 317.

¹⁸² "I. 2. Each biennial Parliament to sit 120 days certain [...], afterwards to be adjournable or dissolvable by the King, *ibid.*

¹⁸³ "III. 5 That the same Council may have power as the King's Privy Council, for and in all foreign negotiations", *ibid.*, p. 320.

¹⁸⁴ "III. 5 [...] that the making of war or peace with any other kingdom or state shall not be without the advice and consent of Parliament", *ibid.*

Alors que jusqu'ici, l'Armée n'avait pris position que dans le cadre du système institutionnel permanent, le Roi d'un côté, les Chambres de l'autre, ses positions sont devenues beaucoup plus radicales à partir de cette résolution. En effet, les militaires anglais réunis à Putney souhaitent mettre en place un nouveau régime. Comme dans le texte précédent, les militaires continuent à demander une réforme de la carte électorale afin d'assurer une représentation plus égale des individus.¹⁸⁵ Toutefois, cette proposition ne formulait que des réformes au régime monarchique. La déclaration de *Putney*, en revanche, substitue une sorte de souveraineté populaire aux deux fondements en présence : la souveraineté du Parlement et celle du Roi. Cet appel postule que « le pouvoir des représentants présents et de tous les futurs représentants de la Nation est uniquement inférieur à ceux qui les choisissent »¹⁸⁶. Le Parlement est donc placé sous la subordination des électeurs. En revanche, le Roi ne participe plus à l'exercice de la Souveraineté. Cette exclusion est clarifiée par la suite dans l'article qui attribue l'essentiel des compétences au Parlement.¹⁸⁷

Ce n'est pas pour autant une clause générale de compétence qui est ici établie. Il ne s'agit pas de la souveraineté juridique du Parlement britannique actuel suivant laquelle le peuple ne peut s'opposer à la volonté de cet organe.¹⁸⁸ D'abord, le même article prévoit que le peuple peut se réserver certaines compétences¹⁸⁹. Ensuite, le texte prévoit que le

¹⁸⁵ Article I : "That the people of England, being at this day very unequally distributed by Counties, Cities, and Boroughs for the election of their deputies in Parliament, ought to be more indifferently proportioned according to the number of the inhabitants", d'après la version de l' "*Agreement of the People, as presented to the Council of the Army*" de GARDINER (S. R.) (éd.), *op. cit.*, p. 333.

¹⁸⁶ Article IV "That the power of this, and all future Representatives of this Nation, is inferior only to theirs who choose them", GARDINER (S. R.) (éd.), *op. cit.*, p. 334.

¹⁸⁷ « That the power [...] doth extend, without the consent or concurrence of any other person or persons, to the enacting, altering, and repealing of laws, to the erecting and abolishing of offices and courts, to the appointing, removing, and calling to account magistrates and officers of all degrees, to the making war and peace, to the treating with foreign States »

¹⁸⁸ BELL (J.), "Que signifie la souveraineté pour un Britannique », *Pouvoirs*, 1993, n°67, pp. 107-116.

¹⁸⁹ "That the power [...] doth extend, [...]to whatsoever is not expressly or impliedly reserved by the represented to themselves" GARDINER (S. R.) (éd.), *op. cit.*, p. 334.

Parlement doit respecter tant la liberté de religion et de conscience¹⁹⁰, que l'égalité entre individus¹⁹¹. En somme, les militaires anglais demandent une constitution au sens moderne du terme. Cet objectif démocratique a pris encore plus d'importance dans la deuxième version du texte voté par le *General Council of the Army* le 20 janvier 1648. En effet, outre la réforme des circonscriptions, les militaires souhaitent alors que « Tous les soldats et autres personnes, dès lors qu'ils ne sont ni serviteurs ni mendiants, doivent pouvoir intervenir dans les élections de ceux qui doivent les représenter au Parlement, même s'ils n'ont pas quarante shillings par an comme revenu »¹⁹² Il s'agissait donc de passer d'un système dans lequel le vote était rigoureusement restreint à un système où les deux tiers de la population aurait voté.¹⁹³

Outre cette œuvre intellectuelle, l'Armée a également joué un rôle essentiel dans le changement du régime. C'est par son action qu'il a été mis fin au Protectorat et que la Monarchie a été rétablie. Dans l'opinion publique, l'Armée devient alors une institution garante de la liberté anglaise évoquée à côté du Parlement.¹⁹⁴ Ainsi, en 1658, un pamphlet a circulé au sein des Communes : les *XXV Queries*. Il y est demandé à l'institution militaire de revenir à son combat pour les libertés : «N'est-ce pas une nécessité évidente pour ceux de l'Ancien Parlement, pour les officiers et soldats de l'Armée [...] qu'il faut laisser de côté, les

¹⁹⁰ Art IV 1 "That matters of religion and the ways of God's worship are not at all entrusted by us to any human power, because therein we cannot remit or exceed a tittle of what our consciences dictate to be the mind of God without wilful sin", GARDINER (S. R.) (éd.), *op. cit.*, p. 334

¹⁹¹ "That in all laws made or to be made every person may be bound alike, and that no tenure, estate, charter, degree, birth, or place do confer any exemption from the ordinary course of legal proceedings whereunto others are subjected", GARDINER (S. R.) (éd.), *op. cit.*, p. 335.

¹⁹² "That all soliders and others, if they be not servants or beggars, ought to have voices in electing those which shall represent them in Parliament, although the have no forty shillings per annum in freehold land", extrait de *An Agreement of the People for a firm and present peace, upon grounds of common right and freedom*, cité in WOLFE (D. M.), *Leveller Manifestoes of the Puritan Revolution*, New York, Thomas Nelson & Sons, 1944, 440 p., p. 226.

¹⁹³ DAVIS (J. C.), "the Levellers and Democracy", *Past and Present*, 1968, vol. 40, pp. 174-180, p. 174.

¹⁹⁴ WOOLRYCH (A. H.), "The good old cause and the Fall of the Protectorate", *Cambridge Historical Journal*, 1957, vol. XIII, pp. 133-161, pp. 138-139.

oppositions personnelles, les opinions privées, les insatisfactions afin d'unir leurs forces pour écarter l'ennemi commun et pour promouvoir les principes d'intérêt général, de droit commun et de liberté qui ont été si régulièrement énoncés dans les déclarations du Parlement et de l'Armée, »¹⁹⁵. Ce mouvement a connu son paroxysme avec la chute du *Protectorat* de Cromwell. La dernière révolution –qui a abouti à la restauration monarchique- est déclenchée par la réunion des régiments à Londres, le 22 avril 1659. Ils réclament la démission de Richard Cromwell et le retour au *Commonwealth*.¹⁹⁶ La *New Model Army* peut donc ici être qualifiée de « pouvoir constituant » au sens de C. J. Friedrich. Elle a fait œuvre révolutionnaire afin d'établir des nouveaux régimes selon des doctrines débattues en son sein.

La portée constitutionnelle de cette expérience est difficile à établir. Pour Esmein, les travaux constitutifs de l'Armée ont indirectement influencé le mouvement constitutionnel américain.¹⁹⁷ Les militaires ont en effet participé tant à la rédaction qu'à la ratification de l'*Instrument of Government* en 1653.¹⁹⁸ Ils ont incorporé dans ce texte certaines idées développées dans les projets constitutionnels du *Council of the Army* ; notamment la limitation du pouvoir du Parlement par la volonté du peuple et l'édiction de libertés fondamentales. Ces caractéristiques, ajoutées à l'indépendance de l'exécutif, marqueraient la réception de l'héritage républicain anglais dans la pensée constitutionnelle américaine. Si cette démonstration reste encore difficile à établir, il n'en est pas de même de la façon dont l'interventionnisme militaire a été reçu par la pensée anglaise.

¹⁹⁵ « Is there not an apparent necessity for those of the old parliament, the officers and soldiers of the army, [...] to lay aside all personal animosities, private opinions, and discontents, and to unite, their forces together, to keep out the common enemy, and to promote those principles of public interest, and common right and freedom, which have been held forth from time to time in the declarations of the parliament and the army? », cite in WOOLRYCH (A. H.), *ibid.*

¹⁹⁶ WOOLRYCH (A. H.), *op. cit.*, p. 133.

¹⁹⁷ ESMEIN (A.), « Les constitutions du protectorat de Cromwell », *R.D.P.*, 1899, t. I., pp. 193-218, p. 197.

¹⁹⁸ ESMEIN (A.), *ibid.*, p. 196 et 206.

B. Le rôle factuel de l'Armée dans l'instauration des nouveaux régimes en France et aux Etats-Unis

En France, l'Armée a joué un rôle important, mais toujours factuel et jamais juridique dans d'importants changements de régimes. Aux Etats-Unis, elle aurait virtuellement pu influencer sur la mise en place de la nouvelle charte fondamentale en 1787. Mais le caractère juridiquement restreint de son intervention est définitivement établi au regard d'autres expériences constitutionnelles.

1. Une participation révolutionnaire surestimée en France

A l'opposé de l'histoire britannique, l'expérience française est beaucoup plus ambiguë. D'une part, les institutions politiques françaises ont connu des modifications violentes et récurrentes depuis la Révolution. D'autre part, la définition de la force militaire en cause peut être difficile à déterminer. Par exemple, la fraternisation des Invalides le 13 juillet 1789 constitue-t-elle une intervention de l'Armée comme institution ? Toutefois, une analyse des « coups d'Etat »¹⁹⁹, entendus comme phénomène révolutionnaire ou un acte de force pure s'appuyant sur une partie au moins des forces de l'Etat et visant à s'emparer du

¹⁹⁹ Les deux notions n'étant pas nécessairement contraires à l'opposé de la définition donnée in LEROY (P.), « Coup d'Etat », in DUHAMEL (O.) et MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 1992, 1112 p.

pouvoir,²⁰⁰ permet de démontrer que l'Armée en France a toujours joué un rôle factuel et secondaire dans l'instauration de nouveaux régimes. Elle n'a donc pas exercé le pouvoir constituant. Le critère institutionnel, retenu à partir de l'exemple anglais, confirme cette analyse. L'Armée ne peut être considérée comme un acteur des révolutions que si elle agit en tant qu'organe. Ainsi, les fraternisations, phénomènes individuels, doivent être écartées. Il faut aussi écarter du champ d'étude les journées révolutionnaires²⁰¹ avant le Dix-Huit Brumaire, mais également les journées de juillet 1830 et celles de 1848.²⁰² Lors de ces ruptures, l'Armée n'agit pas comme institution car il n'y a pas d'action raisonnée d'ensemble de l'institution militaire. Par voie de conséquence, l'analyse doit s'attarder sur les trois grandes interventions militaires dans la vie publique que sont le Dix-Huit Brumaire, le 2 décembre 1851 et les journées de mai 1958.

L'appréhension de la journée du Dix-Huit Brumaire de l'an VIII comme coup d'Etat militaire est particulièrement significative de la mauvaise compréhension du rôle de l'armée. Le point inverse a en effet été clairement démontré. Pour François Furet, il ne s'agit pas d'un coup d'Etat réel²⁰³ et encore moins d'un coup d'Etat militaire. Selon l'historien, « le 18-Brumaire, coup d'Etat accompli par un général avec le soutien des troupes, n'a eu que les formes d'un pronunciamiento militaire ; il n'est pas destiné à mettre au pouvoir un groupe d'officiers,

²⁰⁰ Définition du coup d'Etat élaborée à partir des éléments réunis par BLUCHE (F.) et RIALS (S.), « Pour une histoire comparative des phénomènes révolutionnaires », in BLUCHE (F.) et RIALS (S.) (dir.), *Les révolutions françaises*, Fayard, 1989, 500 p., p. 9. D'autres auteurs expliquent que lorsqu'ils ont réussi, les coups d'Etat sont des opérations conformes au droit car ils respectent l'obligation imposée au « prince » de préserver la continuité de l'Etat. Cf. SAINT-BONNET (F.), « Technique juridique du coup d'Etat », in BLUCHE (dir.), *Le prince, le peuple et le droit*, PUF, 2000, 318 p., pp. 123-160.

²⁰¹ La force est exercée par une partie du peuple parisien cf. BLUCHE (F.), « Les journées révolutionnaires parisiennes », in BLUCHE (F.) et RIALS (S.) (dir.), *op. cit.*, pp. 227-242, pp. 229-232.

²⁰² DESLANDRES (M.), *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, 3 tomes, Armand Colin & Sirey, 1932-1937., vol. 2, p. 62 pour 1830 et pp 213-217 pour 1848.

²⁰³ FURET (F.), « Coups d'Etat », in FURET (F.) et OUZOUF (M.), *Dictionnaire critique de la Révolution française, Evénements*, Flammarion, 2^{ème} éd., 2007, 365 p., pp. 64-76.

gouvernant au profit de l'Armée »²⁰⁴. Certes, dans une première approche, le 9 novembre peut être interprété comme une intervention militaire. Mais l'organisation de cette journée comporte néanmoins une importante composante civile. Sieyès en est l'initiateur. Selon son plan, les acteurs devaient être essentiellement civils. A la différence de la tentative américaine de 1783, l'Armée ou les militaires ne sont pas à l'initiative de cette décision. Toutefois, Napoléon a, dès 1796, envisagé de prendre le pouvoir.²⁰⁵ Par ailleurs, l'objectif même du coup d'Etat restait relativement limité. Il s'agissait de provoquer la démission du Directoire pour obliger les chambres à mettre en place une commission chargée d'élaborer une nouvelle Constitution.

La force Armée devait uniquement faire œuvre d'intimidation.²⁰⁶ L'Armée n'est donc intervenue que de façon incidente. Ainsi, le Dix-Huit Brumaire, les forces militaires sont sollicitées par Napoléon à la sortie de son serment devant le Conseil des Anciens. Les militaires interviennent pour mettre aux arrêts les deux membres du Directoire – Moulin et Gohier- qui refusent de suivre le plan de Sieyès. Il est vrai que le rôle des forces armées est plus important lors du Dix-neuf Brumaire puisque d'importantes troupes sont concentrées autour du Château de Saint-Cloud, où sont réunies les deux chambres. Sur ordre de Murat les militaires ont effectivement procédé à la dispersion des assemblées. Par cette action, la situation française se rapproche des actions entreprises par la *New Model Army* pour transformer le régime britannique en 1648 et en 1653. Le même type de réaction en résulte. Après l'intervention des troupes, les tenants du coup d'Etat réunissent quelques représentants. Ce sont eux qui votent la mise en place du Consulat dans lequel Napoléon se voit reconnaître la première place. Du point de vue institutionnel, l'Armée française est alors également proche de la *New Model Army*. Les

²⁰⁴FURET (F.), « Dix-Huit Brumaire », in FURET (F.) et OUZOUF (M.), *Dictionnaire critique de la Révolution française, Evénements*, Flammarion, 2^{ème} éd., 2007, 365 p., pp. 65-76, p. 117.

²⁰⁵FURET (F.), *ibid*, p. 106.

²⁰⁶En ce sens, TULARD (J.), *Napoléon*, Hachette, Pluriel, 1987, 512 p., p. 22.

soldats citoyens du début de la Révolution, suite aux grandes campagnes révolutionnaires, sont devenus de véritables soldats de métier. L'autonomisation de l'institution militaire au regard de la Nation n'a cessé de se renforcer depuis le passage du Rhin et des Alpes.²⁰⁷ Toutefois, le coup d'Etat marque en réalité le début d'un processus d'assimilation politique des militaires.

Depuis le début de la révolution, les comportements des unités pouvaient fortement varier. Ainsi, lors des répressions des tentatives de coups d'Etat jacobins du 12 germinal an III et du 1^{er} Prairial an III, si la plupart des forces militaires sont restées loyales au Directoire, certaines unités ont pris le parti des émeutiers.²⁰⁸ Mais, du point de vue fonctionnel, l'intervention des militaires français est très dissemblable de ce qui a pu avoir lieu dans la Grande Bretagne révolutionnaire. Les membres de la *New Model Army* n'ont cessé d'approfondir leurs projets constitutionnels. En revanche, rien de tel n'apparaît dans la suite du Dix-Huit Brumaire. A l'opposé de Sieyès, Napoléon Bonaparte n'a pas de programme constitutionnel.²⁰⁹ Et même lorsque le général commence à concevoir le type de gouvernement qu'il souhaite, il ne s'agit aucunement d'un gouvernement militaire, mais d'un type de gouvernement civil différent de celui que veut Sieyès.²¹⁰

Par la suite, le rôle instrumental de l'Armée n'a cessé de se confirmer. Certes, les forces militaires ont joué un rôle essentiel dans la restauration impériale de 1815. Pour Frédéric Bluche, « sans l'armée, il n'y aurait pas eu de Cent-Jours ».²¹¹ Napoléon a tenté de présenter les soldats comme les initiateurs de son retour.²¹² Mais le ralliement de

²⁰⁷ BODINIER (G.), « La Révolution et l'Armée », in CORVISIER (A.) (dir.), *Histoire militaire de la France*, PUF, 1997, 4 vol., vol. 2, , p. 215.

²⁰⁸ BODINIER (G.), *op. cit.*, p. 216.

²⁰⁹ FURET (F.), *op. cit.*, p. 117.

²¹⁰ FURET (F.), *ibid.*,

²¹¹ BLUCHE (F.), « Les Cent-Jours », in, LUCHE (F.) et RIALS (S.) (dir.), *op.cit.*, pp. 292-301, p. 294.

²¹² Ainsi il déclare lors de sont arrivée au golfe Juan le 1^{er} mars 1815 : « Soldats dans mon exil j'ai entendu votre voix [...] votre général appelé au trône par le vœu du peuple et élevé sur vos pavois vous est rendu », cité in DESLANDRES (M.), *op. cit.*, vol. 1, p. 736.

l'Armée est provoqué par le retour de l'Empereur et par les sollicitations d'une grande partie de la population civile.²¹³ Enfin, comme après les journées de Brumaire, l'institution militaire est écartée de la suite du processus. Le texte constitutionnel est rédigé par Benjamin Constant, théoricien français le plus obstiné de la subordination des militaires au pouvoir civil. Cet héritage est repris en 1852. Les institutions de l'Empire libéral seront essentiellement composées de civils.²¹⁴

Dans le coup d'Etat du 2 décembre 1851, l'Armée joue un rôle essentiel. Mais il ne s'agit que d'un rôle purement mécanique. Certes, à l'opposé des journées de 1830 et de 1848, les forces militaires sont institutionnellement impliquées. L'ensemble de l'institution militaire a été sollicitée.²¹⁵ Au sommet, la conjuration est notamment menée par les trois plus hautes autorités militaires : le ministre de l'intérieur, Charles de Morny, le ministre de la Guerre, Armand Jacques Achille Leroy de Saint-Arnaud et le Commandant en chef de l'Armée à Paris, le général Bernard Pierre Magnan. Par ailleurs, elle est appuyée par les vingt-et-un généraux de l'Armée de Paris.²¹⁶ Matériellement, les forces militaires procèdent au coup d'Etat. Ce sont elles qui, en occupant le palais Bourbon, mettent fin au fonctionnement de la II^{ème} République.²¹⁷ Ensuite, l'Armée assure la répression du soulèvement populaire dans les faubourgs parisiens.²¹⁸ Mais, comme après le Dix-Huit Brumaire, elle ne participe pas aux phases postérieures de mise en place des institutions. La Constitution est ainsi rédigée par une commission de civils, notamment Eugène Rouher et Théodore Troplong.

²¹³ BLUCHE (F.), *op. cit.*

²¹⁴ Ainsi Cambacérés est nommé à la justice, Carnot à l'intérieur, et Fouché à la justice. Cf. DESLANDRES (M.), *op. cit.*, vol. 1, pp. 744-745.

²¹⁵ DESLANDRES (M.), *op. cit.*, vol. 2, p. 446.

²¹⁶ VIGOUREUX (C.), « Le sens du 2 décembre », in DELOS-HOURTOULE (S.) et CHERRIER (E.) (éd.), *Coups d'Etat et révolutions*, Presses Universitaires de Valenciennes, 2005, 226 p., pp. 41-47, p. 44.

²¹⁷ DESLANDRES (M.), *op. cit.*, vol. 2, p. 455.

²¹⁸ DESLANDRES (M.), *op. cit.*, vol. 2, pp. 457-459.

Mais c'est sans doute la crise de mai 1958 qui se rapproche le plus d'une véritable intervention politique de l'armée. Cependant, elle marque aussi les limites de telles interventions. Dans une première perspective, l'Armée joue un rôle primordial dans le changement de régime. En effet, pour la première fois, l'institution militaire a pris publiquement position contre les décisions du pouvoir civil, qui envisage un retrait des départements algériens. Le télégramme, envoyé le 9 mai par les quatre plus hautes autorités militaires d'Afrique, les généraux Raoul Salan, Edmond Jouhaud, Jacques Allard et l'amiral Philippe Auboyneau, est caractéristique : « L'Armée française sentirait comme un outrage l'abandon de ce patrimoine national. On ne saurait préjuger de sa réaction de désespoir »²¹⁹. Tout d'abord, il s'agit de hauts responsables militaires s'adressant au Chef de l'Etat, puisque le télégramme est adressé au Président de la République. De plus, le télégramme est écrit au nom de l'« Armée française ». En second lieu, la revendication qui est portée n'est pas purement catégorielle. Ce télégramme vise à influencer sur des choix politiques majeurs.²²⁰ Le Comité de Salut Public, établi à Alger, constitue le second élément qui permet de concevoir le mois de mai 1958 comme un mouvement du pouvoir militaire. Cette instance est partiellement composée de membres des forces armées. De plus, elle est présidée par un officier général. En dernier lieu, le mouvement d'Alger s'apparente à un coup d'Etat militaire en ce qu'il vise à la modification de la composition du Gouvernement, puisque le général Raoul Salan fait appel au général De Gaulle. Mais il n'en a que l'apparence : le comité n'a pas de programme, ni d'unité, ni de structure.²²¹

Par ailleurs, le reste de la séquence ramène le rôle de l'Armée à celui, plus secondaire, qu'elle a pu jouer lors des journées du 18 et 19 Brumaire. Le coup d'Etat militaire représente un danger pour les

²¹⁹ Cité in ARROMATORIO (S.), « Le 13 mai 58 un coup d'Etat ? », in DELOS-HOURTOULE (S.) et CHERRIER (E.) (éd.), *op. cit.*, pp. 131-155, p. 133.

²²⁰ En ce sens GIRARDET (R.), « Pouvoir civil et pouvoir militaire dans la France contemporaine », *R.F.S.P.*, 1960, n°1, pp. 5-38, p. 6.

²²¹ DENQUIN (J.-M.), « 1958 », in BLUCHE (F.) et RIALS (S.) (dir.), *op. cit.*, pp. 417-434., p. 419.

institutions de la IV^{ème} République mais l'institution militaire n'intervient pas dans le processus qui est enclenché par la suite.²²² Après l'appel de René Coty au général De Gaulle pour former un gouvernement, une autre séquence s'ouvre, uniquement civile. Formellement, ce sont les techniques liées au droit constitutionnel qui sont utilisées pour changer de régime et non la force.²²³ Sociologiquement, les acteurs de juin ne sont plus en grande partie les mêmes que ceux de mai.²²⁴ Les militaires ne jouent plus de rôle politique, le processus de préparation de la Constitution est mené par des civils.

L'histoire française des interventions militaires ne peut donc être que partiellement rapprochée de son équivalente anglaise. L'Armée a joué un rôle majeur dans les changements révolutionnaires des régimes. Toutefois, à l'inverse de l'expérience anglaise, ce rôle reste uniquement matériel. Même symboliquement, l'institution militaire n'exerce pas le pouvoir constituant.

2. L'expérience américaine, une expérience unique

Aux Etats-Unis, l'incompatibilité entre une Armée professionnelle et la démocratie américaine a failli être confirmée en 1783, date de la *Newsburgh Conspiracy*. Cet événement est assez proche de l'expérience anglaise de 1647. D'une part, il s'agit d'une Armée victorieuse, puisque

²²² Pour J.-M. Denquin, l'auteur « La peur de la violence constitue bien l'un des ressorts majeurs de l'événement : le risque d'un coup d'Etat militaire ferme l'horizon. Si l'on oublie cela, le jeu de tous les acteurs cesse d'être intelligible. Il n'en reste pas moins que la menace de la violence n'est pas la violence. Le phénomène n'est pas enclenché par l'émeute, le terrorisme ou la rébellion militaire », in DENQUIN (J.-M.), *ibid.*, p. 418.

²²³ AVRIL (P.), *La Ve République. Histoire politique et constitutionnelle*, PUF, 2^{ème} éd., 1994, 417 p., pp. 16-30.

²²⁴ GAÏTI (B.), « Les incertitudes des origines. Mai 58 et la Ve République », *Politix*, 1999, n°47, pp. 27-62, p. 28.

les anglais et les colons ont commencé les négociations qui doivent conduire à l'indépendance. D'autre part, cette conspiration repose sur des mobiles proches de ceux ayant provoqué l'investissement politique de la *New Model Army*. A la fin de 1782, des officiers présentent au Congrès continental une pétition concernant les arriérés de solde et les pensions promises par la Confédération pendant le conflit. Cette pétition explique que si la question n'est pas réglée, alors cela pouvait avoir des « conséquences fatales ».²²⁵ Cette première action n'a alors eu aucun effet. C'est pourquoi, une nouvelle pétition est rédigée par le futur Secrétaire d'Etat à la guerre, H. Knox. Ces pétitions sont ensuite instrumentalisées par le parti nationaliste, la matrice du futur parti fédéraliste. Cette faction est constituée pour obtenir que le Congrès vote une réforme fiscale qui, seule, doit permettre de régler la question de la solde des militaires.

Mais, confrontés à l'échec de cette première manifestation, les nationalistes ont alors encouragé un groupe particulier d'officiers.²²⁶ Il s'agit de jeunes militaires subalternes qui entourent le général Horatio Gates. Sollicité par Robert Morris, ce groupe décide de mener à bien un coup d'Etat. Les conspirateurs veulent remplacer le Congrès par un gouvernement militaire. En mars 1783, les conjurés diffusent anonymement un appel à une réunion des officiers. Cette déclaration propose aux militaires de modifier le ton trop conciliant de la première pétition. Ce document menace le Congrès, soit d'une guerre civile, soit d'un départ des militaires pour créer un nouvel Etat à l'Ouest des colonies.²²⁷ La réunion voulue n'a toutefois pas eu l'effet escompté car George Washington s'y est rendu. Par son intervention, il met fin au projet de coup d'Etat. Toutefois, ces événements ont été révélateurs de la tentation qui existait parmi les fédéralistes d'utiliser l'Armée pour faire

²²⁵ KOHN (R. H.), *op. cit.*, p. 19.

²²⁶ KOHN (R. H.), *op. cit.*, pp. 25-26.

²²⁷ "If peace, that nothing shall separate them [Congress] from your arms but death: if war, that courting the auspices [...] you will retire to some unsettled country", in FORD (W. C.) (éd.), *Journal of the Continental Congress 1774-1789*, Washington, Library of Congress, 1904-1937, t. XXIV, p. 297.

aboutir leur programme politique si celui-ci ne pouvait être développé par la voie du Congrès.

Le discours du futur président fonde la tradition d'une séparation entre les pouvoirs civils et militaires. Dans un premier temps, il démontre l'inévitable échec de l'intervention militaire. Ensuite, il a met en cause la faisabilité morale d'un coup d'Etat militaire qualifié de « choquant ».²²⁸ Toute tentative de coup d'Etat entrainerait la disgrâce, pour avoir souillé la gloire de l'Armée et sali sa réputation de courage et patriotisme.²²⁹ A côté de ces arguments moraux, George Washington fait appel à des arguments institutionnels. Il a bien sûr rappelé qu'un coup d'Etat serait contraire à la discipline. Il fait ensuite valoir que tout mouvement contre le Congrès aurait pour effet de faire périr les deux institutions, l'Armée et donc la République.²³⁰

3. L'armée, pouvoir constituant dans d'autres régimes

La comparaison de l'histoire française et américaine des interventions politiques militaires avec celle d'autres Etats permet de démontrer définitivement l'absence de pouvoir constitutionnel des institutions militaires américaine et française.

Le cas portugais toujours est assez révélateur. En effet, le Mouvement des forces armées participe à l'établissement de la

²²⁸ “could the army actually contemplate something so shocking as turning its swords against Congress?”, reproduit in FORD (W. C.) (éd.), *Journal of the Continental Congress 1774-1789*, Washington, Library of Congress, 1904-1937, t. XXIV, pp. 306-310.

²²⁹ “the disgrace that would follow any step that might sully the army’s glory or tarnish its deserved reputation for courage and patriotism”, *Ibid.*

²³⁰ “[Could the Army] Turning its swords against Congress, plotting the ruin of both, [will] deluge our rising emprise in blood”, *Ibid.*

Constitution par le biais des accords du 10 avril 1975 et du 27 février 1976 : les partis politiques portugais dessinent alors avec les représentants des forces armées le schéma constitutionnel de la nouvelle république lusitanienne.²³¹ Afin de participer pleinement au processus constituant, le Mouvement des forces armées se dote du Conseil de la Révolution après l'échec du coup d'état du 11 mars 1975.²³² Le Préambule de la Constitution du 2 avril 1976 assimile bien les forces militaires au pouvoir constituant démocratique. Il fait d'abord du Mouvement des Forces armées un représentant du peuple lorsqu'il précise que celui-ci, en reversant le régime précédent, a agi en « répondant » « aux sentiments profonds » du « peuple ». L'article 273 précise même que « les Forces armées font partie du peuple » qui, implicitement dans le préambule et explicitement dans l'article 2 de la Constitution, est déterminé comme étant le titulaire de la Souveraineté. Toutefois, ni le Mouvement des forces armées ni le Conseil de la Révolution ne sont inclus dans la procédure qui permet la rédaction puis l'adoption du texte de la Constitution. Cette absence a d'ailleurs eu des conséquences sur le fond du texte. Ainsi, l'avant projet négocié avec les partis prévoyait que le Président de la République devait être élu par un collège électoral composé à égalité des représentants de l'assemblée élue et de représentants de l'assemblée du Mouvement des forces armées.²³³ Or au final, la Constitution de la république portugaise allait prévoir une élection au suffrage universel direct.

En revanche, l'exemple turc met en lumière toute l'intensité que peut prendre la participation des forces armées au processus constituant. Les coups d'Etat de 1961 et de 1980 sont particulièrement significatifs. Dans ces deux cas, l'institution se mobilise totalement. Il ne s'agit pas

²³¹ LAUVAUX (Ph.), *Destins du présidentielisme*, PUF, 2002, 137 p., p. 25.

²³² ROUSSEAU (D.), « La primauté présidentielle dans le nouveau régime politique portugais : mythe ou réalité », *R.D.P.*, pp. 1325-1372, p. 1329.

²³³ ROUSSEAU (D.), *ibid.*, p. 1332.

d'une faction de celle-ci. Ainsi, le coup d'Etat de 1960 débute avec une lettre adressée au gouvernement turc par le chef de l'Armée de terre. Il y explique que l'Armée déplore l'abandon de la doctrine kémaliste par le gouvernement civil. Un mois après, en mai 1960, les élèves officiers défilent et provoquent alors un soulèvement. Le gouvernement de la Turquie est assuré de façon transitoire par un « Comité d'Union nationale » composé exclusivement de militaires.²³⁴ De la même manière, le coup d'Etat de 1980 est décidé et dirigé par la plus haute instance militaire de l'Etat turc : le Conseil national de sécurité.²³⁵

En second lieu, les coups d'Etat militaires sont à l'origine de l'élaboration des deux dernières constitutions de 1961 et de 1982. L'Armée a joué un rôle déterminant dans l'élaboration de la Constitution du 7 novembre 1982²³⁶, toujours en vigueur. En effet, l'institution militaire a participé directement et indirectement à l'élaboration du texte. Après avoir mis fin au régime antérieur par le coup d'Etat du 12 septembre 1982, les militaires, sous la forme d'un Conseil de sécurité nationale, nomment les membres de l'Assemblée nationale consultative. Un comité de cette Assemblée prépare alors un projet de Constitution qui en dernier ressort est amendé par le Conseil de sécurité nationale. C'est ce projet qui est adopté par référendum. Parallèlement, cet organe a élaboré une partie des règles organisant les institutions politiques mais non prévues dans le texte ; le Conseil a donc participé à la mise en place de la Constitution matérielle turque.²³⁷ Par exemple, il a édicté la loi électorale qui est encore en vigueur aujourd'hui.²³⁸ Ainsi, tant du point de vue institutionnel, que de l'intensité de l'intervention dans le processus constituant l'Armée turque a exercé le pouvoir constituant.

²³⁴ VERNIER (B.), « L'Armée turque et la république néo-kémaliste », *Politique étrangère*, 1965, pp. 259-279, p., pp. 261-262.

²³⁵ AYDINLI (E.), ÖZCAN (N. A.), AKYAZ (D.), "The Turkish Military's March Toward Europe", *Foreign Affairs*, 2006, Janvier/Février, pp. 77-90

²³⁶ Sur l'ensemble du processus cf. SAKALLIOGLU (U. C.), *op. cit.*, p. 153.

²³⁷ HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 29^{ème} éd., 2005, 896 p., p. 51.

²³⁸ La loi 2820 de 1983 prévoyait notamment qu'aucun parti ne pouvait se présenter aux élections s'il s'identifiait à une classe, à une religion, à une race ou à une langue particulière.

Les forces armées des Etats-Unis, de la France et du Royaume-Uni ont donc été des pouvoirs susceptibles de se substituer à la souveraineté démocratique dans l'histoire constitutionnelle des trois pays. Toutefois, elles ont joué ce rôle avec une intensité très différente. Les Etats-Unis n'ont connu qu'une tentative avortée de coup d'Etat. En France, l'Armée est intervenue de façon récurrente depuis la révolution mais uniquement à titre d'instrument matériel, de force brute, pour provoquer la révolution. En revanche, en Grande-Bretagne, l'Armée s'est intégrée aux institutions politiques pendant la Révolution. Elle a également été l'élément essentiel des changements de régime. De plus, elle a participé activement à la mise en place des nouvelles institutions. Le pouvoir militaire s'est donc substitué au pouvoir civil avec le plus d'intensité. Pourtant, la différence d'intensité ne correspond pas nécessairement à la façon dont ces événements ont été intégrés par la culture politique des trois nations.

Chapitre II : La formulation d'un principe de subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil

La participation de l'Armée aux institutions ou aux révolutions constituantes a conduit à la formulation d'un principe de subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil. Cette formule est devenue un principe politique commun aux trois Etats (I). Mais sa formulation juridique a pris des formes distinctes (II).

Section I. La formulation d'un principe politique de subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil

Les cultures politiques des trois pays étudiés ont été influencées de façon très différente par la participation militaire aux processus révolutionnaires. Toutefois, leur appréhension demeure assez proche par le faible rapport que les cultures politiques entretiennent avec l'expérience historique propre à chaque système politique. Alors que les expériences anglaise et nord-américaine diffèrent profondément, leur conceptualisation s'est réalisée sur un même fondement. Dans la pensée anglo-saxonne, le pouvoir militaire est conçu comme un danger matériel par rapport au gouvernement civil existant. Il s'agit donc d'assurer la subordination d'un pouvoir militaire matériel par rapport à un pouvoir de

droit civil (A). En revanche, en France, cette analyse a été plus développée. Les penseurs libéraux français ont conceptualisé la nécessité d'éviter un pouvoir militaire institutionnel (B).

A. La formulation anglo-saxonne : la recherche d'une garantie contre le pouvoir matériel de l'armée

Après le *Glorious Revolution* la pensée politique anglaise a formulé un principe d'incompatibilité absolue entre régime parlementaire et existence d'une institution militaire. Cette maxime politique a été reprise de façon très proche aux Etats-Unis.

1. La conceptualisation anglaise du danger des « *Standing Armies* »

Assez rapidement après la restauration, les parlementaires anglais ont formulé leur rejet des armées permanentes. En effet, le 3 novembre 1673, la Chambre des communes vote une résolution instituant un comité chargé de préparer une adresse au Roi pour se plaindre, au nom de la Nation, de l'existence d'une « *Standing Army* ». ²³⁹ Le débat, qui a eu lieu le lendemain, pose clairement les termes de la réception anglaise. ²⁴⁰ La résolution est fondée sur deux types d'arguments. D'une part, les parlementaires se plaignent des contraintes financières que l'entretien de cette Armée impose à la population. Ils expliquent également que les réquisitions de logements civils pour héberger les militaires portent atteinte au droit de propriété garanti par la *common law* aux sujets

²³⁹ House of Commons séance du 3 novembre 1673, *Journal of the House of Commons: volume 9: 1667-1687*, 1802, pp. 285-286.

²⁴⁰ House of Commons séance du 4 novembre 1673, *Grey's Debates of the House of Commons: volume 2*, 1679, pp. 215-223.

anglais.²⁴¹ D'autre part, ils considèrent que l'existence même de l'Armée porte atteinte à toutes « les lois d'Angleterre ». Elle implique l'application de la *martial law* qui déroge aux principes essentiels du droit anglais.²⁴²

L'idée qu'une Armée permanente constitue un danger pour le régime est popularisée par Lord Shaftesbury au Royaume-Uni, quelques années après la guerre civile. Comme l'ont montré les travaux de Pocock, cette personnalité qui protège de nombreux intellectuels, dont John Locke, s'est inspiré de Harrington en la matière.²⁴³ Dans un discours prononcé à la Chambre des Lords, le 20 octobre 1675, Shaftesbury encourage ses pairs à s'opposer à leur déclin. La chute de la Chambre haute conduirait en effet à la disparition des libertés anglaises car dans ce cas le Roi serait obligé d'aller chercher un autre appui. Selon lui, seuls deux types de gouvernement sont possibles : soit le Roi gouverne avec sa noblesse, avec ses Lords, soit il gouverne avec l'armée.²⁴⁴ Shaftesbury développe l'analyse de Harrington selon laquelle, faute d'avoir pu s'appuyer sur une Chambre des Lords politiquement inexistante, Charles Ier Stuart n'a eu d'autre possibilité que de recourir à l'Armée pour s'opposer à la Chambre des Communes.²⁴⁵ Mais, il s'agit d'un détournement des thèses de Harrington. Ce dernier oppose la démocratie, et non l'aristocratie, au gouvernement militaire. Ainsi, dans les *Political Aphorisms*, il explique que seule une assemblée élue par le peuple peut

²⁴¹«The reasons for it—It brings in the billeting of soldiers, against the Petition of Right—The last Session they took five pence from persons to be exempted from quartering soldiers, and now it is raised to sixpence, not only in inns and alehouses, but in private houses (a man's house is his castle) contrary to the privileges of the *English* subjects”, compte-rendu de Sir Thomas Meres, *ibid.*

²⁴² “Martial Law, made for the governing these men, against all the laws of *England*. Martial Law has arbitrary principles and arbitrary power—We like not these arbitrary principles in any Councils”, *ibid.*

²⁴³ POCOCK (J. G. A.), “Machiavelli, Harrington, and English Political Ideologies in the Eighteenth Century”, *William and Mary Quarterly*, 1965, t. XXII, 1965, pp. 550-565, p. 558.

²⁴⁴ “My Lords, it is not only your interest, but the interest of the Nation, that you maintain your Rights; [...] there is no Prince that ever governed without *Nobility* or *Army*? If you will not have one, you must have the other”, in *States: being a collection of several treaties in the reign of Charles II. State tracts ; from 1660 to 1689*, Londres, A. Balwin, 1693, p. 59.

²⁴⁵ POCOCK (J. G. A.), *op. cit.* p. 559

gouverner sans armée.²⁴⁶ Ce discours marque toutefois le point de départ d'une opinion bien établie selon laquelle une Armée de métier est incompatible avec la souveraineté du Parlement. Toutefois, ce ne sont pas la *New Model Army*, ni Cromwell, qui vont être utilisés comme références premières dans l'opposition.

Le premier argument pour fonder l'incompatibilité entre l'institution militaire et le régime britannique s'inscrit pleinement dans la lutte entre le Roi et les Chambres qui est propre à l'époque à laquelle est elle formulée. En premier lieu, l'Armée de métier est présentée comme un danger en ce qu'elle obéit au Roi. Dès lors, elle pourrait être instrumentalisée contre le Parlement par les conseillers du Roi.²⁴⁷ Cette idée est introduite dans le droit positif à partir de 1688. Le *Bill of Rights* impose à la nouvelle dynastie d'obtenir l'accord du Parlement pour maintenir une armée. Toujours dans le cadre de l'opposition entre la Cour et les Chambres, la *Standing Army* est également critiquée parce qu'elle constitue une source de corruption. Elle est décrite comme un élément important du système clientéliste permettant au Gouvernement d'imposer sa volonté aux Chambres. Les militaires sont dangereux car ce sont des *placemen* comme les autres.²⁴⁸ Mais ces arguments ne vont réellement être systématisés qu'à partir de la Paix de Ryswick, en 1697. Guillaume III craint alors que la paix avec Louis XIV ne soit que temporaire. Afin de pouvoir parer à la reprise des hostilités, il souhaite donc maintenir une force armée. Ce projet soulève un rejet très fort au Parlement et dans la presse. Ainsi, l'opposition *whig*, notamment à travers les écrits de John Trechard,²⁴⁹ défend l'idée qu'une Armée

²⁴⁶HARRINGTON (J.), *The Oceana and Other Works do James Harrington with an Account of His Life by John Toland*, Londres, Becket and Cadell, 1771, reed., Etats-Unis, Liberty Found, 2005, 1208 p., p.998.

²⁴⁷POCOCK (J. G. A.), *op. cit.*

²⁴⁸MARVELL (A.), *An Account of the Growth of Popery and Arbitrary Government in England*, Londres, 1677, 156 p., pp. 74-81.

²⁴⁹A qui est attribué l'écrit suivant, *A short history of of standing armies in England*, Londres, 3^{ème} éd., 1698. Cf. MILLER (E. A.), "Some arguments used by English

professionnelle serait fatale à un gouvernement libre et constitutionnel.²⁵⁰ Ces premiers articles provoquent la réponse de Sir John Somers, alors Lord Chancellor de Guillaume III. C'est le début d'une polémique assez véhémente dans laquelle les défenseurs de l'option royale sont accusés de vouloir réintroduire l'absolutisme en Angleterre.²⁵¹ Les arguments utilisés peuvent être classés en deux catégories. Il est reproché à une Armée permanente de créer des problèmes matériels mais aussi des problèmes politiques.

Le premier reproche qui est fait à l'existence d'une institution militaire se fonde sur une logique financière. L'entretien d'une telle Armée conduirait à un développement trop important des dépenses publiques. Parallèlement, les adversaires d'une Armée permanente mettent en avant les inconvénients que l'existence d'une telle institution fait peser sur les sujets britanniques. Le recours à cet argument a d'autant plus de poids qu'il a été utilisé au début du processus révolutionnaire. En effet, Charles Ier avait déjà tenté de mettre en place une Armée permanente sur le territoire du Royaume. Afin d'assurer la subsistance des militaires, les officiers avaient alors procédé au *billeting*. Par la voie de réquisitions écrites, les commandants imposaient aux civils de loger et de nourrir les hommes sous leurs ordres.²⁵² Cette pratique est très mal perçue par la population. Aussi, la *Petition of Rights* de 1628 imposée à Charles Ier soulève l'illégalité de cette procédure à côté des taxes forcées et de la détention par la volonté Royale. Ce document explique donc que « jusqu'à récemment d'importantes compagnies de soldats et de marins ont été dispersées dans les différents *counties* du Royaume et les habitants ont été obligés de les recevoir dans leurs maisons contre leur

pamphleteers, 1697-1700 concerning a standing army", *Journal of Modern History*, t XVIII, 1946, pp. 306-313, p. 306.

²⁵⁰ MILLER (E. A.), *op. cit.*, p. 306.

²⁵¹ MILLER (E. A.), *op. cit.*, p. 307.

²⁵² MAITLAND (F. W.), *The Constitutional History of England*, (1908), rééd., Cambridge, Cambridge University Press, 1968, 548 p., p. 325.

volonté [et] contre les lois et coutumes du Royaume »²⁵³ Cette déclaration n'a pourtant pas eu les effets escomptés. Lors de la guerre civile anglaise, Cromwell a utilisé ce type de techniques pour soumettre les populations récalcitrantes.²⁵⁴ A ces arguments d'ordre matériel s'ajoute un argument qu'il est tentant de qualifier de « culturel ». Pour les opposants au projet de Guillaume III, le mode de vie militaire est tout simplement incompatible avec le mode de vie civil. En somme, les militaires de carrière seraient trop peu civilisés. Ce reproche vaut autant pour les hommes du rang que pour les officiers.²⁵⁵

Parallèlement, ces auteurs mettent en avant les dangers politiques soulevés par l'existence d'une Armée professionnelle. D'un côté, il est avancé qu'en Europe continentale les armées permanentes ont été utilisées pour supprimer les libertés des sujets dans les royaumes où ce type d'Armée a été institué.²⁵⁶ La Monarchie française est spécifiquement visée. Le développement de son pouvoir est présenté comme n'ayant entraîné que le sang et la désolation.²⁵⁷ Malgré donc cette garantie constitutionnelle, les pamphlétaires considèrent qu'une Armée permanente est, par principe, dangereuse. L'explication tient à leur vision plus complète de l'histoire britannique. Contrairement à la première génération d'auteurs opposés à la *Standing Army* tels Harrington, J. Trenchard et W. Moyle n'écartent pas la guerre civile de leurs argumentaires. Ils expliquent que, malgré la subordination au Parlement, l'Armée s'est rebellée contre lui sous la direction de Cromwell. De

²⁵³ Art. VI "of late great companies of soldiers and mariners have been dispersed into divers counties of the realm and the inhabitants against their wills have been compelled to receive them into their houses [...] against the laws and customs of this realm"

²⁵⁴ COTTRET (B.), *op. cit.*, p. 148.

²⁵⁵ Anonyme, *The late prints for a standing army, and in vindication of the militia considered, are in some parts reconci'd, cite in* MILLER (E. A.), *op. cit.*, p. 308.

²⁵⁶ Idée développée par le député *whig* radical Walter MOYLE avec J. TRENCHARD, dans *An argument shewing that a standing army is inconsistent with a free government, and absolutely destructive to the constitution of the English monarchy*, Londres, E; Whitlock 1697, 30 p., pp. 6-12.

²⁵⁷ Ainsi la brochure commence par ; "When I consider what a dismal sScene of Blood and Desolation hath appered upon the Theatre of Europe during the Growth and Progress of the French Power, I cannon sufficiently applaud and admire our thrice happy Situation.", MOYLE (W.) et TRENCHARD (J.), *op. cit.*, p. 1.

même, c'est l'Armée qui, sous les ordres du général Monck, a renversé le Commonwealth et rappelé sur le trône la dynastie des Stuarts. Enfin, ces auteurs soulignent que la défection volontaire des militaires envers Jacques II Stuart explique foncièrement la victoire du Prince d'Orange. Il s'agit bien là de la crainte d'une Armée qui serait un corps concurrent du souverain national, puisqu'elle décide de la persistance ou de la disparition du régime en place.²⁵⁸

Les pamphlétaires anglais semblent donc s'appuyer sur la doctrine de Harrington. S'il s'oppose à l'Armée de métier, c'est essentiellement parce qu'il craint en réalité un gouvernement de prétoriens et de janissaires.²⁵⁹ Un gouvernement qui ne s'appuierait que sur l'Armée serait un gouvernement faible.²⁶⁰ Mais les pamphlétaires anglais ont enrichi cette conception avec les problématiques concernant le droit de vote. Ils craignent, outre les nuisances matérielles avancées précédemment, que les militaires ne soient utilisés pour influencer les élections au Parlement.²⁶¹ Cet argument justifiera les restrictions du droit de vote des militaires.²⁶²

Les partisans du Roi ne rejettent pas par ailleurs la maxime politique selon laquelle l'Armée est un danger pour la démocratie. Ils l'acceptent comme quelque chose d'inévitable.²⁶³ On peut dès lors considérer que cette maxime constitue une opinion commune aux deux

²⁵⁸ «Where we have but twice kept Armies in times of Peace, and both times they turned out their own masters. The first under Cromwell, expelled that Parliament under which they had fought successfully for many Years, afterwards under General Monk they destroyed the Government they before set up and brought back Charles the Second afterwards disbanded them lest they might have turned him out again.», MOYLE (W.) et TRENCHARD (J.), *op. cit.*, p. 28.

²⁵⁹ «for a monarchy by arms [...] it is not in the wit or power of a man to cure it of this dangerous flaw, that the Janissaries have frequent interest and perpetual power to raise sedition, and to tare the magistrate, even the prince himself, in pieces», HARRINGTON (J.), *op. cit.*, p. 173.

²⁶⁰ «Where there is a standing army, and not a formed government, there the army of necessity will have dictatorial power», *Political Aphorism*, n°98, in HARRINGTON (J.), *op. cit.*, p. 521.

²⁶¹ «The are lesser Inconveniencies attending a Standing Army [...] the influencing Elections of Parliament by an artificial distribution of Quarters», in MOYLE (W.) et TRENCHARD (J.), *op. cit.*, pp. 28-29.

²⁶² Cf. Chapitre II.

²⁶³ MILLER (E. A.), *op. cit.*, p. 308

partis qui s'opposent. La nécessité d'une séparation constitue donc une croyance propre à l'ensemble des personnels politiques de l'époque. Ceux-ci vont expliquer que le *Bill of Rights* constitue une garantie suffisante contre l'utilisation malencontreuse de l'Armée.²⁶⁴ Les défenseurs de l'opinion royale expliquent, en effet, que l'obligation d'obtenir l'accord annuel du Parlement pour maintenir une Armée permanente est une garantie suffisante contre toute utilisation arbitraire. A cette solution, les opposants à une Armée permanente préfèrent un autre choix. Il s'agit du recours à une Armée formée de citoyens. Ils proposent donc le recours à une garde nationale.²⁶⁵ Le même raisonnement a été suivi aux Etats-Unis.

2. La réception américaine

Selon Samuel Adams, « une Armée permanente, même si elle peut être nécessaire à certaines époques, est toujours dangereuse pour les libertés du peuple. Les soldats ont tendance à se considérer comme un corps distinct du reste des citoyens. Ils ont toujours leurs armes en main. Leurs règles et disciplines sont sévères. Ils s'attachent rapidement à leurs officiers et sont prêts à donner une complète obéissance à leurs chefs. Un tel pouvoir doit être surveillé strictement. »²⁶⁶. Cette opinion, émise en 1776, est caractéristique de la façon dont les révolutionnaires américains perçoivent l'institution militaire. Au moment de la révolution, les opinions des pamphlétaires *whigs* anglais s'étaient largement diffusées parmi les colons américains. Ceux-ci étaient surtout sensibles aux

²⁶⁴ MILLER (E. A.), *op. cit.*, p. 308.

²⁶⁵ MILLER (E. A.), *op. cit.*, p. 310.

²⁶⁶ "A Standing Army, however necessary in may be at some times, is always dangerous to the Liberties of the People. Soldiers are apt to consider themselves as a Body distinct from the rest of Citizens. They have their Amrs always in their hands. Their Rules and their Discipline is severe. They soon become attached to their officers and disposed to yield implicit obedience to their Commands. Such Power should be watched with a jealous Eye", extrait d'une letter de Samuel Adams à Joseph Warren du 7 janvier 1776, cite in KOHN (R. H.), *Eagle and Sword. The Beginnings of the Military Establishment in America*, New York, The Free Press, 1975, 443 p., p. 2.

dangers sociaux qu'une Armée représenterait du fait de sa composition sociale et des mœurs brutales qui seraient d'usage.²⁶⁷ Cet antimilitarisme a d'abord été renforcé par la confrontation des colons aux troupes européennes notamment pendant la guerre de sept ans (1775-1783) et pendant la révolution.

Mais la prise de conscience du danger que représentent les armées pour un régime politique n'a pas que des origines étrangères. Elle naît également de l'histoire politique des colonies. En effet, après 1660, plus de la moitié des gouverneurs royaux sont des officiers de l'Armée britannique. Ils ont souvent commandé des garnisons dans les villes anglaises avant d'être affecté en Amérique. De plus, ils ont exercé ces commandements pendant la phase la plus intense de la guerre civile. Leurs mandats sont en conséquence souvent exercés de façon brutale.²⁶⁸ De plus, les troupes régulières anglaises ont été de plus en plus utilisées pour réprimer les rebellions de Bacon en 1670 et de Leisler en 1680. Les abus des autorités militaires atteindront leur paroxysme pendant la guerre de sept ans. L'accroissement des troupes présentes sur les territoires des colonies a naturellement provoqué une augmentation des frictions. Celles-ci étaient essentiellement provoquées par les réquisitions de logements imposés aux civils, ainsi que par les charges financières imposées aux gouvernements des colonies.²⁶⁹ Ainsi, John Adams écrit en 1807 que « le traitement appliqué aux officiers et aux hommes des troupes coloniales par les officiers britanniques durant la Guerre [de Sept ans] lui fait bouillir le sang dans les veines »²⁷⁰. Mais c'est le massacre de cinq colons par les troupes anglaises, le 5 mars 1770, qui constitue l'événement fondateur dans la défiance contre les *standing armies*.²⁷¹

²⁶⁷ KOHN (R. H.), *ibid.*

²⁶⁸ WEBB (S. S.), "Brave Men and Servants to His Royal Highness : The Household of James Stuart in the Evolution of English Imperialism", *Perspectives in American History*, 1974, t. VIII, pp. 55-80.

²⁶⁹ KOHN (R. H.), *op. cit.*, p. 5.

²⁷⁰ "The Treatment of the Provincial officers and soldiers by the British officers during that War [Seven Years War] made my blood boil in my veins", extrait d'une Lettre de John Adams à Benjamin Rush, du 1er mai 1807, citée in KOHN (R. H.), *op. cit.*, p. 5.

²⁷¹ KOHN (R. H.), *op. cit.*, p. 6.

Cette défiance devient une figure imposée, y compris pour les chefs militaires. Alors qu'il essaye d'organiser une Armée professionnelle, George Washington est obligé de manifester son hostilité contre une « *standing army* » dans la lettre adressée à Hamilton avant de soutenir la nécessité de maintenir une « petite troupe Armée ». ²⁷²

L'ensemble de ces griefs est en conséquence repris dans la Déclaration d'indépendance. Deux types de griefs sont soulevés, en ce qui concerne l'armée. D'un côté, ce texte fondateur reproche à Georges III d'« avoir amené parmi [les colons] des armées permanentes » ²⁷³. La reprise de l'expression marque expressément le renvoi à la tradition *whig*. Dans le même sens, le Monarque anglais est accusé d'avoir « voulu rendre l'Armée indépendante et supérieure par rapport au pouvoir civil » ²⁷⁴. Cette séparation, favorable à l'Armée, est également stigmatisée d'un point de vue juridictionnel. En effet, la justice militaire est présentée comme une « protection des militaires » qui ne sont soumis qu'à une « juridiction de pacotille ». ²⁷⁵ Il s'agit donc de critiques politiques. Mais, tout comme au Royaume-Uni, les griefs sont aussi matériels. Les « réquisitions de logements au profit de d'importants corps de troupes » ²⁷⁶ sont mises au même plan que les actions de « mort, désolation et tyrannie » ²⁷⁷ des troupes anglaises.

²⁷² “Altho' a *large* standing Army in time of Peace hath ever been considered dangerous to the liberties of a Country, yet a few Troops, under certain circumstances, are not only safe, but indispensably necessary” in Lettre adressée à Alexander Hamilton, 2 mai 1783, reproduite in FITZPATRICK (J. C.), *The Writings of George Washington*, Washington, 39 vol., 1931-1934, Washington D.C., Government Printing Office., v. XXVI, p. 375.

²⁷³ “He had kept among us [...] standing armies”, d'après la version incluse in HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *The Federalist edited by by George W. Carey, James McClellan*, Indianapolis, Liberty Found, 2001, 566 p., pp. 495 et s.

²⁷⁴ “He has affected to render the military independent of and superior to civil power”, *idem*.

²⁷⁵ “protecting them, by a mock trial”, *idem*.

²⁷⁶ “quartering large bodies of troops among us”, *idem*.

²⁷⁷ “transporting large armies of foreign mercenaries to complete the works of death, desolation and tyranny”, *idem*.

B. La formulation progressive en France d'un principe de défiance personnelle envers les militaires

Au Royaume-Uni comme aux Etats-Unis, la formulation de l'incompatibilité entre une institution militaire et un régime libéral est en grande partie le fruit de l'expérience. Dans le cas français, l'articulation du principe précède parfois l'expérience. Et cela même si de grands libéraux comme Constant et Tocqueville ont développé la formulation contemporaine de l'antimilitarisme libéral. Parallèlement, l'expérience française des coups d'Etat a abouti à la construction d'une légende, qui a servi de facteur essentiel à la construction de la culture politique républicaine à partir des années 1880.

1. La première formulation : le pouvoir militaire, un danger envers le pouvoir législatif

Alors même que l'Armée n'est pas encore intervenue dans les institutions françaises, Montesquieu puis Sieyès prennent en compte le danger que le pouvoir militaire peut représenter pour le pouvoir civil.

La pensée de Montesquieu en la matière est profondément marquée par ses lectures anglaises et naturellement par Machiavel. Dans un premier temps, Montesquieu analyse le pouvoir militaire sous l'angle historique dans *La cause de la grandeur des Romains*. Il y reprend les thèmes évoqués par Harrington. Dans cet ouvrage, la force militaire n'est pas présentée comme un danger pour le Parlement, si elle est dans les mains de l'exécutif. Montesquieu y décrit les armées permanentes comme un danger pour l'ensemble du régime. Ainsi, il explique qu'« une

expérience continuelle a pu faire connaître en Europe qu'un prince qui a un million de sujets ne peut, sans se détruire lui-même, entretenir plus de dix mille hommes de troupe »²⁷⁸. L'influence de Harrington est enfin perceptible lorsqu'il traite de la décadence de l'Empire. Ainsi, il constate que l'intervention des armées dans la désignation des Empereurs s'explique par la disparition des « grandes familles romaines ». Par leur disparition, « la puissance civile, [...] se trouva hors d'état de contrebalancer la militaire ».²⁷⁹ Mais il introduit ce qui est devenu une spécificité de l'appréhension française du pouvoir militaire : la dimension psychologique. Il pose les bases de l'assimilation française entre organisation militaire et conception césariste du pouvoir. Selon lui, les armées ont causé la « perte de Rome » parce que, par la guerre, les généraux ont pris connaissance de « leur puissance » mais aussi car les « soldats commencèrent [...] à ne connaître que leur général. [...] Ce ne furent plus les soldats de la république, mais de Sylla, de Marius, de Pompée ».²⁸⁰

Toutefois, l'influence de l'histoire anglaise²⁸¹ se précise lorsque Montesquieu traite du danger du pouvoir militaire dans la dernière partie du Chapitre VI du Livre XI de *l'Esprit des lois*.²⁸² Cette analyse suit l'exposé de la distribution des compétences, nécessaire à la préservation de la liberté politique. Comme pour les anglais qui écrivent après la guerre civile, la force militaire est d'abord un danger dans l'équilibre des compétences. Il s'agit d'abord d'éviter que « celui qui exécute ne puisse opprimer ». Pour ce faire, l'auteur reprend les solutions anglaises d'ordre juridique. L'Armée doit être de conscription et limitée à une période d'un an. De plus, ses chefs doivent être responsables sur leurs deniers ; dans le

²⁷⁸ MONTESQUIEU de SECONDAT (Ch.-L.), *Œuvres complètes*, Gallimard, 1951, 2 vol., 1951, vol. 2, p. 80.

²⁷⁹ MONTESQUIEU de SECONDAT (Ch.-L.), *op. cit.*, p. 151.

²⁸⁰ MONTESQUIEU de SECONDAT (Ch.-L.), *op. cit.*, p. 117.

²⁸¹ De l'histoire anglaise mais pas de Locke. Le passage sur les armées n'a pas d'équivalent dans le *Second traité sur le gouvernement civil* dont on rapproche fréquemment la théorie des pouvoirs de Montesquieu.

²⁸² MONTESQUIEU de SECONDAT (Ch.-L.), *op. cit.*, pp. 406-407.

cas contraire, admis à contrecœur, l'Armée doit avoir une existence précaire en ce sens qu'en tant qu'institution, la Puissance législative puisse la « casser sitôt qu'elle le désire ».

Mais l'Armée ne peut s'inscrire dans le rapport de subordination normale au Parlement que Montesquieu prescrit dans sa théorie de l'équilibre des pouvoirs. Le législateur ne doit intervenir qu'en dernier ressort en matière militaire ; le contrôle doit en revenir à l'exécutif. Cette nécessité est encore une fois fondée sur un élément psychologique. Du fait de l'incompatibilité des mœurs, Montesquieu explique que l'institution militaire n'accepterait pas d'obéir directement à un pouvoir délibérant : « Il est dans la manière de penser des hommes que l'on fasse plus de cas du courage que de la timidité ; de l'activité que de la prudence; de la force que des conseils. L'Armée méprisera toujours un sénat et respectera ses officiers. Elle ne fera point cas des ordres qui lui seront envoyés de la part d'un corps composé de gens qu'elle croira timides, et indignes par là de lui commander. » Ainsi, sitôt que l'Armée dépendra uniquement du corps législatif, le gouvernement deviendra militaire. Dès lors, il pose cette relation sous forme d'un équilibre à rechercher : « Que si dans le cas où l'Armée est gouvernée par le corps législatif, des circonstances particulières empêchent le gouvernement de devenir militaire, on tombera dans d'autres inconvénients ; de deux choses l'une : ou il faudrait que l'Armée détruise le gouvernement, ou que le gouvernement affaiblisse l'armée. ».

A côté de l'équilibre entre pouvoirs constitutionnels, Montesquieu postule donc un équilibre entre « Législatif », pouvoir civil juridique, et « l'Armée », pouvoir matériel obtenu par l'intermédiaire du pouvoir exécutif et par l'organisation matérielle d'une séparation totale entre population civile et population militaire.²⁸³

²⁸³ « Ainsi, sitôt que l'Armée dépendra uniquement du corps législatif, le gouvernement deviendra militaire. Et si le contraire est jamais arrivé, c'est l'effet de quelques circonstances extraordinaires; c'est que l'Armée y est toujours séparée; c'est qu'elle est composée de plusieurs corps qui dépendent chacun de leur province particulière; c'est que

Sieyès lui-même a également postulé cette opposition. Cette idée ressort d'une note, *La Puissance législative mal partagée en Angleterre*.²⁸⁴ Il abouti à ce résultat en s'interrogeant sur la représentation des catégories sociales au sein de l'organe législatif. Selon lui, l'organe législatif devrait être composé de trois catégories représentant les « intérêts de la nation » : les propriétaires du sol, les commerçants et la catégorie intellectuelle. En revanche, outre l'exclusion des militaires, Sieyès postule que la noblesse ne doit pas disposer d'une chambre propre comme les Lords au Royaume-Uni. L'exclusion de la noblesse repose sur le caractère non productif de cette catégorie sociale. En revanche, alors même que cette idée d'inutilité sociale a pu être invoquée en Angleterre à la fin du dix-septième siècle, Sieyès ne recourt pas à cet argument en ce qui concerne les militaires. Selon lui, « l'état militaire ne doit pas faire un ordre législatif » car il « subjugueraient bientôt les autres ». L'explication tient ici à la puissance matérielle que représentent les militaires. Combinée à la puissance législative, que Sieyès concevait comme absolue, les deux puissances créeraient un cumul des pouvoirs qui mettrait fin à la Constitution.

2. La seconde conceptualisation : le pouvoir militaire, un danger comme méthode de gouvernement

La systématisation de l'idée d'incompatibilité entre pouvoir civil et pouvoir militaire est essentiellement le fait de Benjamin Constant.

les villes capitales sont des places excellentes, qui se défendent par leur situation seule, et où il n'y a point de troupes.

La Hollande est encore plus en sûreté que Venise; elle submergerait les troupes révoltées, elle les ferait mourir de faim. Elles ne sont point dans les villes qui pourraient leur donner la subsistance; cette subsistance est donc précaire »i

²⁸⁴ SIEYES (E. J.), *Ecrits politiques*, Editions des archives contemporaines, 1997, 300 p., p. 59.

Classiquement, il est expliqué que l'*Esprit de conquête*, écrit en 1814, est l'ouvrage essentiel de ce point de vue. Pourtant, dans ses ouvrages antérieurs, Constant a progressivement élaboré sa théorie en la matière.

Dans *La force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier* qu'il écrit en 1796, soit trois ans avant le coup de force du 18 Brumaire, Constant reprend les formulations classiques de Harrington. D'emblée, « les forces militaires » sont selon lui « des instruments d'oppression », dès qu'elles sont dans les mains d'un Monarque.²⁸⁵ Il se situe là dans la problématique classique qui est celle de la crainte du despotisme uniquement exécutif. La proximité avec le républicain anglais est encore plus marquée dans les *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*.²⁸⁶ Dans cet ouvrage, il reprend l'idée suivant laquelle que si le Roi ne dispose pas de l'appui de la noblesse, alors il est obligé de recourir à l'armée²⁸⁷ : « Le gouvernement d'un seul peut subsister sans noblesse, mais il faut alors que ce soit un pur despotisme ». Or, selon Constant, « ce despotisme qui n'est que force » se manifeste par « des soldats qui exécutent » les décisions de celui qui « commande ».²⁸⁸ Mais l'Armée n'est pas uniquement un danger pour un système monarchique, elle l'est pour l'ensemble des systèmes. Dès lors, la question militaire est prépondérante dans l'organisation d'un régime idéal, même si cette prépondérance ne tient pas au fait que l'Armée soit un « pouvoir constitutionnel » mais elle représente un pouvoir de « fait » terrible.²⁸⁹ Or, les circonstances « nécessitent pour les Républiques, comme pour tout autre gouvernement, des troupes soldées perpétuellement sur pied ».²⁹⁰ Il reprend la même formule tout comme

²⁸⁵ CONSTANT (B.), *La force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*, Éditions Flammarion, 1988, 187 p., p. 69.

²⁸⁶ CONSTANT (B.), *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, 1795-1807, Aubier, 1991, 506 p.

²⁸⁷ CONSTANT (B.), *op. cit.*, p. 195.

²⁸⁸ CONSTANT (B.), *idem*.

²⁸⁹ CONSTANT (B.), *ibid.*, p. 347.

²⁹⁰ CONSTANT (B.), *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, p. 348.

l'ensemble des développements dans les *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*.²⁹¹

L'Armée devient dangereuse dans un système républicain à partir du moment où elle franchit la frontière. Par l'éloignement de leurs foyers, les « soldats citoyens » contractent « un esprit distinct de celui du peuple ». ²⁹² Son analyse se fonde sur des outils que n'aurait pas reniés la théorie institutionnaliste d'Hauriou. ²⁹³ Constant postule la nécessité de rapprocher la finalité d'une institution militaire, mue par son propre « esprit de corps » ²⁹⁴ et ses propres intérêts. Cet esprit de corps est plus précisément la source des dangers. La mentalité militaire serait trop attachée à la « force » ²⁹⁵. En somme, il y a incompatibilité entre l'« esprit militaire » qui est « altier et conquérant » et la liberté qui est « paisible et conservatrice ». Cet esprit militaire faciliterait les coups d'Etat en faveur des chefs militaires. Le premier danger est donc culturel.

Dans l'*Esprit de conquête*, qui continue la critique fervente de l'épopée impériale, Constant développe les effets politiques de cette idée.

²⁹¹ CONSTANT (B.), *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, 1814, Num. BNF de l'éd. de, Paris : INALF, 1961, Reprod. de l'éd. de, Paris : Guillaumin, 1872, 166 p., p. 106.

²⁹² CONSTANT (B.), *ibid.*, p. 347.

²⁹³ L'institution est selon le doyen de Toulouse « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres d'un groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures », HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation, Cahiers de la nouvelle journée, n°4, 1925, pp. 2-45, p. 10.

²⁹⁴ Dans l'esprit des institutionnalistes, cet esprit de corps constitue l'« idée d'œuvre » qui structure l'institution. D'ailleurs un des élèves d'Hauriou, Renard utilise le régiment militaire comme exemple d'institution sociale. Ses mots ne sont pas si lointains de ceux qu'utilise Benjamin Constant : « Dans le chiffre cousu au col de sa capote, le plus ignorant des hommes de troupe lit le numéro de son régiment ; un beau matin, on le fait descendre en grande tenue dans la cour de la caserne, et le colonel lui présente le drapeau du régiment ; une autre fois, on lui raconte l'histoire du régiment ; peu à peu, il expérimente la camaraderie de son régiment : doucement, il se sent pris de la fierté de son régiment ; c'est l'âme du régiment qui passe dans son âme ; et le jour de la libération de la classe, si content qu'il soit de rentrer dans ses foyers, il ne peut se défendre d'une petite émotion en disant adieu à sa chambrée et en passant la grille pour la dernière fois... Ne lui dites pas que le régiment est un numéro : vous feriez preuve d'une trop misérable psychologie : le régiment, c'est un « corps », dont les membres se renouvellent avec la classe et qui se perpétue à travers les classes. », RENARD (G.), *La théorie de l'institution*, Sirey, 1930, 639 p., p. 112.

²⁹⁵ CONSTANT (B.), *op. cit.*, p. 347.

Il part d'une critique de la guerre, qui est en rupture avec la pensée des Lumières. Par exemple, pour Montesquieu ou bien Rousseau, la guerre est un phénomène qu'il faut canaliser et civiliser mais qui existe. En revanche, pour Constant, la guerre est une « impulsion sauvage » qui est en rupture –notamment chronologique- avec l'esprit industriel des sociétés modernes.²⁹⁶ A partir de cette idée, il introduit l'incompatibilité morale entre Armée professionnelle et société contemporaine. La pratique des guerres conquérantes a introduit un « abîme moral » entre les armées de conquête²⁹⁷ et le reste de l'« espèce humaine ».²⁹⁸ Cette rupture prend un aspect politique, puisqu'elle conduit à un certain mode de gouvernement : puisque l'art militaire servirait aux militaires à « mieux rédiger leurs arrêts de massacre ou de spoliation ».²⁹⁹ Mais, alors que pour Montesquieu, l'argument psychologique justifie une défiance envers l'Armée comme institution, pour Constant l'argument prend la forme d'une défiance individuelle. A la fin du chapitre IV de *l'Esprit de conquête*, il n'identifie pas cette tendance dans l'esprit des « armées françaises », mais dans celui de leur « chef ».³⁰⁰ Cette incompatibilité présente un danger politique. Dans la même logique que Montesquieu, Constant explique que l'esprit militaire conduit à la création de « corps d'armées » qui portent atteinte à l'unité de la nation. Cette séparation se manifeste sur le plan politique par un « respect » pour l'« emploi de la force ». A ce stade, Montesquieu explique que le seul moyen de lutter contre l'attachement des militaires à cette idée du pouvoir réside dans leur subordination, non au Parlement, mais à l'exécutif. Le caractère unitaire de celui-ci serait donc plus conforme à l'idéal social des militaires. La coexistence est donc possible entre législature et institution militaire.

²⁹⁶ CONSTANT (B.), *L'esprit de conquête*, (1814), *Ecrits politiques*, Gallimard, 1997, 870 p., pp. 129-132.

²⁹⁷ Les armées de conquête mais non celles qui assurent la « défense légitime », CONSTANT (B.), *L'esprit de conquête*, (1814), *op. cit.*, p. 139.

²⁹⁸ CONSTANT (B.), *L'esprit de conquête*, (1814), *op. cit.*, p. 137.

²⁹⁹ CONSTANT (B.), *L'esprit de conquête*, (1814), *ibid.*

³⁰⁰ CONSTANT (B.), *L'esprit de conquête*, (1814), *op. cit.*, p. 138.

Mais Constant va plus loin que Montesquieu dans la prise en compte politique de l'incompatibilité entre l'institution militaire et le gouvernement civil. Certes, l'auteur se positionne dans la tradition libérale initiée par les anglais. Il condamne César et Cromwell pour l'utilisation politique qu'ils ont fait de leur armée.³⁰¹ Pour l'auteur de *l'Esprit des lois*, le danger était le coup d'Etat. Pour autant, il n'en tire pas de conséquence s'agissant du régime qui peut en naître. En revanche, pour l'auteur de *l'Esprit de conquête*, l'Armée ne représente pas uniquement un danger contre la stabilité gouvernementale, elle représente un danger en tant que système gouvernemental. Ce raisonnement trouve son origine dans la journée du 18 Fructidor an VIII. La répression menée par les généraux Augereau et Bonaparte n'est pas uniquement envisagée sous l'angle matériel. D'une part, elle fait des « baïonnettes » l'autorité souveraine puisque « désormais elle déciderait de tout en dernier ressort »³⁰². Elle a conduit à « l'introduction du pouvoir militaire dans les questions politiques »³⁰³. Cette transformation des processus gouvernementaux s'est réalisée par des « proscriptions sans mesure et sans terme, et l'impossibilité de toute réclamation ». Les *Réactions politiques* de 1797 précisent le genre de procédures que Constant réprovoque. Il explique que les répressions des coups d'État ont conduit à la création « pour juger les criminels, des Commissions militaires [qui] enfantèrent les conseils militaires du 13 vendémiaire an IV ; ces conseils militaires produisirent les Commissions militaires de fructidor de la même année ; et ces derniers ont produit les Tribunaux militaires du mois de ventôse an V ».³⁰⁴

Dès lors, l'attachement à l'idée de force ne conduit pas seulement les militaires à un rejet de leur subordination à la « Législature ». Elle les conduit à repousser « ces principes d'ordre et de liberté pacifique et

³⁰¹ CONSTANT (B.), *L'esprit de conquête*, (1814), *op. cit.*, p. 145.

³⁰² CONSTANT (B.), *ibid.*, p. 351

³⁰³ CONSTANT (B.), *ibid.*

³⁰⁴ CONSTANT (B.), *Réactions politiques*, in CONSTANT (B.), *La force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*, Éditions Flammarion, 1988, 187 p., p. 103.

régulière, que tous les gouvernements ont l'intérêt, comme le devoir de consacrer ». ³⁰⁵ Leur culture est incompatible avec l'essence du gouvernement civil dans ses deux composantes. La première incompatibilité est posée de façon implicite. L'esprit du militaire selon Constant est opposé aux « subtilités inutiles des lois » ; il préfère l'« unanimité » au pluralisme des opinions ; enfin il ne supporte pas l'« opposition ». ³⁰⁶ Lois, délibération, opposition, ³⁰⁷ par ce triptyque l'auteur reprend l'essence de ce qui fait le « pouvoir délibérant » ³⁰⁸. Implicitement, Constant explique donc que l'esprit militaire est incompatible avec l'existence d'un Parlement. Il est beaucoup plus explicite s'agissant de la justice. Ainsi, il explique que durant le gouvernement de Napoléon Bonaparte, s'est introduite en Europe « une justice militaire » qui constitue « le plus révoltant des sophismes », qui par ses procédures plus rapides, nie l'existence même de la justice. ³⁰⁹ Cette condamnation de la justice militaire permet en même temps de dégager la définition de ce qu'est formellement le pouvoir militaire. C'est un pouvoir « unanime » qui « abrège les formes ». ³¹⁰ En somme, pour Constant, l'esprit militaire est contraire aux « formes » qui sont le propre de la conception libérale de l'Etat. ³¹¹

Ayant l'approche la plus riche des dangers du pouvoir militaire, Constant propose logiquement une série de dispositions qui devraient

³⁰⁵ CONSTANT (B.), *L'esprit de conquête*, (1814), *op. cit.*, p. 139

³⁰⁶ CONSTANT (B.), *L'esprit de conquête*, (1814), *ibid.*, p. 143.

³⁰⁷ LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF., 3^{ème} éd., 2004, 1060 p., p. 161.

³⁰⁸ Le « pouvoir délibérant » est selon l'expression d'Hauriou « le pouvoir de discuter et voter une résolution collective qui n'est pas nécessairement exécutoire par elle-même, mais que le pouvoir exécutif est obligé de rendre exécutoire et d'exécuter ». Selon la très belle réflexion d'Hauriou il faut écarter l'expression « pouvoir législatif » au profit de l'expression « pouvoir délibérant » car la législation n'est qu'une des fonctions du Parlement. Cf. HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, 759 p., pp. 469-470.

³⁰⁹ CONSTANT (B.), *L'esprit de conquête*, (1814), *op. cit.*

³¹⁰ CONSTANT (B.), *L'esprit de conquête*, (1814), *ibid.*

³¹¹ SCHMITT (C.), *op. cit.*, p. 269.

permettre d'éviter la substitution du pouvoir militaire au pouvoir civil.³¹² Les premières visent à éviter que le chef de l'exécutif n'utilise l'Armée contre les autres organes. Classiquement, il considère que l'existence d'une institution militaire doit être soumise à une approbation du Parlement. De plus, l'exécutif ne peut faire intervenir l'Armée à l'intérieur qu'en cas de « révolte ouverte ». En outre, les circonstances permettant de procéder à cette intervention sont soumises à l'évaluation d'une commission et à une enquête. Parallèlement, Constant souhaite une organisation des forces armées qui assurerait leur neutralisation politique. La première mesure consiste à diviser la force Armée en trois branches : Armée de ligne, garde nationale et gendarmerie. L'Armée de ligne est en principe uniquement compétente pour l'extérieur, sauf en cas de troubles internes. En second lieu intervient la garde nationale, destinée au maintien de la « sûreté publique » uniquement au sein du département. Toute dérogation à cette compétence obéit à la même procédure que celle touchant aux interventions intérieures de l'Armée de ligne. Il revient en troisième lieu à la gendarmerie d'assurer la « sûreté privée ».

La sédimentation progressive de ces écrits a joué le rôle d'une cristallisation sur le Dix-Huit Brumaire. A partir de la Seconde République, les discours républicains ont utilisé de façon récurrente la référence au coup d'Etat fondateur pour s'opposer à l'exécutif. Mais ils lui ont accolé un qualificatif militaire à partir du coup d'Etat du 2 décembre 1851. Ainsi, en 1849, l'Armée française intervient en Italie. Napoléon écrit au chef du corps expéditionnaire que « les renforts ne manqueront pas ». La gauche de l'Assemblée critique cette position par laquelle le Président s'adresse à l'Armée sans contreseing, en violation de l'article 50 de la Constitution de la Seconde République selon laquelle le Président « dispose de la force armée sans jamais pouvoir la

³¹² Il en présente une synthèse dans CONSTANT (B.), *Réflexions sur les constitutions et les gouvernements avec un esquisse de Constitution*, (1814-1818), *Cours de politique constitutionnelle*, Guillaumin, 2^{ème} éd, 2 vol., vol. 2, p. 244.

commander en personne ». Plus largement, et dans la presse, cet acte est présenté comme étant le prélude à un coup d'Etat calqué sur l'expérience du Directoire. La même crainte a été formulée de façon récurrente jusqu'au coup d'Etat de 1851.³¹³ Par la suite, le spectre continue à être invoqué dans le discours politique. Mais, progressivement, ce discours développé essentiellement par la gauche s'est enrichi de références plus récentes comme celle du général Boulanger, du colonel de la Rocque et du Maréchal Pétain, ainsi qu'à des dictatures étrangères comme celles de Franco et de Perón.³¹⁴ Mais bien entendu, c'est la figure du général De Gaulle qui a conduit à renouveler la croyance un coup d'Etat militaire. Le discours des opposants procède par rapprochement : ils qualifient le gaullisme de bonapartisme afin d'assimiler le général français aux deux Napoléons.³¹⁵ Le rôle des militaires à Alger est présenté par les opposants à la Constitution comme une manifestation de la fin de la subordination du militaire au civil.³¹⁶ Mais le danger d'un coup d'Etat militaire est aussi utilisé par certains socialistes pour justifier leur ralliement au nouveau Président du Conseil, après la crise de mai 1958.³¹⁷

En France comme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, la culture politique fondatrice des trois Etats a ainsi conceptualisé l'existence d'un pouvoir militaire, en partie à partir de l'histoire politique révolutionnaire. Toutefois, ce pouvoir a été interprété de façon différente. Aux Etats-Unis a primé une conception matérielle du pouvoir militaire ; c'est comme force susceptible de concurrencer les institutions créées par le droit que

³¹³ SAINT-BONNET (F.), « Technique juridique du coup d'Etat », in BLUCHE (dir.), *Le prince, le peuple et le droit*, PUF, 2000, 318 p., pp. 123-160, pp. 136-143.

³¹⁴ Cf. DUHAMEL (E.), « De l'épée à la toge (Les officiers au Palais Bourbon de 1945 à 1962) », in FOURCADE (O.), DUHAMEL (E.) et VIAL (Ph.) (dir.), *Militaires en République*, Publications de la Sorbonne, 1999, 734 p., pp. 337-371, p. 354.

³¹⁵ BELLAMY (D.), « Le spectre du coup d'Etat dans le débat politique français d'après-guerre », in DELOS-HOURTOULE (S.) et CHERRIER (E.) (dir.), *Coups d'Etat et révolutions*, Presses Universitaires de Valenciennes, 2005, 226 p., pp. 143-155, p. 147.

³¹⁶ MIALLE (M.), « La critique des opposants », *Revue française de science politique*, 1984, pp. 659-670, p. 661.

³¹⁷ BELLAMY (D.), *op. cit.*, p. 151.

ce pouvoir est craint. Les penseurs français sont allés plus loin. Ils ont certes intégré que la maîtrise de la violence faisait des forces militaires un danger permanent pour la stabilité du régime, mais à partir de l'idée de culture militaire, ils ont aussi analysé le pouvoir militaire comme une forme de gouvernement attentatoire aux libertés. Une fois cela démontré, il reste à analyser la façon dont cette nécessité de préserver le pouvoir civil du pouvoir militaire a été pérennisée par le droit.

Section II. Un principe constitutionnel originaire

Il est donc possible d'affirmer l'existence d'un principe politique de séparation/subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil. Cette maxime politique a été recueillie sous forme de principe constitutionnel dans les trois Etats. Il faut comprendre par là que la séparation a été reçue comme une norme juridique à portée générale ³¹⁸ intégrée dans la Constitution. En effet, la séparation a été formulée de façon diverse dans les Etats étudiés. Toutefois, ces formulations ont néanmoins reçu une interprétation générale assez proche dans les systèmes.

En effet si le principe a été formulé de façon protéiforme dans la Constitution des Etats-Unis (A), il est paradoxalement énoncé de façon plus claire dans le droit constitutionnel révolutionnaire en France et au Royaume-Uni (B).

³¹⁸ Suivant la définition MORVAN (P.), « Principes », in ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, 1649 p.

A. Un principe protéiforme de défiance envers le pouvoir militaire

Le droit constitutionnel américain pose explicitement la subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil comme une obligation dans les Constitutions des Etats. Mais le principe est aussi impliqué par la Constitution fédérale.

1. Une formulation explicite dans les Constitutions étatiques

Ce sont d'abord les Constitutions des Etats qui ont formalisé la règle d'une nécessaire séparation entre le pouvoir civil et le pouvoir militaire. Deux Constitutions, celles de l'Etat de Pennsylvanie et de l'Etat de Caroline du Nord, toutes deux rédigées en 1776 prévoient dans leurs déclarations des droits que « les armées permanentes sont dangereuses pour la liberté en temps de paix, elles ne doivent pas être établies. »³¹⁹ La Constitution du Massachussets du 1^{er} septembre 1779 est néanmoins la plus significative. Elle a été utilisée comme modèle par les autres Etats lorsque ceux-ci ont commencé à réviser leurs textes fondamentaux après la période révolutionnaire.³²⁰ L'article XVIII dispose que « Le peuple a le droit d'avoir et de porter des armes pour la défense commune. Et comme en temps de paix les armées permanentes sont dangereuses pour la liberté, elles ne doivent pas être maintenues

³¹⁹ “As standing armies in time of peace are dangerous to liberty, they ought not to be kept up”, Article XIII de la Déclaration de droits de la Constitution de la République de Pennsylvanie ratifiée le 28 septembre 1776 et article XVII de la Déclaration de droit de la Constitution de l'Etat de Caroline du Nord ratifiée le 18 décembre 1776

³²⁰ THOMPSON (C. B.), in ADAMS (J.), *The Revolutionary writings of John Adams*, Indianapolis, Liberty Found, 2000, 332 p., p. 301p., p. 296.

sans l'accord de législateur ; et le pouvoir militaire doit toujours être maintenu dans une exacte subordination à l'autorité civile et être dirigée par elle »³²¹

Par sa forme synthétique cette clause montre la corrélation qu'il existe entre la tradition libérale d'antimilitarisme et l'établissement de principes juridiques qui assurent la séparation. La seconde phrase pose en premier lieu le postulat de départ : les armées permanentes sont dangereuses pour la liberté. Il s'agit de l'affirmation classique de la doctrine *whig*. La seconde partie de la phrase, reprend la solution classique déjà formulée par les parlementaires anglais. Pour éviter que les armées permanentes ne portent atteinte à la liberté, il faut que celles-ci ne puissent être établies que par le pouvoir législatif. C'est exactement le fondement donné par les anglais au *Mutiny Act*.³²²

En revanche, le dernier élément de la phrase constitue l'apport américain à la conception de la séparation. Pour John Adams, rédacteur principal de ce texte, le contrôle par l'organe législatif du Massachusetts n'est pas suffisant. Une affirmation plus générale, donc à portée plus large, est nécessaire. Il s'agit désormais de la subordination du « pouvoir militaire » au pouvoir civil. Cette formulation est nouvelle car elle ne reprend pas la formulation institutionnelle qui ne se réfère qu'aux armées permanentes. La Constitution utilise le terme de « pouvoir ». Ce terme prend tout son sens au regard de l'utilisation qu'en fait John Adams dans ses écrits personnels. Il l'utilise dans ses *Novanglus letters* dans lesquelles il démontre la souveraineté des Colonies et leur indépendance par rapport au Parlement anglais. Dans la lettre X, il critique l'envoi par Lord North du général Gage qui était doté des « pouvoirs civil et

³²¹ Section XVII. "The people have a right to keep and to bear arms for the common defence. And as, in time of peace, armies are dangerous to liberty, they ought not to be maintained without the consent of the legislature; and the military power shall always be held in an exact subordination to the civil authority, and be governed by it." La traduction a été réalisée à partir de la version contenue in DARESTE (F. R.), DARESTE (P.), DELPECH (J.) et LAVERRIERE (J.), *op. cit.*, p. 118.

³²² Pour mémoire, il s'agit de la loi annuelle qui seule autorisait l'existence d'une armée en temps de paix.

militaire ». ³²³ Le terme « pouvoir » a donc pour Adams le sens de compétence militaire, de capacité à prendre les décisions en la matière.

Cette disposition de la Constitution du Massachussetts contient donc un principe de la séparation des pouvoirs civil et militaire. Elle a été maintenue jusqu'aujourd'hui et surtout elle a été systématiquement reprise en totalité ou en partie par les Constitutions de l'ensemble des autres états membres de la Fédération. ³²⁴

2. La présence implicite dans la Constitution fédérale

La Constitution fédérale a également reçu l'héritage intellectuel de la période révolutionnaire. Elle n'ignore pas l'incompatibilité entre institution militaire et régime républicain. La difficile coexistence entre les deux institutions est au cœur du débat précédant la ratification de la Constitution. Les révoltes qui ont lieu pendant l'été 1786 montrent l'incapacité des milices étatiques à assurer leur propre sécurité. Les intervenants à la Convention de Philadelphie ont donc très vite pris en compte la nécessité pour la Fédération d'être dotée d'une Armée permanente. ³²⁵ En conséquence, les clauses autorisant le Congrès à établir une Armée permanente sont facilement ratifiées. Les événements récents l'emportent donc sur l'opinion politique hostile aux armées de métier. Néanmoins, certains constituants restent opposés par principe à l'instauration d'une telle institution. Le futur vice-président Elbridge Gerry tente d'introduire une limite quantitative à la possibilité pour le Congrès de maintenir une Armée en temps de paix. ³²⁶ Il est toutefois si isolé que sa proposition est écartée sans vote. En revanche, en septembre

³²³ ADAMS (J.), *op. cit.*, p. 267.

³²⁴ Cf. pour une recension DARESTE (F. R.), DARESTE (P.), DELPECH (J.) et LAVERRIERE (J.), *op. cit.*, p. 102.

³²⁴ ADAMS (J.), *op. cit.*, p.

³²⁵ KOHN (R. H.), *op. cit.*, pp. 75-77.

³²⁶ KOHN (R. H.), *ibid.*

1787, George Mason propose que les lois de financement militaire soient limitées à deux ans. Sa proposition est retenue. L'article I Section 8 est donc amendé pour prévoir que les lois de financement militaire ne peuvent dépasser deux ans.³²⁷ Cette disposition s'inspire du *Mutiny Act* britannique. L'histoire anglaise continue à servir de référence. Ainsi, la perception selon laquelle l'institution militaire est dangereuse pour un gouvernement civil n'a pas totalement disparu.

Cette disposition n'a néanmoins pas empêché l'émergence d'une intense polémique concernant l'instauration d'une Armée de métier. Les anti-fédéralistes, à l'image de Robert Yates, Samuel Bryan ou Mercy Warren, multiplient les appels à rejeter la nouvelle constitution en se fondant sur le danger qu'implique l'instauration d'une Armée permanente. Les arguments culturels sont les mêmes qu'au Royaume-Uni un siècle auparavant.³²⁸ Les raisonnements historiques aussi sont les mêmes, mais enrichis de l'expérience américaine. Aux côtés de Jules César et de Cromwell, est invoqué le massacre de Boston.³²⁹ De plus, les antifédéralistes font valoir qu'une telle Armée constitue un danger contre la forme républicaine du gouvernement. D'une part, elle aurait vocation à appuyer les décisions tyranniques du gouvernement central. D'autre part, parce que le projet dispose que le Président est le Chef des Armées, les opposants à la ratification soulignent qu'un coup d'Etat de sa part serait très facile à réaliser, y compris contre le Congrès.³³⁰ D'autres, plus modérés comme Thomas Jefferson, considèrent que l'instauration d'une Armée permanente n'est pas accompagnée de garanties en nombre suffisant.³³¹

³²⁷ Art. I Section 8 The Congress shall have the Power [...] to raise and support Armies, but no Appropriation of Money to that Use shall be for a longer Term than two Years"

³²⁸ Cf. KOHN (R. H.), *op. cit.*, pp. 81-82.

³²⁹ Cf. Section I.

³³⁰ KOHN (R. H.), *op. cit.*, p. 87.

³³¹ "I will now add what I do not like. First the omission of a bill of rights providing clearly & without the aid of sophisms for [...] protection against standing armies", extrait d'une Lettre de Jefferson à Madison du 20 décembre 1787, reproduite in FORD (J.) (éd.), *The Works of Thomas Jefferson*, New York, Putnam and Sons, 1905, 12 volumes, vol. V, p. 371.

Tout comme les partisans du Roi en Grande Bretagne, les fédéralistes n'ont pas nié l'incompatibilité entre institution militaire et régime républicain. Ainsi, dans la lettre n°VIII du *Federalist*, Alexander Hamilton reconnaît que les « armées disciplinées qui sont maintenues sur pied en Europe [...] ont une influence néfaste sur la liberté et l'économie »³³². Il reprend l'intégralité des accusations portées contre les armées professionnelles. Il reconnaît que celles-ci peuvent conduire à l'établissement d'une tyrannie au profit de l'exécutif. Les Etats, obligés de maintenir une Armée permanente, « seront en même temps, obligés de renforcer le bras exécutif du gouvernement; en faisant cela, leurs constitutions deviendront progressivement des monarchies. Il est dans la nature de la guerre de développer l'exécutif aux dépens de l'autorité législative. »³³³ Ensuite, l'auteur développe de façon plus juridique un des dangers impliqués par la présence des militaires. Jusqu'ici, l'Armée était perçue comme une menace matérielle envers les droits individuels. Dans cette lettre n°VIII, Hamilton développe d'avantage cette analyse. Il admet comme point de départ de sa démonstration que les « habitants de territoires qui sont souvent le théâtre de guerres sont nécessairement sujets d'atteintes fréquentes à leurs droits »³³⁴. Mais ces violations matérielles ont, selon lui, des conséquences bien plus graves. Les atteintes aux droits des populations civiles conduisent celles-ci à affaiblir l'« image qu'elles ont de leurs droits ». En conséquence, les violations des droits civils dégradent la « condition de citoyens de ceux-ci en faisant de l'état militaire le supérieur de l'état civil ». Dans cette analyse, l'auteur met donc en avant la confrontation non plus entre deux institutions : la république et l'armée, mais entre deux types d'individus :

³³² “The disciplined armies always kept on foot on the continent of Europe [...] bear a malignant aspect to liberty and economy”, in HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *op. cit.*, p. 32.

³³³ “ would, at the same time, be obliged to strengthen the executive arm of government; in doing which, their constitutions would acquire a progressive direction towards monarchy. It is of the nature of war to increase the executive, at the expense of the legislative authority”, in HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *op. cit.*, p. 34.

³³⁴ “The inhabitants of territories often the theatre of war, are unavoidably subjected to frequent infringements on their rights”, *idem*.

les militaires d'un côté, les citoyens de l'autre. La République doit donc organiser des méthodes pour garantir l'égalité entre les deux « états ».

Mais Alexander Hamilton explique qu'en l'absence d'armées permanentes, les populations des Etats seraient conduites, face aux dangers des guerres permanentes, à faire de l'institution militaire l'axe essentiel du gouvernement : «La destruction de la vie et de la propriété inhérente à la guerre, obligera les nations les plus attachées à la liberté, de recourir pour la tranquillité et la sécurité à des institutions qui ont tendance à détruire leurs droits civils et politiques »³³⁵. Il établit là un paradoxe qu'il dépasse en distinguant deux types d'armées permanentes selon leur importance.

La première protection contre les dangers impliqués par une Armée réside dans les effectifs nécessairement restreints. Ainsi, Hamilton explique que dans les Etats bien protégés contre les invasions, « la petite taille de l'Armée interdit toute compétition avec la force naturelle de la communauté ». ³³⁶

Parallèlement, Hamilton explique que les populations sont protégées contre les dangers des *standing armies* par les mécanismes institutionnels prévus par la Constitution. La protection essentielle réside dans le fait que « le pouvoir d'établir une Armée est tout entier placé dans le législatif et non dans l'exécutif »³³⁷. Dans la démonstration qu'il développe en faveur de l'existence d'une Armée professionnelle, Alexander Hamilton ne retient comme problématique centrale que l'instrumentalisation de l'Armée par l'exécutif. Ainsi, de l'histoire anglaise, il ne retient que l'établissement d'une Armée par Charles II et

³³⁵ «The violent destruction of life and property incident to war; [...] will compel nations the most attached to liberty, to resort for repose and security to institutions which have a tendency to destroy their civil and political rights”, *ibid.*, p. 33.

³³⁶ « The smallness of the army forbids competition with the natural strength of the community” *ibid.*, p. 35.

³³⁷ “the whole power of raising armies was lodged in the *legislature*, not in the *executive*”, extrait de la lettre 23, HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *op. cit.*, p. 116.

Jacques II sans la volonté du Parlement.³³⁸ Le coup d'Etat de 1647, l'aventure de Cromwell, c'est-à-dire l'utilisation de l'Armée au bénéfice de ses chefs, ne sont pas du tout pris en compte. De la même manière, il écarte complètement l'expérience coloniale. Selon l'auteur, la défiance envers les *standing armies*, ne serait en réalité que l'extension injustifiée de la méfiance vis-à-vis d'un pouvoir monarchique héréditaire aux représentants du peuple, réunis en assemblée.³³⁹

L'article Ier de la 8^{ème} section de la Constitution représente donc le mécanisme de préservation de la République contre le despotisme. En effet, il dispose que « le Congrès aura le pouvoir [...] al 11 de déclarer la guerre [...]; al 12 de lever et d'entretenir des armées, mais aucune affectation de crédits à cet usage ne se fera pour une durée supérieure à deux ans ; al 13 de créer et d'entretenir une marine de guerre ; al 14 d'établir des règles pour le commandement et la discipline des forces terrestres et navales ; de pourvoir à la convocation de la milice, et au commandement de la partie de celle-ci qui viendrait à être placée au service des Etats-Unis, sous réserve du droit des Etats de procéder, pour leur part, à la nomination des officiers et à l'entraînement de la milice selon les règles de discipline prosrites par le Congrès »³⁴⁰. Ces règles constituent donc, dans son esprit, des garanties contre l'utilisation

³³⁸ «As incident to the undefined power of making war, an acknowledged prerogative of the crown, Charles II had, by his own authority, kept on foot in time of peace a body of 5,000 regular troops. And this number James II, increased to 30,000; who were paid out of his civil list. At the revolution, to abolish the exercise of so dangerous an authority, it became an article of the bill of rights then framed, that "raising or keeping a standing army within the kingdom in time of peace, *unless with the consent of parliament*, was against law." extrait de la lettre 26, HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *op. cit.*, p. 128.

³³⁹ "The principles which had taught us to be jealous of the power of an hereditary monarch, were, by an injudicious excess, extended to the representatives of the people in their popular assemblies.", extrait de la lettre 26, HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *op. cit.*, p. 129.

³⁴⁰ "The Congress shall have the power [...] 11 to declare war [...] 12 to raise and support Armies, but no Appropriation of Money to that Use shall be for a longer Term than two Years ; 13 to provide and maintain an Navy ; to make Rules for the Government and Regulation of the land and naval forces ; 15 to provide for calling forth the Militia to execute the Law of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions ; to provide for organizing, arming, and disciplining , the Militia, and for governing such part of them as may be employed in the service of the United States, reserving to the States respectively, the Appointment of the Officers, and the authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress" HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *op. cit.*, lettre 26, p. 128.

tyrannique du pouvoir militaire par l'exécutif. Elles reposent en dernier lieu sur la divergence indépassable entre le Congrès et l'exécutif.³⁴¹ En effet, les autres dispositifs proposés par les constituants, comme l'instauration d'une interdiction en temps de paix, sont présentés comme superflus car elles n'empêcheraient pas une interprétation détournée si les deux organes souhaitent établir une Armée à d'autres fins que l'intérêt commun.³⁴² Ces arguments n'ont pas la répercussion souhaitée. Lors des débats dans les conventions étatiques pour la ratification, les défenseurs du texte reprennent le principe. Ainsi, devant la Convention de Virginie, il est expliqué qu'« il n'y avait aucun membre de la convention fédérale qui ne ressentait pas de l'indignation en pensant à cette institution »³⁴³.

Aussi, profitant du fait que leurs opposants ne peuvent publiquement rejeter cette idée, certains antifédéralistes tentent de modifier la Constitution. Ainsi, lors du débat sur le *Bill of Rights*, Aedanus Burke essaye de limiter la capacité du Congrès pour établir une Armée permanente. Il tente de faire voter une modification de l'article I. Dans sa proposition, chaque chambre aurait dû voter à une majorité qualifiée des deux tiers pour pouvoir créer une telle institution.³⁴⁴ Ce texte ne sera pas accepté. Ces débats vont néanmoins aboutir à deux amendements qui doivent constituer des limites aux éventuels abus d'une institution militaire. Comme les rédacteurs du *Bill of Rights* anglais de 1689, les *Founding Fathers* ont voulu préserver les civils des nuisances matérielles par des dispositions du *Bill of Rights* américain de 1791. Le troisième amendement dispose en effet qu'« aucun soldat ne sera en temps de paix, logé dans une maison sans le consentement du

³⁴¹ HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *op. cit.*, lettre 24, p. 124.

³⁴² HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *op. cit.*, lettre 24, pp. 123-124.

³⁴³ "there was not a member in the federal convention who did not feel indignation at such an institution", cité in KOHN (R. H.), "The Constitution and National Security : The Intent of the Framers", in KOHN (R. H.) (éd.), *The United States Military under the Constitution of the United States, 1789-1989*, New-York, New York University Press, 1991, 449 p., pp. 61-94, p. 82.

³⁴⁴ FINKELMAN (P.), "A well regulated militia, the Second amendment in historical perspective", *Chicago Kent Law Review*, 2000, vol. 76, pp. 195-236, p. 226.

propriétaire, ni en temps de guerre, si ce n'est de la manière prescrite par la loi »³⁴⁵.

La seconde garantie contre les abus d'une Armée de métier réside dans le second amendement. Il énonce qu'« une Milice bien organisée est nécessaire à la sécurité d'un Etat libre, il ne doit pas être porté atteinte au droit du peuple de détenir et de porter des armes ». L'idée suivant laquelle la *militia* peut constituer une limite au pouvoir d'une *Standing Army* a déjà été développée dans le *Federalist*. Dans la lettre XLVI, Madison explique qu'à l'Armée séditeuse est « opposée une milice d'environ un demi-million de citoyens armés [...] combattant pour leurs libertés communes, unis et conduits par les gouvernements qu'ils aiment et en qui ils ont confiance »³⁴⁶. Pourtant, le Second amendement trouve son origine essentiellement dans les propositions des antifédéralistes de Pennsylvanie. Après la ratification de la Constitution, ils proposent une série d'amendements qui visent à préserver le droit de porter une arme, le droit de s'engager dans les milices ainsi que la garantie que les Etats peuvent conserver leurs milices.³⁴⁷ Il s'agit pour eux d'empêcher le Congrès de supprimer les milices étatiques.

Néanmoins, le débat sur la ratification au Congrès se développe sur le fondement plus classique suivant lequel une telle clause a pour but d'« éviter l'établissement d'une Armée permanente, le fléau de notre liberté »³⁴⁸, selon les mots du représentant Elbridge Gerry. La version proposée par James Madison, au Sénat, reprend assez bien le sens de la proposition soutenue par les antifédéralistes devant les Conventions étatiques. La proposition prévoit qu'« Une milice bien organisée, composée de l'ensemble du peuple, étant la meilleure garantie d'un Etat

³⁴⁵ “No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.”

³⁴⁶ “To these would be opposed a militia amounting to near half a million of citizens with arms in their hands, officered by men chosen from among themselves, fighting for their common liberties, and united and conducted by governments possessing their affections and confidence”, in HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *op. cit.*, lettre 46, p. 247.

³⁴⁷ FINKELMAN (P.), *op. cit.*, p. 208.

³⁴⁸ “is to prevent the establishment of a standing army, the bane of our liberty”, *The Congressional Register*, 17 août 1789, colonne 778.

libre, le droit du peuple de posséder et porter des armes ne doit pas être atteint, mais aucune personne motivée par des raisons religieuses ne doit être obligée à porter des armes »³⁴⁹ Le dernier élément vise à renforcer la protection de la liberté de conscience. Le comité, devant lequel Madison présente le texte, procède alors à deux modifications mineures. En revanche, le Sénat, quant à lui, procède à la simplification du texte pour atteindre la formulation actuelle. La Chambre des représentants adopte alors cette modification sans discussion.³⁵⁰ Le second amendement est donc intégré à la Constitution.

Pendant longtemps, il a été interprété par la Cour suprême américaine dans le sens développé ci-dessus. Toutefois, la Cour suprême a inversé sa jurisprudence dans la décision *District of Columbia v. Heller* rendue le 26 juin 2008.³⁵¹ Les juges suprêmes américains ont alors estimé que le Second amendement protégeait bien le droit individuel de posséder des armes à feu. Cet arrêt invalide-t-il la démonstration précédente ? Il est tentant d'y répondre positivement. L'opinion majoritaire a en effet été rédigée par le juge Scalia qui est considéré comme le champion de la théorie de *l'original intent* méthode qu'il définit ainsi : « ma propre théorie de ce que je fais quand j'interprète la Constitution américaine c'est que j'essaie de comprendre ce qu'elle voulait dire, la manière dont elle était comprise par la société lorsqu'elle était adoptée. Et je ne crois pas qu'elle ait changée depuis ». ³⁵² Dans la décision *Heller*, la majorité de la Cour suprême conclut donc sur le

³⁴⁹ « A well regulated militia, composed of the body of the people, being the best security of a free state, the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed; but no person religiously scrupulous shall be compelled to bear arms », cite in, RAKOVE (J. N.), « The Second Amendment, the highest Stage of Originalism », *Chicago Kent Law Review*, 2000, vol. 76, pp. 103-167, p. 121.

³⁵⁰ RAKOVE (J. N.), *op. cit.*, p. 122.

³⁵¹ *District of Columbia v. Heller*, 128, *Supreme Court Report*, 278" (2008). Pour une présentation de la décision cf. SCOFFONI (G.), « Droit constitutionnel étranger : L'actualité constitutionnelle dans les pays de *Common Law* et de droit mixte – Etats-Unis », *R.F.D.C.*, 2009, pp. 837-856.

³⁵² BARON (Ch. H.), « La théorie de l'intention originelle, la sincérité dans la rédaction des opinions des juges et les références à des sources juridiques étrangères dans le processus d'interprétation de la Constitution aux Etats-Unis », in BECHILLON de (D.), BRUNET (P.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.), MILLARD (E.) (coordinateurs), *L'Architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, 1028 p., p. 113.

fondement d'une argumentation historique que le droit individuel de posséder une arme est lié au droit pour les Etats de se doter d'une milice. Mais, si le droit individuel constitue une garantie du droit Etatique il n'est pas que cela. Il constitue un droit en soi. Toutefois, cette argumentation ne saurait emporter l'adhésion. Ainsi le juge Stevens toujours en recourant à une méthode historique parvient à démontrer qu'il s'agit bien d'un droit historique. Lorsque la question a été précédemment posée à la Cour suprême américaine, la haute juridiction a par trois fois refusé de censurer des lois interdisant ou restreignant le droit individuel de porter des armes. Elle estimait alors que la garantie constitutionnelle ne protège que le droit collectif de constituer une milice.³⁵³

Dès lors, l'argument historique est ici mis au service de la décision politique de la Cour. *L'original intent* est ici mise au service de l'interprétation populaire du Second amendement.³⁵⁴ Toutefois, d'un point de vue institutionnel et non plus personnel, cette garantie contre les armées permanentes et, notamment fédérales, est de faible portée. En effet, aux termes de l'article I section 8, les milices doivent être armées par le gouvernement fédéral³⁵⁵ qui peut en disposer.

B. Un principe constitutionnel de subordination au Royaume-Uni et en France

³⁵³ Les trois cas topiques sont *United States v. Cruikshank* 92, U.S. 542 (1876), *Presser v. Illinois*, 116 U.S. 252 (1886), *United States v. Miller*, 307 U.S. 174, (1939) cités in BOGUS (C. T.), "The History and Politics of Second Amendment", *Chicago Kent Law Review*, 2000, vol. 76, pp. 3-24, p. 24.

³⁵⁴ En ce sens SIEGEL (R. B.), « Dead or Alive : Originalism as popular Constitutionalism in *Heller* », *Harvard Law Review*, 2008, pp. 191-244, pp. 212 et s.

³⁵⁵ Ce point fut voté de façon très consensuelle. Cf. BELLESILES (M. A.), « The Second Amendment in Action », *Chicago Kent Law Review*, 2000, vol. 76, pp.61-102, p. 67.

Au Royaume-Uni, la séparation des pouvoirs civil et militaire est impliquée par différents textes constitutionnels. En France, il s'agit d'un principe constitutionnel non écrit.

1. Une convention de la Constitution au Royaume-Uni

Dans une première approche, le pouvoir militaire n'est apparemment envisagé que comme une force matérielle par opposition aux pouvoirs inclus dans la Constitution. L'Armée paraît même être un moyen pouvant permettre à l'Exécutif de porter atteinte au Parlement. En effet, cette question est traitée dans le *Bill of Rights* de 1689. Or, ce texte est surtout perçu comme un symbole de la limitation du pouvoir royal par l'intervention du Parlement.³⁵⁶ La disposition concernant l'Armée semble confirmer cette logique. Elle exige le consentement du Parlement dans l'établissement d'une Armée en temps de paix. Toutefois, une étude plus poussée du droit de l'époque montre que sous cette proposition, une autre conception du pouvoir militaire est à l'œuvre. L'article VI prévoit en effet que « la levée et l'entretien d'une Armée dans le royaume, en temps de paix, sans le consentement du Parlement, sont contraires à la loi »³⁵⁷ Toutefois, ce texte ne fait qu'appliquer un principe plus général. Dans l'esprit des rédacteurs il s'agissait de réaffirmer des règles antérieurement établies.³⁵⁸ Par d'autres applications du principe qu'il contient, on découvre le sens que la constitution britannique donne au principe de séparation. D'une part, cette séparation a été utilisée par la Chambre des Communes pour fonder plusieurs procédures

³⁵⁶ Même si l'objectif essentiel de la Convention était surtout de mettre fin à l'interrègne déclenché en 1688. Cf. FRANKLE (R. J.), "The Formulation of the Declaration of Rights", *The Historical Journal*, Vol. 17, No. 2 (Jun., 1974), pp. 265-279, p. 267.

³⁵⁷ "That the raising or keeping a standing army within the kingdom in time of peace, unless it be with consent of Parliament, is against law", I *William and Mary Session 2 ch 2*, version publiée in ALLEN (M.) et THOMPSON (B.), *Constitutional and Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 7ème éd., 2002, 806 p., p. 64.

³⁵⁸ FRANKLE (R. J.), *op. cit.*, p. 269.

d'*impeachment*. D'autre part, elle a donné naissance à la pratique des *mutiny acts*.

Les *mutiny acts* sont des lois autorisant le Monarque à établir une Armée ³⁵⁹qui peut être soumise à un droit pénal militaire spécial dérogeant aux principes de la *common law*. Ce type de loi est souvent analysé comme s'il s'agissait d'une application de l'article VI du *Bill of Rights*. Pourtant ce type de texte précède le *Bill of Rights*. Dans l'*Acte pour punir les officiers ou soldats qui se mutineraient ou déserteraient du service de leur majesté* du 20 décembre 1688, le Parlement vise comme premier motif le respect du principe qui sera posé par l'article VI du *Bill of Rights*. Il explique qu'il vote cette loi parce que « le maintien dans le Royaume d'une Armée permanente en temps de paix sans l'approbation du Parlement est contraire au droit »³⁶⁰. Mais en réalité, les *Mutiny Act* sont une seconde application, à côté du *Bill of Rights* de ce principe. En premier lieu, comme il n'existe pas de hiérarchie formelle entre les lois anglaises, les *Mutiny Act* ne peuvent pas être l'application du *Bill of Rights* qui est également une loi.³⁶¹ De plus, cette catégorie d'actes est antérieure au *Bill of Rights*. Ainsi, Maitland explique que le premier texte en la matière est une loi de 1666, votée afin de permettre au Roi de déroger à la *Common Law*.³⁶² Enfin, le texte de 1688, s'il peut être rattaché au droit moderne anglais puisqu'il a été édicté après la *Glorious Revolution* est néanmoins antérieur à l'entrée en vigueur du *Bill of Rights*. Il faut donc en déduire que les *Mutiny Acts* sont des applications directes du principe de séparation, et non à travers le *Bill of Rights*. Or, les *Mutiny Act* ont continué à être votés, leur édicition a été

³⁵⁹ La marine n'était pas incluse dans cet ensemble. MAITLAND (F. W.), *op. cit.*, p. 460.

³⁶⁰ "WHEREAS the raising or keeping a Standing Army within this Kingdome in time of Peace unless it be with Consent of Parliament is against Law", "William and Mary, 1688: An Act for punishing Officers or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service and for punishing False Musters, Chapter 4. Rot. Parl. pt. 3. nu. 3', *Statutes of the Realm: volume 6: 1685-94*, Londres, 1819, pp. 146-48.

³⁶¹ En ce sens BRADLEY (A. W.) et EWING (K. D.), *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Pearson, 14^{ème} éd., 2006, 872 p., p. 13.

³⁶² MAITLAND (F. W.), *op. cit.*, p. 327.

considérée comme devant être une pratique régulière.³⁶³ Cette pratique se maintient jusqu'en 1879. A partir de 1881, un *Army Act* est voté, imposant pour son maintien un renouvellement annuel. Toutefois, le principe dans sa formulation a été maintenu par le texte jusqu'en 1955. A partir de cette date le système perdure mais les différentes lois ne visent pas le principe.³⁶⁴

Très rapidement, après la restauration de 1660, la violation de l'interdiction de lever des armées en temps de paix est sanctionnée par les Chambres. Trois ministres de Charles II sont sanctionnés respectivement en 1667, 1678, 1680 : le Comte de Clarendon, *Lord Chancellor*, le Comte Danby, *Lord Treasurer* et Edward Seymour, *Treasurer of the Majesty's Navy*. Ces trois *impeachments* sont engagés pour violation de la Constitution.³⁶⁵ En effet, pendant cette période, l'*impeachment* est utilisé pour sanctionner les actions illégales³⁶⁶ des ministres mais non pour sanctionner directement une faute politique.³⁶⁷ Cette procédure n'est pas encore utilisée à des fins uniquement politiques comme cela sera le cas pendant le dix-huitième siècle.³⁶⁸ Elle n'est pas encore uniquement une garantie ultime de la responsabilité des ministres.³⁶⁹ Dans les deux cas, et dans des formulations très proches, il est reproché tant à Danby³⁷⁰ qu'à Edward Seymour d'avoir maintenu une

³⁶³ MAITLAND (F. W.), *op. cit.*, p. 329.

³⁶⁴ ROWE (P.), "Armed Forces Act 1981", *The Modern Law Review*, 1981, Vol. 44, No. 6, pp. 693-701

³⁶⁵ MAITLAND (F. W.), *op. cit.*, p. 327.

³⁶⁶ ROBERTS (C.), "The Law of Impeachment in Stuart England: A Reply to Raoul Berger", *The Yale Law Journal*, Vol. 84, No. 7 (Jun., 1975), pp. 1419-1439, p. 1440

³⁶⁷ ROBERTS (C.), "The growth of ministerial responsibility to Parliament in later Stuart England", *The Journal of Modern History*, 1956, vol. XXVIII, n°3, pp. 215-233, p. 217.

³⁶⁸ LAUVAUX (Ph.), *op. cit.*, pp. 220-242 et p. 529.

³⁶⁹ LAUVAUX (Ph.), "Aspects historiques de la responsabilité politique", in BEAUD (O.) et BLANQUER (J.-M.), *La responsabilité des gouvernants*, Editions Descartes et Compagnie, 1999, 321 p., pp. 19-31., p. 24

³⁷⁰ Article 2 "That he hath traitorously endeavoured to subvert the ancient and well-established Form of Government in this Kingdom, and, instead thereof, to introduce an arbitrary and tyrannical Way of Government; and, the better to effect this his Purpose, he did design the raising of an Army, upon Pretence of a War against the *French King*, and then to continue the same as a Standing Army within this Kingdom: And an Army being so raised, and no War ensuing, an Act of Parliament having passed to pay off and disband the same, and a great Sum of Money being granted for that End, he did continue this Army contrary to the said Act, and misemployed the said Money, given for Disbanding, to the

Armée en temps de paix, sans l'autorisation du Parlement, pour établir un nouveau gouvernement.³⁷¹ Mais, l'acte d'accusation contre *Edward Hyde, Lord of Clarendon* est plus explicite. En effet, en 1667, il est banni suite à sa condamnation pour violation de la Constitution.³⁷² L'impeachment est notamment motivé par le fait qu' « il avait projeté de rassembler une Armée permanente »³⁷³.

A la différence du *Bill of Rights*, il n'est pas encore question ici de la nécessaire intervention du Parlement. C'est donc une conception extrêmement rigoureuse de la séparation qui est en œuvre dans le jugement. L'établissement d'une Armée est ainsi, en soi, une violation de la Constitution. Implicitement, le Parlement établit une corrélation entre Armée permanente et suppression du Parlement. A un premier niveau, il s'agit de condamner l'établissement d'une Armée pour suspendre le Parlement puisque dans le même passage, il est reproché à Clarendon d' « avoir conseillé au Roi de dissoudre le Parlement ».³⁷⁴ Mais, le texte reproche aussi au *Lord Chancellor* de vouloir pérenniser « le gouvernement par la voie de l'Armée »³⁷⁵, de vouloir gouverner par la voie d'un « pouvoir militaire »³⁷⁶. La mise en accusation repose donc sur une double acception du pouvoir militaire. D'un côté, il s'agit d'un pouvoir de fait, de l'autre côté il s'agit d'un mode de gouvernement institutionnel. Mais dans les deux cas, il semble nécessaire de cantonner

Continuance thereof; and issued out of His Majesty's Revenue divers great Sums of Money for the said Purpose, and wilfully neglected to take Security from the Paymaster of the Army, as the said Act required; whereby the said Law is eluded, and the Army is yet continued, to the great Danger and unnecessary Charge of His Majesty and the whole Kingdom”, lu à la séance du 3 décembre 1678 de la Chambre des Lords, *Journal of the House of Lords: volume 13: 1675-1681*, Londres, 1771, pp. 431-34

³⁷¹ “by an Act of Parliament the said Army ought to have been disbanded; whereby the said Two several Acts were eluded, and the said Army was continued and kept on Foot, to the great Disturbance, Hazard, and Danger of the Peace and Safety of the Kingdom”, extrait du premier article d'accusation lu devant la Chambre des Lords, à session du 21 décembre 1680, *Journal of the House of Lords: volume 13: 1675-1681*, Londres, 1771, pp. 723-26

³⁷² ROBERTS (C.), “The Impeachment of the Earl of Clarendon”, *Cambridge Historical Journal*, 1957, pp. 1-18.

³⁷³ “he hath designed a standing army to be raised” extrait du premier article d'accusation in. MAITLAND (F. W.), *op. cit.*

³⁷⁴ “and advised the king to dissolve parliament” *ibid.*

³⁷⁵ “he hath designed a standing army to be raised and to govern the kingdom thereby”.

³⁷⁶ “to govern by a military power”

ce pouvoir pour éviter qu'il porte atteinte à la forme établie du gouvernement. Ce principe a servi de fondement à des décisions juridiques fondamentales.

La séparation du pouvoir militaire et du pouvoir civil est donc un principe du droit constitutionnel anglais classique. Il reste à en déterminer le statut. Ce principe a été sanctionné par les procédures d'*impeachment* sous Charles II, mais une telle procédure est tombée en désuétude. Les lois qui formulent le principe de séparation apparaissent alors comme des applications de ce principe. La séparation ne peut donc être qualifiée de règle écrite. Il ne reste plus alors que les règles non-écrites, les conventions ou la coutume. Toutefois, comme elle ne concerne pas la distribution des pouvoirs entre la Reine, le Cabinet et le Parlement –qui sont le domaine essentiel de ces règles³⁷⁷- elle n'est pas explicitement cataloguée au sein de cette catégorie de règle constitutionnelle. Pourtant, comme ces dernières, la séparation des pouvoirs civil et militaire a pour fonction politique d'assurer le fonctionnement légitime du pouvoir.³⁷⁸ De plus, et surtout, elle peut être qualifiée de convention constitutionnelle car elle répond aux trois critères dégagés pour la reconnaître.³⁷⁹ En premier lieu, cette règle a été appliquée régulièrement, au moins jusqu'en 1957, par les *mutiny act*. En second lieu, son application était fondée sur la croyance dans le caractère obligatoire du principe. Enfin, elle repose sur la nécessité de préserver le caractère libéral –politique et juridique- du régime. Mais l'identification de ce principe en droit français est plus difficile, compte tenu de la place discutée qu'y est fait au droit non écrit³⁸⁰ et du caractère libéral du régime.

³⁷⁷ AVRIL (P.), *op. cit.*, p. 107.

³⁷⁸ AVRIL (P.), *op. cit.*, p. 109.

³⁷⁹ AVRIL (P.), *op. cit.*, p. 111.

³⁸⁰ Cf. sur la difficulté de reconnaître des conventions de la Constitution : BEAUD (O.), « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle –A propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel*,

2. Un principe initialement écrit en France

En France, la Constitution du 3 septembre 1791 est profondément marquée par la crainte que le pouvoir militaire ne subvertisse le pouvoir civil. Mais la formulation n'est pas la même qu'au Royaume-Uni. En Angleterre, la subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil doit être assuré tant par le fait qu'une Armée ne peut être rassemblée et maintenue, notamment du point de vue disciplinaire, qu'avec l'accord des Chambres. En France, il est également prévu dans la Constitution que le Corps législatif participe au gouvernement de la force armée. Comme au Royaume-Uni, il revient à l'Assemblée nationale de décider de la composition de l'Armée. Ainsi, selon l'article 1^{er} du Chapitre III Section I du Titre III, il est de la compétence de l'Assemblée « de statuer annuellement, après la proposition du roi, sur le nombre d'hommes et de vaisseaux dont les armées de terre et de mer seront composées ; sur la solde et le nombre d'individus de chaque grade ; sur les règles d'admission et d'avancement, les formes de l'enrôlement et du dégageant, la formation des équipages de mer ; sur l'admission des troupes ou des forces navales étrangères au service de France, et sur le traitement des troupes en cas de licenciement ». De même, l'Assemblée nationale est autorisée à déroger au principe d'égalité devant la loi pour garantir la discipline militaire puisque : L'article 13 du Titre V prévoit que l' « Armée de terre et de mer, et la troupe destinée à la sûreté intérieure, sont soumises à des lois particulières, soit pour le maintien de la discipline, soit pour la forme des jugements et la nature des peines en matière de délits militaires ». Par ailleurs, il semble que la Constitution de 1791 s'inscrive également dans la suite de la Constitution anglaise quant à la finalité de ces dispositions. En un sens, les dispositions

1998, n°6, pp. 68-77 et WACHSMANN (P.), « Les conventions de la Constitution », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n°4 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/>, consulté le 17 août 2007.

concernant la force Armée semblent tournées contre le Roi. A l'appui de cette interprétation, l'article 6 du Chapitre II du Titre III prévoit que : « Si le roi se met à la tête d'une Armée et en dirige les forces contre la Nation, ou s'il ne s'oppose pas par un acte formel à une telle entreprise, qui s'exécuterait en son nom, il sera censé avoir abdiqué la royauté ». Mais une analyse plus poussée de la Constitution montre que ce texte vise également à protéger le gouvernement civil contre un gouvernement militaire.

En effet, le Titre V établit un mécanisme complexe de garanties contre tout abus de la puissance militaire. En premier lieu, à l'article 2, la garde nationale est constitutionnalisée. Or, cette constitutionnalisation a deux finalités. D'une part, il s'agit d'établir une institution qui doit être une école de vertu pour les citoyens dans la tradition machiavélienne.³⁸¹ Mais, pour des révolutionnaires radicaux comme Dubois-Crancé ou Robespierre, la constitutionnalisation de la garde nationale a une autre finalité. Pour le premier, cette mesure doit permettre d'établir une « garde constitutionnelle »³⁸², « destinée au maintien de la liberté publique et à résister à l'oppression »³⁸³. Pour le second, la garde nationale doit permettre au régime de se protéger contre « un corps armé toujours subsistant au milieu d'un peuple sans armes » parce que ce corps est « l'arbitre de sa destinée ».³⁸⁴ De ce point de vue, l'Armée représente un danger en tant que tel, et non pas seulement en tant qu'instrument dans les mains du Roi. Ce danger est causé, selon Robespierre, par « la discipline » qui donne un pouvoir « terrible » à son chef. Mais surtout, l'Armée représente un danger parce que « l'esprit de despotisme et de domination est naturel aux militaires de tous les pays ».

³⁸¹ Cf. DESMONS (E.), *Mourir pour la patrie ?*, PUF, 2001, 113 p., p. 90.

³⁸² Discours sur la force publique par M. Dubois-Crancé, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Librairie administrative Paul Dupont, 1875, t. XX, p. 608.

³⁸³ *Ibid.*, p. 609.

³⁸⁴ *Discours sur l'organisation des gardes nationales par Maximilien Robespierre*, imprimé mais non lu, inséré en annexe de la séance du 5 décembre 1790, *ibid.*, t. XXI, p.239.

Dès lors, l'institution d'une garde nationale constitue un « contrepois » à l'Armée de métier.³⁸⁵

Les textes constitutionnels français sont réputés pour avoir « plusieurs fois réaffirmé solennellement » la subordination de l'Armée au pouvoir civil jusqu'en 1848.³⁸⁶ Cette analyse repose sur la constatation que presque toutes les Constitutions de cette période reprennent la formule selon laquelle « la force publique est essentiellement obéissante », extraite de la Constitution de 1791. Entre la Monarchie constitutionnelle de 1791 et la Seconde République, seules les constitutions napoléoniennes³⁸⁷ et les Chartes de la Restauration ne reprennent pas ces formulations. Ceci nous indique déjà qu'il s'agit d'un principe républicain. En effet, la formule initialement contenue dans l'article 12 du Titre IV de la Constitution du 3 et 4 septembre 1791, a été reprise en l'état par l'article 275 de la Constitution du 5 fructidor an III-22 août 1795, et l'article 84 de la Constitution du 22 frimaire An VIII-13 décembre 1799 et l'article 104 du 4 novembre 1848. En revanche, la Constitution du 24 juin 1793 ne contient pas cette formule. Pour autant, Pierre Legendre ne s'est pas trompé. Il assimile à la formule de 1791 l'article 114 qui dispose que « Nul corps armé ne peut délibérer ». Ce rapprochement repose sur la rédaction complète de l'article 12 du Titre IV de 1791.

Certes, cette disposition prévoit que « la force Armée est essentiellement obéissante », mais elle précise tout de suite après qu'« un corps armé ne peut délibérer ».³⁸⁸ L'approximation est justifiée par

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ LEGENDRE (P.), *Trésors historiques de l'Etat en France : l'administration classique*, Fayard, 1992, 638 p., p. 198.

³⁸⁷ Constitution de l'An X - Consulat à vie - 16 thermidor An X, 4 août 1802 Constitution de l'An XII - Empire - 28 floréal An XII, 18 mai 1804, Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire - Cent-jours - 23 avril 1815.

³⁸⁸ En outre elle permet d'écarter une conception maximaliste de la notion de « force publique » qui aurait été formulée par l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Pour certains auteurs, la Déclaration fixerait le sens général de cette expression. Ainsi pour O. Gohin la force publique serait la « réunion des forces de tous les citoyens ». Cette définition aurait été établie par le décret du 6 décembre 1790. Toutefois, la lecture des archives parlementaires montre plutôt que les constituants entendaient par

le sens qui est donné par les Constituants à cet article. Dans l'ensemble, ce texte a souvent été interprété par la suite comme imposant la subordination de l'autorité militaire au pouvoir civil.³⁸⁹ En somme, ce serait le pendant militaire du principe de primauté du gouvernement sur l'administration.³⁹⁰ Le sens original de cette disposition n'est pourtant pas celui-là.³⁹¹ Cet article est discuté et voté à partir de novembre 1790.³⁹² Il est présenté en deux alinéas, 6 et 7,³⁹³ d'une disposition unique *Concernant la force publique en général*, lors de la séance du 5 décembre 1790. Toutefois, les travaux parlementaires sont muets sur cette disposition. Autant les mesures sur la garde nationale³⁹⁴ ou le rôle du Roi³⁹⁵ provoquent des débats assez riches, autant la discussion de ces alinéas n'attire pas l'attention de l'Assemblée. Lors de leur discussion le 5 décembre 1790, seul Rabaud Saint Etienne intervient pour préciser qu'il désire fusionner les deux alinéas, proposition qui est alors retenue.³⁹⁶ Un tel silence ne marque pas une indifférence à cette disposition. Il marque l'unanimité de la Chambre sur une telle mesure.

Pour comprendre l'énoncé, il faut tenir compte du contexte. Depuis le printemps 1790, l'Assemblée nationale est confrontée à un

cette expression la force matérielle de l'Etat. Ainsi Le Chapelier critique le fait que les projets contenant cette disposition ne mettent pas assez en avant l'idée qu'il faut protéger les citoyens contre les « abus de la force publique ». Cf. Assemblée nationale Séance du 24 août 1789, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Librairie administrative Paul Dupont, 1875, t. VIII, p. 484. GOHIN (O.), « Les fondements juridiques de la défense nationale », *Revue Droit et Défense*, 1993, n°1, pp. 4-12, p. 5.

³⁸⁹ DUFFAR, « Le soldat citoyen », *Droit et Défense*, 1994, n°2, p. 18-25

³⁹⁰ CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, 1427, p., p. 207.

³⁹¹ La reprise de cet énoncé est quasi systématique. Ainsi, il a été montré que sa reprise en 1848 n'a donné lieu à aucun débat. LUCHAIRE (F.), *Naissance d'une Constitution : 1848*, Fayard, 1998, 274 p., p. 155.

³⁹² La première version du décret est proposé par Rabaud Saint Etienne au nom des comités réunis militaire et de Constitution lors de la séance du 21 novembre 1790 *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, *op. cit.*, t. XX, pp. 592 et s.

³⁹³ « 6° La force Armée est essentiellement obéissante ; 7° Nul corps armé ne peut exercer le droit de délibérer »

³⁹⁴ Cf. par exemple la critique de Dubois Crancé au regard du projet présenté par le comité, *op. cit.*, t. XX, pp. 606 et s.

³⁹⁵ Cf., séance du 5 décembre 1790, *ibid.*, t. XXI, p. 236.

³⁹⁶ Cf., séance du 5 décembre 1790, et version définitive du décret admise par l'Assemblée le 6 décembre 1790., *ibid.*, t. XXI, p. 237 et 253.

développement des mutineries.³⁹⁷ Pour remédier à cela, le pouvoir législatif vote un décret de circonstances le 6 août 1790. Le décret formule pour la première fois l'interdiction pour les militaires de délibérer. Les articles 1^{er}³⁹⁸ et 7³⁹⁹ visent à mettre fin à l'indiscipline, du point de vue factuel, puisqu'ils prorogent le droit disciplinaire en vigueur sous l'Ancien Régime.⁴⁰⁰

Mais l'article 2 du décret constitue l'élément principal du texte. Il dispose que « excepté, le conseil d'administration, toutes autres associations délibérantes établies dans les régiments, sous quelque forme et dénomination que ce soit, cesseront immédiatement après la publication du présent décret »⁴⁰¹. Généalogiquement, ce texte répond à une préoccupation consensuelle de l'ensemble des pouvoirs publics, Roi et Assemblée. La disposition votée est issue d'une proposition du comité militaire de l'Assemblée nationale. Alors que d'autres articles portant sur la discipline ont pu rencontrer des oppositions, notamment de Robespierre⁴⁰², cette disposition reçoit une approbation unanime de la Chambre. Mais au-delà du Corps législatif, la proximité de vue entre les pouvoirs politiques ressort de l'exposé des motifs du décret. Le rapporteur met en avant notamment le fait que « l'esprit d'imitation a fait

³⁹⁷ DESLANDRES (M.), *op. cit.*, p. 66 et BODINIER (G.), *op. cit.*, pp. 197-199.

³⁹⁸ « Les lois et ordonnances militaires actuellement existantes, seront exactement observées et suivies jusqu'à la promulgation très prochaine de celles qui doivent être le résultat des travaux de l'Assemblée nationale sur cette partie. », article 1^{er} du décret du 6 août 1790, *Archives parlementaires de 1787 à 1860, op. cit.*, t XVIII, p. 643.

³⁹⁹ « A compter du jour de la publication du présent décret, il sera informé de toute sédition, de tout mouvement concerté qui auront lieu dans les garnisons ou dans les corps, contre l'ordre et au préjudice de la discipline militaire ; le procès sera fait et parfait aux instigateurs, auteurs, fauteurs, et participes de ces séditions et mouvements ; et par les jugements à intervenir, ils seront déclarés déchus pour jamais du titre de citoyen actif, traîtres à la patrie, infâmes, indignes de porter les armes, chassés de leurs corps. Ils pourront même être condamnés, suivant les cas à des peines afflictives et corporelles, conformément aux ordonnances. », Article 7 du décret du 6 août 1790, *ibid.*

⁴⁰⁰ Ainsi, l'exposé des motifs explique que « l'Assemblée nationale, après avoir entendu le rapport de son comité militaire, duquel il résulte que plusieurs corps de l'armée, égarés par les insinuations des ennemis du bien public, et perdant de vue les premiers devoirs de leur état, ont porté si loin l'infraction et le mépris de la discipline, que si l'on ne s'empressait d'adopter des mesures imposantes pour le rétablissement de la subordination et le maintien de l'ordre, l'honneur des corps militaires et la sûreté nationale se trouveraient également compromis avant peu », *ibid.*

⁴⁰¹ Article 2 du décret du 6 août 1790, *ibid.*

⁴⁰² *Ibid.*

adopter des usages toute à fait incompatibles avec la discipline militaire » parce que « dans presque tous les régiments se sont formés [...] des clubs, des comités [...] qui ont pris des délibérations », qualifiées de « funestes » parce qu'elles sont prises les armes à la main.⁴⁰³ Or ces motifs ont en réalité été longuement développés par Latour Du Pin au nom du Roi dans un discours du 4 juin 1790, et dans le mémoire présenté lors de la discussion du décret du 6 août. En effet, le ministre de la guerre du Roi met en avant un autre danger qui réside dans la forme des insurrections. Dans le premier discours qu'il fait à l'Assemblée nationale concernant les troubles militaires, il explique d'abord que le problème le plus grave n'est pas constitué par les « désordres » provoqués par les actes d'insubordination dans l'armée.⁴⁰⁴ Selon lui, le risque dépasse l'ordre public, pour « menacer la Nation même ».

Il ne s'agit pas alors de préserver la Souveraineté nationale contre l'ennemi intérieur. Le danger pour l'indépendance est alors rarement mis en avant. Selon le ministre, c'est la souveraineté de la nation même qui est mise en danger. Il explique que les insubordinations ont pour effet de mettre fin à la règle qui veut que « le corps militaire n'est qu'un individu par rapport au Corps politique ; essentiellement fait pour être mû par une force unique et toujours suivant la direction indiquée par les Loix »⁴⁰⁵. La fin de cette subordination mécanique conduirait donc à l'établissement d'une « démocratie militaire »⁴⁰⁶. Mais ce n'est pas l'insubordination individuelle qui est susceptible de provoquer le changement de régime. Il explique que le danger provient des « conseils irréguliers, de ces Comités turbulents », formés dans l'Armée. Selon lui, la souveraineté nationale est mise en danger parce que les militaires se constituent en « corps délibératif » agissant « d'après ses résolutions ». Or, ces comités s'occupent de toutes les « matières, affaires de finance, règlements de

⁴⁰³ Jean-Louis Emmery membre du comité militaire, *ibid.*, p. 641.

⁴⁰⁴ Discours prononcé devant l'Assemblée le 14 juin 1790, *ibid.*, t. XVI, p. 95.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ *Ibid.*,

police, tout est de leur ressort ». ⁴⁰⁷ L'analogie avec le corps représentatif est encore renforcée par le fait que les mutins élisent des représentants se retrouvant devant le ministre pour présenter les « *intentions de leurs commettants* » en tant que « députés ». ⁴⁰⁸

Mais cette même phrase implique aussi une autre idée, celle de la spécificité de l'armée. En effet, l'administration civile révolutionnaire est essentiellement organisée autour de l'idée « d'administration civique ». ⁴⁰⁹ La loi du 22 décembre 1789 organise une administration territoriale élue et collégiale puisque les trente six administrateurs départementaux sont élus au suffrage universel direct ; leur organe exécutif est composé de huit d'entre eux. ⁴¹⁰ Ce système est reproduit tant au niveau des districts que de la commune qui en revanche est dotée d'un exécutif monocéphale. De plus, ces conseils sont dotés de compétences normatives puisqu'ils établissent des règlements qui sont délibérés. ⁴¹¹ Enfin, ces délibérations étaient souvent marquées par une forte volonté d'indépendance au niveau communal. ⁴¹² En somme l'Assemblée nationale autorise pour l'administration ce qu'elle interdit pour l'armée. Or la force matérielle est l'élément spécifique à l'Armée par rapport à l'administration civile. L'Armée est donc interdite de délibération car, la constitution d'une volonté qui s'ajouterait à la force matérielle reviendrait à constituer une souveraineté concurrente à celle de l'Assemblée. Le ministre insiste donc sur le caractère politique du phénomène. Cette analyse est définitivement complétée par l'analogie historique qu'établit ensuite le Ministre. Le mouvement d'insurrection doit être rapproché selon le ministre « des plaies profondes que firent à l'Empire romain de semblables excès ». Mais surtout, le risque encouru

⁴⁰⁷ Mémoire du Ministre de la Guerre, introduit et lu au nom du Roi devant l'Assemblée nationale *relatif à l'insubordination qui se manifeste dans plusieurs corps d'armée*, séance du 6 août 1790, *ibid*, t. XVII, p. 640.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ BURDEAU (F.), *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1994, 377 p. 53.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² *Ibid*, p. 55.

se rapproche des « maux occasionnés chez un peuple voisin, dans le siècle dernier, par de pareilles associations de soldats ». ⁴¹³ L'exemple anglais est donc ici prépondérant. Il s'agit d'éviter la constitution en France d'une Armée politique comme la *New Model Army* des révolutions anglaises. Le ministre explique donc que la menace principale réside dans la constitution d'une volonté générale propre à l'armée, en compétition avec la volonté de la représentation nationale. Or, une telle configuration est contraire avec la conception de la souveraineté nationale. ⁴¹⁴ Il s'agit bien d'éviter un pouvoir militaire opposé au pouvoir civil, se constituant sous la même forme délibérative.

Les trois systèmes constitutionnels ont donc intégré le principe constitutionnel de séparation du pouvoir militaire et du pouvoir civil. Dans le sens du plus petit dénominateur commun, il s'agit d'éviter que la puissance matérielle absolue que représente l'Armée ne puisse modifier la Constitution, acte de puissance juridique. Les trois systèmes ont donc établi une séparation entre le pouvoir militaire, notamment par des contrepoids représentés par le contrôle du *pouvoir délibérant* sur l'existence de l'institution militaire, et une milice composée de citoyens en armes.

⁴¹³ Mémoire du Ministre de la Guerre, introduit et lu au nom du Roi devant l'Assemblée nationale relatif à l'insubordination qui se manifeste dans plusieurs corps d'armée, séance du 6 août 1790, *ibid*, t. XVII, p. 640.

⁴¹⁴ La même idée fondera l'interdiction des sociétés politiques soutenue par Le Chapelier. Cf. GUENIFFEY (P.) et HALEVY (R.), « Clubs et sociétés populaires », *in* FURET (F.) et OUZOUF (M.), *op. cit.* – *Institutions et créations*, p. 125.

Conclusion du Titre Ier

Les Etats-Unis, la France et le Royaume-Uni ont été confrontés à l'existence d'un pouvoir militaire –au sens organique- pendant la période fondatrice de leurs Révolutions. Ce pouvoir a été fortement institutionnalisé au Royaume-Uni, puisqu'il a pu exercer le pouvoir constituant et être partiellement intégré comme une institution politique du régime. En France, ce pouvoir n'est intervenu que comme force matérielle susceptible de modifier les régimes. L'expérience américaine n'a pas dépassé la période coloniale prérévolutionnaire.

Malgré cette différence d'intensité, la nécessité de protéger le gouvernement civil contre l'Armée a été conçue comme une exigence impérieuse par la culture politique principale de ces trois pays.

Cependant, la cristallisation de l'impératif politique de séparation a également acquis une valeur juridique. De façon directe ou indirecte, les constitutions des trois Etats ont formulé un principe suivant lequel la force Armée étant dangereuse pour la Constitution, il faut éviter qu'elle ne se transforme en pouvoir, notamment par le contrôle exercé par le Parlement sur elle. Toutefois, par l'accession de la séparation au rang de principe constitutionnel, celle-ci acquiert la principale caractéristique de cette catégorie juridique : son caractère ambigu, plurivoque, polysémique.⁴¹⁵ De cette généralité découle une certaine ambiguïté quant

⁴¹⁵ En ce sens DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, 1995, PUF, 515 p., p. 80. Cf. *contra* TROPER (M.), *La philosophie du droit*, PUF, 2003, 127 p., p. 73.

à son statut. En effet, il est possible de considérer qu'un tel principe n'a qu'une valeur justificative pour des décisions des organes constitués. Ce principe ne serait véritablement juridique que si une norme de rang inférieur est écartée si elle est contraire à ce principe.⁴¹⁶ L'idée que la souveraineté peut être concurrencée par la force matérielle absolue des militaires a effectivement donné lieu à interprétation par les organes du pouvoir civil. Pendant les périodes d'affermissement démocratique de ces régimes, ce principe a été utilisé pour fonder –tant par le législateur que par le juge- une séparation entre le militaire, porteur de la force brute, et le citoyen, titulaire de la souveraineté.

⁴¹⁶ TROPER (M.), « L'expérience américaine et la Constitution française du 3 septembre 1791 », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, 334 p., p. 123.

Titre II : Un droit de vote désormais acquis

L'étude comparée de l'histoire du droit de vote des militaires aboutit à la constitution d'un prisme partiellement inversé de l'histoire des démocraties occidentales. La période d'affirmation du suffrage universel correspond à la mise en place progressive de l'exclusion des militaires du corps électoral (Section I). Dans un deuxième temps, l'universalisation du droit de vote, entraîne une organisation contemporaine effective du droit de vote (Section II).

Chapitre I : la mise en place progressive de l'incapacité électorale des militaires

Cette mise en place suit un rythme différent suivant les régimes en place (I) et est établie suivant deux méthodes distinctes (II).

Section I - La dualité historique, conséquence de deux conceptions de la démocratie

L'analyse historique du statut politique des militaires conduit à distinguer d'un côté les évolutions communes française et nord-américaine et de l'autre la relative stabilité de la tradition britannique.

A- L'instabilité franco-américaine

Le droit de vote des militaires connaît trois moments s'agissant des Etats-Unis et de la France. Le passage par ces trois stades se fait néanmoins selon des rythmes différents. Pour la république nord-américaine, il s'agit d'un mouvement en phases du fait de la compétence étatique en matière de capacité électorale⁴¹⁷ qui limite toute modification brutale au niveau national. Le premier mouvement commencé avec les premières constitutions des anciennes colonies se termine avec les révisions constitutionnelles des années 1815-1830 : c'est une période d'indifférence au statut militaire. Ensuite jusqu'à la fin du dix-neuvième siècle, il s'agit d'une période d'exclusion. Enfin un troisième mouvement, dont l'intensité est croissante, correspond à la période

⁴¹⁷ OGG (F. A.), RAY (P. O.), *Le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique*, PUF, 1958, (trad. de la 6ème éd.), 463 p., p. 97.

postérieure à la seconde guerre mondiale dans laquelle c'est une lente réintégration des militaires au sein du corps électoral qui est réalisée.⁴¹⁸

S'agissant de la France, il faut distinguer trois ruptures : en 1789 s'ouvre un cycle incertain dans lequel le droit de vote est admis même s'il n'est pas toujours organisé⁴¹⁹. Puis la loi du 27 juillet 1872 instaure une exclusion totale des membres des forces armées du droit politique fondamental. Enfin, à partir de l'ordonnance du 17 août 1945, le droit de vote est désormais reconnu sans restriction aux militaires, voire même favorisé.

De cette comparaison historique, il est possible de tirer un premier résultat assez paradoxal. Lors de la guerre de sécession américaine (1861-1864), les deux gouvernements (fédéral et confédéral) prennent pour la première fois des lois imposant la conscription pour les hommes de vingt à quarante cinq ans.⁴²⁰ Les levées en masse n'ont pourtant pas conduit à l'institutionnalisation du suffrage militaire. Les mobilisations américaines, décidées pendant la guerre par une loi de mars 1862 au sud et de mars 1863 au nord, ont conduit les gouvernements à prendre conscience de l'impossibilité concrète d'exercer le droit de vote en étant sous les drapeaux : sur les deux millions d'individus engagés dans l'armée fédérée, presque tous disposaient du droit de vote.⁴²¹ Deux

⁴¹⁸ Il apparaît alors que cette séparation ne correspond pas aux trois périodes qu'expose Bryce in BRYCE (J.), *La République américaine*, (1888) trad. française, Giard et Brière, 1900, 4 t, t. II, pp. 54 à 57.

⁴¹⁹ Outre les dispositions générales des constitutions sur le sujet, les textes régissant alors le droit de vote sont le décret du 28 février 1790, *Duvergier*, t. 1, p. ; le décret du 6-20 juillet 1791, *relatif aux officiers, sous-officiers et autres attachés au service de terre ou de mer, pour l'exercice des droits de citoyen actif*, *Duvergier*, t. 3, p. 80 ; le décret du 22 fructidor an III (8 septembre 1795), *qui admet à voter sur la Constitution les citoyens des armées de terre et de mer détachées de leur corps, actuellement à Paris*, *Bulletin*, 58, 221 ; Loi du 19 ventôse an V (9 mars 1797), *relative aux conditions qui établissent la résidence donnant droit de voter dans les assemblées primaires*, *Duvergier*, t. IX, p. 323 ; Loi du 19 fructidor an VI (5 septembre 1798), *relative au mode de formation de l'armée de terre*, *Duvergier*, t. X, p. 343 et s. ; instruction ministérielle de Ledru Rollin du 8 mars 1848, *Le Moniteur*, 13 mars 1848, loi du 15 mars 1849 art. 2, § 3 et 62, *Le Moniteur* du 8 mars 1849, décret organique du 2 février 1852, art. 24,

⁴²⁰ Cf. TUNC (A.) et TUNC (S.), *Le système constitutionnel américain*, Montchrestien, 1954, 2 t., t. I, p. 172.

⁴²¹ Données présentées in KARLAN (P. S.), « Ballots and Bullets : The exceptional History of the Right to vote », *University of Cincinnati Law Review*, 2003, vol. 71, pp. 1345-1372, p. 1351. Les débats entre historiens évaluent le nombre de soldats entre 2 100 000 et

systemes furent utilisés dans les Etats fédérés : les permissions massives dans un premier temps et les lois dérogatoires dans un second temps.

En 1864 ce n'était plus seulement la victoire électorale qui était au cœur des préoccupations des républicains, qui dominaient encore le Congrès et la Présidence. D'un côté, le maintien des élections présidentielles selon l'agenda prévu et même dans le cadre d'un corps électoral mobilisé, était nécessaire pour montrer le bon fonctionnement des Institutions dans le cadre fixé par la Constitution durant la guerre. Il s'agissait de contrer l'offensive des démocrates qui soutenaient l'idée d'une convention constitutionnelle qui, dans leur esprit, devait permettre de réintégrer les Etats sécessionnistes. D'un autre côté, la participation des militaires aux opérations de vote visait à écarter définitivement l'idée d'une paix négociée, puisque le gouvernement comptait sur l'attachement des militaires à la victoire. Leur concours a alors été présenté comme un corollaire à l'appel au peuple souverain qui devait – par les élections - trancher la question de savoir si la guerre devait être menée jusqu'à la capitulation des *Confederates States of America*.⁴²² Ce projet du gouvernement fédéral n'a pourtant pas eu d'effets définitifs puisque les juridictions suprêmes des Etats ont continué à faire prévaloir leurs constitutions sur la logique générale.

L'instrumentalisation du vote des forces fédérées n'a d'ailleurs pas été ignorée des démocrates. Ainsi, en 1862, Georges W. Woodward, candidat démocrate au poste de gouverneur en Pennsylvanie, a-t-il été l'auteur, en tant que *Chief justice*, d'une décision de la Cour suprême de cet Etat dans laquelle la loi autorisant vote des militaires était jugée inconstitutionnelle.⁴²³ L'argument essentiel réside dans le respect du

2 900 000 hommes. BOWMAN (F. O.) et SEPINUCK (S. L.), « High Crimes and Misdemeanours ; Defining the Constitutional Limits of Presidential Impeachment », *Southern Carolina Law Review*, 1999, t. 72, pp. 1517-1578, p. 1530.

⁴²² KEYSSAR (A.), *The Right to Vote : The Contested History of Democracy in the United States*, New-York, Basic Books, 2000, 496 p., p. 104. Confirmé in HYMAN (H. M.), "Ulysses Grant I, emperor of America", in R. H. KOHN (ed.), *The United States Military under the Constitution of the United States, 1789-1989*, New-York, New-York University Press, 1991, 449 p., pp. 175-192.

⁴²³ Citée in McPHERSON (J.), *La guerre de sécession*, Laffont, 1991, 1001 p., p. 655.

principe de séparation des pouvoirs civil et militaire. La haute juridiction de Pennsylvanie, interprète la Constitution comme exigeant le vote personnel des électeurs à leur bureau de vote afin d'exclure tout vote par correspondance.⁴²⁴ De plus, même si les cantonnements étaient considérés les domiciles des militaires citoyens de Pennsylvanie, cette définition de la circonscription électorale n'aurait pas été suffisamment précise. Surtout le juge Woodward ajoute que cette imprécision ne saurait être comblée par une délégation à l'autorité militaire pour désigner les lieux de vote. En effet, cette délégation serait impossible car une autorité civile ne peut déléguer ses compétences à une autorité militaire : « bien qu'une [compétence] puisse être confiée par un des trois départements égaux du gouvernement à un autre département, comme la législature peut le faire avec le judiciaire, aucune fonction civile d'aucun département ne peut être délégué à l'autorité militaire. Ce serait porter un atteinte fatale aux principes premiers du gouvernement civil. Si le législateur a déclaré que le commandant militaire peut déclarer son camp comme circonscription électorale quelque soient les circonstances, cela ne valide rien, au regard de la Constitution, de faire allusion à la compétence législative pour les circonscriptions électorales, qui sont considérées comme des institutions civiles, devant être créés et contrôlés exclusivement par des civils, car étant incompatibles avec le pouvoir militaire. La Constitution énonce que « l'Armée doit rester dans tous les lieux et dans toutes les situations subordonnée au pouvoir civil », ce qui marque de façon claire une séparation entre les deux pouvoirs »⁴²⁵. Etait ainsi rejeté tout système de vote à distance pour participer aux scrutins étatiques.

⁴²⁴ Cour suprême de Pennsylvanie, *Chase v. Miller*, 41 Pa. 403 (1862), § 13.

⁴²⁵ “and however it may be committed by one of the three co-ordinate departments of the government to another of those departments, as by the legislature to the judiciary, no civil functions of either department can be delegated to a military commander. This would be to confound the first principles of the government. If the legislature had said in the most express terms that the commander might declare his camp, wherever it might happen to be, an election district, it could have availed nothing, for the constitution, in referring to the legislature for election districts, recognised them as among the *civil* institutions of the state, to be created and controlled exclusively by the civil, as contradistinguished from the

Parallèlement, dans les trois Etats nordistes dont les chambres étaient dominées par des majorités démocrates, aucune disposition en faveur du vote des absents ne fut acceptée.⁴²⁶ Par ces décisions, il résultait à l'inverse que les plus fervents républicains étant engagés, ils ne votaient pas. Dès lors, les démocrates cherchaient à bénéficier d'un avantage mécanique dans ces élections locales puisque leurs partisans prenaient à ce moment une part moins active dans la guerre. De l'autre côté des lignes de front, l'expérience confédérée ne permet pas de déceler une tendance forte. Les élections ont en effet connu une faible participation⁴²⁷. Seule une minorité d'Etats confédérés autorisaient leurs militaires à voter (comme la Caroline du Nord) et cette possibilité n'a pas alors connu de franc succès.⁴²⁸ Cette configuration peut s'expliquer par le contexte politique du mouvement confédéré. La participation aux élections n'y constituait pas un enjeu politique fondamental contrairement aux fédérés. En effet, l'opinion s'inscrivait dans un contexte idéologique qui rejetait justement l'organisation du politique autour de la lutte des partis et donc des campagnes électorales, *in fine* le caractère subjectif de la participation au vote ne paraissait pas évident.⁴²⁹ Classiquement, l'expérience constitutionnelle des *Confederates States of America* est écartée par la doctrine.⁴³⁰ Pourtant, la compréhension de l'évolution globale implique sa prise en compte. En effet, après la guerre, s'est ouverte la période de la *Reconstruction* (1868-1870), pendant laquelle les anciens Etats confédérés sont placés sous tutelle fédérale. Cette tutelle était exercée par des gouvernements militaires qui s'appuyaient sur des régiments cantonnés dans les Etats vaincus. Par

military power of the state. The constitution says "the military shall, in all cases and at all times, be in strict subordination to the civil power," which is marking a distinction between the two powers with great emphasis." *Chase v. Miller*, 41 Pa. 403 (1862), § 15.

⁴²⁶ KARLAN (P. S.), *op. cit.*, p. 1351.

⁴²⁷ En ce sens, TAP (B.), « Elections in the Confederates States of America », in HEIDLER (D. S.) et HEIDLER (ed.), *Encyclopaedia of the American civil war*, Denver, Oxford, ABC-Clio coop., 5 vol., vol. 3, p. 643.

⁴²⁸ RABLE (G. C.), *The Confederate Republic, a revolution against politics*, University of North Carolina Press, 1994, 416 p. p. 317.

⁴²⁹ C'est la thèse que soutient RABLE (G. C.).

⁴³⁰ Cf. TUNC (A.) et TUNC (S.), *op. cit.*, p. 170.

cette voie les Constitutions des Etats confédérés ont été abolies pour mettre en place des Actes conformes aux doctrines fédérales. Toutefois, après la fin de cette période ceux-ci ont retrouvé leurs traditions constitutionnelles. En effet, le retour à l'autonomie a provoqué l'élection de gouverneurs et d'assemblées démocrates. Or les partis démocrates du Sud avaient été les principaux soutiens du projet Confédéral. Leur élection a donc permis une certaine restauration des idéaux sudistes. Un des premiers actes de cette restauration partielle a alors été la disqualification systématique des militaires affectés dans ces Etats. Ainsi en est-il de l'article VIII, §1 de la Constitution de 1875 et de l'article 226 du Code électoral de 1876 de l'Alabama ; de l'art. III §7 de la Constitution de 1874 de l'Arkansas, de l'article II § 1 et 2 de la Constitution de 1877 de la Géorgie. A la théorie politique sudiste, favorable à une démocratie restreinte, s'ajoutait le souvenir amer de la participation des troupes fédérales aux votations locales pendant la *Reconstruction*.

Les expériences de vote des militaires n'ont pas emporté de mutation définitive, au contraire. Les législations organisant le vote à distance n'ont pas survécu à la fin de la guerre sauf pour trois Etats. Ce résultat a été obtenu par une loi en Pennsylvanie et des dispositions constitutionnelles pour le Maine et le Rhode Island votées en 1864 ainsi qu'au Kansas en 1868. Il s'agit là de quatre Etats, fédérés pendant la guerre, dont les contingents ont été particulièrement sollicités lors de la période de reconstruction afin d'assurer l'exécution des décisions fédérales dans les membres de la défunte Confédération.

En revanche, il est vrai que la Première guerre mondiale a provoqué un revirement complet en la matière. Même si cette modification est relativement tardive puisque la première loi institutionnalisant le vote des absents civils est adoptée par le législateur du Vermont en 1896.⁴³¹ Se sont alors généralisées dans les législations

⁴³¹ RAY (P. O.) « Absent-voting Laws », *American Political science review*, 1924, pp. 321-325, p. 321.

électorales des Etats, les dispositions permettant expressément aux militaires d'exercer leur droit de vote. La moitié des Etats se dotent d'une législation permettant le vote par correspondance en 1916. Une première tentative avait été réalisée en 1898 par le New Jersey et le Nevada. D'autres Etats ont modifié leur législation lors de la première guerre mondiale : il s'agit du Delaware, de l'Illinois, Kansas, Maine, Minnesota, Missouri, Nebraska, Nevada, New Jersey, New York, Oklahoma, Pennsylvanie, Rhode Island, Virginie Occidentale.⁴³² Ces lois ont été reprises lors de la Seconde guerre mondiale. Toutefois, la liberté laissée aux états a été circonscrite dans une décision liée à la jurisprudence des *civils rights*. Le juge suprême américain a décidé de contrôler la législation électorale touchant aux militaires et imposé que les restrictions étatiques liées au domicile soient appliquées de façon raisonnable.⁴³³

Du point de vue fédéral, c'est uniquement la Seconde guerre mondiale qui a conduit le Congrès à adopter des lois organisant le vote des mobilisés, mais uniquement pour l'élection présidentielle.⁴³⁴ Les positions au Congrès ont alors été à front renversé par rapport aux positions prises pendant la Guerre de Sécession. Les Démocrates étaient favorables à l'inclusion des appelés dans le corps électoral alors que les Républicains y étaient opposés car ils craignaient que les suffrages ainsi exprimés ne soient favorables à l'administration sortante et qu'elle ne favorise le vote des noirs dans les Etats du Sud.⁴³⁵ Pour dépasser la compétence des Etats en la matière, il fut argué que la loi était une manifestation de l'exercice du *War Power*⁴³⁶. C'était déjà par cette voie

⁴³² RAY (O.), « Military Absent-voting Laws », *American Political Science Review*, 1918, pp. 461-469.

⁴³³ Décision *Carrington v. Rash*, 380 U.S. 89 (1965). Cf. annexe.

⁴³⁴ Le gouvernement fédéral n'a même pas cherché à restreindre les compétences des Etats : OGG (F. A.) et RAY (P. O.), *Le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique*, (6^{ème} éd. trad.), PUF, 1958, 463 p., p. 158

⁴³⁵ SILBER (N.) et MILLER (G.), « Toward « Neutral Principles » in the Law : from the Oral History of Herbert Wechler », *Columbia Law Review*, 1993, vol. 93, pp. 885-931, p. 879.

⁴³⁶ Expression qui résume les pouvoirs que détient le Président du fait de sa qualité de « commandant en chef de l'armée et de la marine des Etats-Unis, et de la milice des divers

qu'avait été introduite une loi fédérale édictant un moratoire s'agissant des hypothèques des personnels militaires.⁴³⁷ L'opposition a alors proposé de préserver les droits des Etats en laissant l'initiative d'un dispositif national à la sollicitation de ceux-ci, proposition qui fut qualifiée de fraude par le Président Roosevelt. C'est ainsi qu'a été adopté le *Absentee Voting in Times of War*.⁴³⁸ Cette loi créait une commission fédérale du vote. La commission était autorisée à imprimer, distribuer et recueillir les bulletins pour l'élection présidentielle. Elle devait ensuite s'assurer de l'arrivée de ces bulletins dans les bureaux de vote dans lesquels les militaires étaient enregistrés. Surtout, la loi exigeait que la Commission s'assure que les bulletins étaient bien pris en compte par les officiers électoraux locaux. L'ensemble du dispositif a été complété par l'*Uniformed and Overseas Citizens Absentee Voting Act* de 1986 qui assure le droit des personnels militaires à participer aux élections⁴³⁹ en consolidant des textes antérieurs épars⁴⁴⁰.

A l'opposé, en France, le développement quantitatif des forces armées n'a pas produit directement une reconnaissance du droit de vote aux militaires. Au contraire, les mobilisations générales correspondent généralement à des moments de restriction de la capacité politique des militaires. L'idée d'une nécessaire contribution humaine à l'effort militaire a été envisagée pour la première fois dès la Constituante par le décret du 6-9 décembre 1790.⁴⁴¹ Deux structures ont été mises en place : d'un côté une garde nationale aux tâches essentiellement défensives, de l'autre une armée de ligne qui pouvait être pourvue par voie de

Etats », article II, Section 2 de la Constitution. Pour une analyse du caractère extensible de ce pouvoir cf. LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 3^{ème} éd., 2004, 1060 p., pp. 323-325.

⁴³⁷ SILBER (N.) et MILLER (G.), *op. cit.*, p. 880.

⁴³⁸ Public Law, n°78-2777, 58 Stat., 136 (1944)

⁴³⁹ Codifiée dans les dispositions 42 U.S.C. §§1973-1 à 1973-2.

⁴⁴⁰ MacMANUS (S. A.), « « Absentee Balloting », in MAISEL (C. S.) (éd.), *Political parties and Elections in the United States. An Encyclopaedia*, New York, Garland Publishing, 1991, 1345 p., pp. 7-8.

⁴⁴¹ Sur cette donnée factuelle comme sur celles qui suivent dans ce développement cf. LAUBADERE de (A). VENEZIA (J.- C.), *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^{ème} éd., 1997, t. III, p. 95.

conscription. Le décret du 28 février-21 mars 1790 en son article 6 prévoyait que « tout militaire en activité conserve son domicile, nonobstant les absences nécessitées par son service, et peut exercer les fonctions de citoyen actif, s'il a d'ailleurs les qualités exigées par les décrets de l'Assemblée nationale, et si, lors des assemblées où doivent se faire les élections, il n'est pas en garnison dans le canton ou est situé son domicile ». Ce dispositif qui semble préserver le droit de vote des militaires pose en réalité pour la première fois une incompatibilité entre le statut d'électeur et le statut de militaire. Il s'agit d'éviter une immixtion des autorités militaires dans l'élection qui constitue le seul moment où s'exprime la nation⁴⁴². Cette incompatibilité relative pour les membres de l'armée de ligne devenait absolue pour les membres de la garde nationale. Ceux-ci avaient vocation à servir dans leur canton, puisqu'ils devaient veiller à la sécurité de leur territoire. Leur convocation dans le service impliquait qu'ils prennent garnison dans leur canton. Etaient donc réunies automatiquement les conditions rendant leur vote impossible. Il est vrai d'une part que la garde nationale a existé essentiellement pendant la période révolutionnaire mais qu'elle a été de plus en plus utilisée comme une troupe quelconque ; d'autre part ce décret, première réglementation du droit de vote des militaires a été abrogé par un décret du 6 et 20 juillet 1791.⁴⁴³

Cette philosophie a néanmoins marqué fortement la pratique révolutionnaire. En effet, si la Convention a préservé le droit de vote des militaires, le Directoire a développé ce qui peut être considéré jusqu'en 1945 comme la tendance forte de la tradition française. Ce régime a institutionnalisé le système de la conscription⁴⁴⁴ et exclu les militaires du droit de vote. L'article quinze de la loi *Jourdan* du 19 fructidor an VI

⁴⁴² SIEYES (E.), *Qu'est ce que le Tiers Etat*, (1688), in *Ecrits politiques*, Editions des archives contemporaines, 2001, 278 p., p. 164.

⁴⁴³ D. 6-20 juillet 1791 « Les officiers, sous-officiers et autres attachés au service de terre ou de mer, domiciliés habituellement dans les lieux où ils se trouveront, soit en garnison, soit en activité de service, pourront y exercer leurs droits de citoyen actif, s'ils réunissent d'ailleurs, les conditions requises »

⁴⁴⁴ En ce sens, LAUBADERE de (A.) et VENEZIA (J.-C.), *op. cit.*, p. 95

prévoyait en effet que tous les hommes devaient un service obligatoire entre vingt et vingt-cinq ans. Pendant cette période, ils pouvaient être placés en deux positions alternatives. Soit ils n'étaient pas appelés et dans ce cas les électeurs continuaient « à exercer leurs droits politiques de citoyen, et font le service de la garde nationale sédentaire » (art. 23). Soit, si les personnes ne s'étaient pas enrôlées, elles devaient prouver qu'elles avaient été dispensées de leur service par « un congé absolu en bonne forme, ou une dispense légale de service » (art. 54). De même que la conscription générale n'est plus au centre du dispositif militaire après la fin du Premier Empire, le vote militaire n'est plus rejeté en soi à partir de la Restauration. Il est vrai que l'institutionnalisation du suffrage censitaire⁴⁴⁵, tout comme au Royaume Uni, rend assez vaine toute spécification du régime s'appliquant aux militaires. En revanche la stabilisation définitive du caractère démocratique du régime français, l'instauration du service militaire universel personnel et égalitaire et la suppression du droit de vote des militaires interviennent à la même époque et pour ce qui concerne la conscription et le suffrage militaire par la loi du 27 juillet 1872. Ce système a perduré durant les deux grandes guerres mondiales. Étrangeté qui ne prend fin qu'avec l'ordonnance du 17 août 1945, texte qui instaure de façon définitive le droit de vote des militaires. Encore que des projets de loi furent préparés par la direction du personnel militaire de l'Armée de terre pour revenir sur ces droits en 1953.⁴⁴⁶ En somme, la France pousse à son extrême ce paradoxe qui traverse les démocraties occidentales étudiées jusqu'au milieu du vingtième siècle : plus l'« impôt du sang » est prélevé largement, moins ceux qui le versent sont habilités à participer à la vie nationale.

⁴⁴⁵ Classiquement, il suffit de se référer à la thèse la plus citée en la matière SENECHAL (M.), *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées*, LGDJ, 1964, 396 p., pp. 22-46. Cf. également, même si les aspects juridiques y sont moins significatifs : CHARNAY (J. P.), *Société militaire et suffrage politique en France depuis 1789*, S.E.V.P.E.N., 1964, 298 p.

⁴⁴⁶ DUVAL (E.-J.), *L'armée de terre et son corps d'officiers 1944-1994*, Addim, 1996, 329 p., p. 30.

B- La stabilité britannique

La mise en parallèle avec le système britannique s'avère ici pertinente par ses lacunes apparentes. Il faut revenir à l'origine de la démonstration : s'il existe une séparation des pouvoirs civil et militaire en matière de droit de vote elle vise à séparer le militaire, magistrat de souveraineté, du citoyen, titulaire de souveraineté.

Or le régime britannique est présenté classiquement comme un système dans lequel la souveraineté est celle du Parlement.⁴⁴⁷ La souveraineté du peuple n'y est qu'un « raisonnement philosophique » sans portée juridique.⁴⁴⁸ Le principe de séparation et son implication - l'incapacité électorale des membres des forces armées - ne paraît pas devoir comporter des implications déterminantes. L'analyse historique révèle une réalité plus complexe. Le droit de vote des militaires paraît un élément peu pertinent s'agissant de l'époque allant de la *Glorious Revolution* jusqu'au *Representation of the People Act* de 1918 qui marque la réelle libéralisation du droit de suffrage⁴⁴⁹. La législation ne fait pas mention de l'exclusion des militaires en la matière. En principe, ils bénéficiaient donc de la même reconnaissance en la matière que les autres sujets de la Couronne. Ils étaient donc soumis à un régime très restrictif au regard du système électoral tel qu'il a existé jusqu'en 1918.⁴⁵⁰ Toutefois, la situation des militaires n'était pas tout à fait la même que celle des autres sujets. Une majorité de parlementaires craignaient que les militaires ne faussent les élections.⁴⁵¹ Aussi, dès les élections de la *Convention* de 1689 Guillaume III a tiré les conséquences

⁴⁴⁷ L'orthodoxie en la matière impliquerait de se référer à DICEY (A. V.), *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 8^{ème} éd., 1915, (rééd., Etats-Unis, Indianapolis, Liberty Found, 1982), p. XXXVI.

⁴⁴⁸ BELL (J.), « Que représente la souveraineté pour un Britannique ? », *Pouvoirs*, 1993, pp. 107-116, p. 114.

⁴⁴⁹ CADART (J.), *Régime électoral et régime parlementaire en Grande Bretagne*, Armand Colin, 1948, 224 p., p. 26.

⁴⁵⁰ LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 3^{ème} éd., 2004, 1060 p., p. 456. Pour E. ZOLLER, en 1900 seule 8,7% de la population est admise au droit de vote, in ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 1999, 642 p., p. 502.

⁴⁵¹ OSMOND (J. S.), *Parliament and the Army 1642-1904*, Londres, Cambridge University Press, 1933, 187 p., p. 36.

de cette crainte. Il a ordonné qu'aucun soldat ne soit être présent dans les villes les jours des élections afin que le processus soit aussi libre que possible.⁴⁵²

Surtout, la limitation du droit de vote résultait d'une volonté expresse du Parlement. En effet, les militaires qui remplissaient les conditions de cens posées par le *Reform Act* de 1832 n'en restaient pas moins à l'écart du corps politique faute de remplir les conditions de domicile. L'essentiel des troupes britanniques était soit embarqué dans les bâtiments de la *Royal Navy*, soit affecté outre-mer dans les Colonies. De ce fait, la condition de domiciliation ne pouvait pas être remplie.⁴⁵³ Les militaires ne pouvaient donc être habilités à voter. Cette incapacité n'est pas le fruit du hasard : elle a été expressément voulue par le Parlement. La question fut posée lors de la discussion du *Reform Act* de 1832, par Joseph Hume (1777-1855), député *whig* radical qui était favorable à l'extension la plus large possible du suffrage. Pendant les débats, il a proposé de dispenser les militaires des conditions d'accès au droit de suffrage et que le droit de vote soit une conséquence du contrat d'engagement.⁴⁵⁴ Sa proposition fut rejetée, réglant ainsi la question jusqu'en 1918.⁴⁵⁵ Par la suite, à l'opposé du système américain qui a évolué progressivement, le Royaume-Uni a connu une libéralisation brutale : les lois élargissant et garantissant le suffrage des militaires sont indéniablement en concordance avec les lois de mobilisation générales que les deux conflits mondiaux ont provoquées⁴⁵⁶. Il ne s'agit pas d'une coïncidence mais d'une corrélation : l'instauration du service militaire (exigé jusqu'en 1960) a entraîné une prise en compte des incapacités de fait ou de droit qui pèsent sur les militaires en matière électorale.

⁴⁵² OSMOND (J. S.), *Ibid*, p. 38.

⁴⁵³ Cf. *infra*.

⁴⁵⁴ Sur cet épisode de la discussion du *Reform Act* cf. FORTESCUE (J.), *A history of the British Army*, Londres, MacMillan, 1923, 13 tomes, t. XI, p. 423.

⁴⁵⁵ CADART (J.), *op. cit.*, p. 39.

⁴⁵⁶ BRADLEY (A.) et EWING (K.), *Constitutional and administrative law*, Harlow, R.-U., Longman / Pearson, 13^e éd., 2003, 880 p., p. 329.

La proscription électorale des militaires ne peut s'analyser donc comme un phénomène corrélatif à l'émergence de l'idée démocratique : les expériences américaine et française –les plus significatives en la matière - ne permettent pas d'affirmer cela. L'incapacité électorale des militaires apparaît comme un corollaire de la période d'affirmation du caractère électif des démocraties étudiées. Effectivement, le moment pendant lequel sont établies les incapacités électorales des militaires correspond à la période d'affirmation du caractère universel du droit de vote⁴⁵⁷. Pendant cette période, la séparation est donc appliquée de façon stricte : les fonctions militaires ne peuvent être exercées au même temps que les fonctions électorales. Une fois la consolidation démocratique établie, l'incapacité disparaît. Face à cette relative homogénéité chronologique, révélatrice de l'évolution démocratique des régimes, les modes d'exclusion des militaires du corps électoral révèlent quant à eux des conceptions différentes du droit de vote.

Section II. La dualité technique des méthodes d'exclusion : une conséquence de conceptions distinctes de la citoyenneté

L'analyse des méthodes d'exclusion permet d'établir une hiérarchisation de l'intensité de l'exclusion, dont le régime français représenterait le type le plus abouti et le régime britannique le plus souple. Cette intensité est évaluée au regard du caractère direct ou indirect de l'exclusion. Soit les militaires étaient mis à l'écart du corps électoral en tant que tels, soit ils étaient exclus faute de répondre à une condition, généralement celle du domicile. Quant aux Etats-Unis, la

⁴⁵⁷ LAVAUX (Ph.), *op. cit.*, 63-67.

« liberté constitutionnelle »⁴⁵⁸ dont bénéficiaient les Etats en la matière a conduit à l'utilisation des deux systèmes voire d'une certaine mixité. Il convient donc de distinguer l'exclusion directe et l'exclusion indirecte, méthodes qui marquent une conception différente du droit de vote.

A. L'exclusion directe en fonction de la qualité de militaire.

Les individus ont pu être exclus du droit de vote du fait de leur qualité de militaire. Il faut alors distinguer la portée absolue ou relative de cette mesure. La méthode globalisante a été utilisée dans certains Etats fédérés.⁴⁵⁹ Ainsi, les Constitutions de 1819 et de 1865 pour l'Alabama⁴⁶⁰, de 1859 (appliquée jusqu'en 1934) pour le Kansas⁴⁶¹ et de 1857 (appliquée jusqu'en 1934) pour l'Oregon⁴⁶², prévoyaient-elles l'exclusion pure et simple des militaires : « Chaque personne male blanche âgée de vingt et un ans au moins, qui serait citoyen des Etats-Unis, et aurait résidé dans cet état un an avant l'élection, et les trois derniers mois dans le comté, la cité, ou la ville, dans laquelle il demande à voter, sera considérée un électeur qualifié : à condition qu'aucun soldat, marin, ou *marine*, dans l'armée ou la marine régulière des Etats-Unis, ne soit autorisé à voter à n'importe quelle élection dans cet Etat »⁴⁶³ Cette

⁴⁵⁸ Si il est considéré que le mode de désignation des organes de gouvernement est une qualité essentielle donc constitutionnelle d'un régime, alors il faut souligner la pertinence de l'expression utilisée par Hauriou dans ces deux pages qu'il consacre au fédéralisme : HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, 759 p., pp. 125-126.

⁴⁵⁹ Il semble que cette incompatibilité complète entre droit de vote et statut militaire ait été également appliquée en Europe, notamment dans l'Autriche impériale. En ce sens : TRECHSEL (S.), « L'homme en uniforme et les droit de l'homme en droit comparé », *Annuaire français des droits de l'homme*, 1974, pp. 466-497, p. 470.

⁴⁶⁰ Respectivement articles III § 5 et VIII § 1

⁴⁶¹ Art. V § 3

⁴⁶² Art II § 5

⁴⁶³ « *Every white male person of the age of twenty-one years, or upwards, who shall be a citizen of the United States, and shall have resided in this State one year next preceding an election, and the last three months within the county, city, or town, in which he offers to vote, shall be deemed a qualified elector: Provided, that no soldier, seaman, or marine, in*

formulation permettait d'obtenir le résultat le plus rigoureux : elle excluait tous les militaires y compris ceux qui étaient citoyens de cet État avant de devenir militaires.⁴⁶⁴ Une telle disqualification paraît d'autant plus stricte que la Constitution du Kansas prévoyait la possibilité de préserver la condition de domicile qualifiant, pour les autres fonctionnaires et personnes s'absentant de l'État : « Personne ne sera considéré comme ayant perdu ou obtenu sa résidence –comme condition du droit de vote- dans l'État à raison de son absence, si elle résulte du service des Etats-Unis ou de l'État⁴⁶⁵.

Parallèlement le système français fondé sur l'article 5 de la loi du 27 juillet 1872 énonçait que les « hommes sous les drapeaux ne prennent pas part au vote » était en dernier terme plus souple. Reprise dans la loi électorale de 1875, cette disposition a été confirmée à l'occasion du vote des lois sur le recrutement en 1905, 1913 et 1928. Toutefois il ne s'agissait que d'une « suspension »⁴⁶⁶ au regard du droit de vote : les militaires étaient maintenus sur les listes⁴⁶⁷. Ainsi les circulaires ministérielles⁴⁶⁸ prévoyaient que l'absence de la commune de résidence résultant du service militaire ne devait pas porter atteinte aux règles pour l'inscription sur les listes électorales. De plus cette disposition ne touchait que les militaires en activité. Elle ne s'appliquait pas aux personnels qui « au moment de l'élection » se trouvaient en résidence libre, ou en possession d'un congé régulier ainsi qu'aux officiers en disponibilité ou dans le cadre de réserve. Le congé régulier s'entendait

the regular army or navy of the United States, shall be entitled to vote at any election in this State ».

⁴⁶⁴ La rigueur se comprend au regard des Etats qui excluaient le droit de vote uniquement des militaires affectés dans cet État mais qui pouvaient conserver leur qualité d'électeur dans leur État d'origine. Cf. *infra*.

⁴⁶⁵ Même article : «*No person shall be deemed to have lost a residence for the propose of voting, by reason of his absence from the State, while employed in the service of the United States or of the State ».*

⁴⁶⁶ BIDAULT (E.), *Code électoral – Guide pratique pour les élections au Sénat, à la Chambre des députés, aux Conseils généraux et d'arrondissement et aux conseils municipaux*, Paul Dupont éditeur, 12^{ème} éd., 1884, 495 p., p. 19.

⁴⁶⁷ Loi du 30 novembre 1875, art. 2.

⁴⁶⁸ Dès 12 juillet 1874 et 30 décembre 1875, citées in BIDAULT (E.), *Code électoral – Guide pratique*, Paul Dupont éditeur, 7^{ème} éd., 1876, 356 p., p. 8.

comme une autorisation d'absence de plus de trente jours suivant le décret du 27 novembre 1868 art. 2. Il revenait aux présidents des bureaux électoraux de vérifier l'existence d'une dérogation à la suspension⁴⁶⁹.

B. L'exclusion indirecte par le critère du domicile.

D'autres Etats américains ont utilisé un système proche : le militaire n'était pas privé de droit de vote en tant que tel : seule la condition de domicile lui était refusée lorsqu'il n'était que cantonné dans un État. La Constitution du Maine de 1820 comporte pour la première fois une telle disposition : « Chaque citoyen des Etats-Unis âgé de 18 ans au moins, sauf les personnes sous tutelle pour des raisons de maladie mentale, ayant établi sa résidence dans cet Etat, sera un électeur pour le gouverneur, les sénateurs et les représentants, dans la cité, la ville ou la plantation où sa résidence a été établie, si lui ou elle continue à résider dans cet Etat [...] Mais les militaires, marins ou *marines* des Etats-Unis, ou de cet Etat, ne devront pas être considérés comme étant domiciliés parce qu'ils auraient été stationnés dans une garnison, caserne ou place militaire, ou dans une cité, ville ou plantation. »⁴⁷⁰. En réalité, la présence d'une telle clause pouvait conduire à des situations différentes. Si cette disposition était seule présente⁴⁷¹, deux situations pouvaient avoir lieu.

⁴⁶⁹ Circulaire du ministère de l'intérieur du 10 avril 1884.

⁴⁷⁰ Constitution du Maine de 1820 -encore en vigueur- art. II § 1 : « *Every citizen of the United States of the age of 18 years and upwards, excepting persons under guardianship for reasons of mental illness, having his or her residence established in this State, shall be an elector for Governor, Senators and Representatives, in the city, town or plantation where his or her residence has been established, if he or she continues to reside in this State; [...] But persons in the military, naval or marine service of the United States, or this State, shall not be considered as having obtained such established residence by being stationed in any garrison, barrack or military place, in any city, town or plantation* ». Cette clause est encore en vigueur dans cet État : elle est reprise par le Titre 21-A, §112-7 du *Laws of the State of Maine*. Toutefois elle est atténuée par de nombreuses exceptions prévues par le même article. Cf. *infra*

⁴⁷¹ Cas de la Constitution d'Alabama de 1868, art VIII § 1, ce qui ne surprend pas vu la rigueur du régime précédent ; de l'art. II de la Constitution de Georgia de 1877 de l'art. 146 de la Constitution du Kentucky de 1891, de la Constitution de l'Iowa de 1857 (art. II§4) par exemple.

Soit le militaire était originaire de l'État et de ce fait, il pouvait avoir conservé son domicile. Encore fallait-il qu'il remplisse les conditions de « présence avant l'élection » dans la circonscription de son domicile⁴⁷². En revanche, si le militaire présent dans l'État avait son domicile dans un autre État, alors il ne pouvait y être électeur. Cette incapacité locale pouvait être absolue si son État d'origine refusait le droit de vote des militaires comme dans l'hypothèse antérieurement étudiée. L'incapacité d'exercer ce droit pouvait aussi résulter de la combinaison d'une telle clause avec l'exigence dans l'État d'origine d'une présence au lieu du domicile, qui devait être en moyenne de trois mois avant l'élection, condition incompatible avec la condition de militaire en activité.⁴⁷³ La rigueur de ce système pouvait toutefois être atténuée par l'existence dans l'État d'origine d'une clause prévoyant la préservation du domicile en cas d'absence conséquent au service de la Fédération ou de l'État. C'est encore le Maine qui innove en introduisant cette clause dans la Constitution de 1820 : « Personne, néanmoins, ne devra être considérée comme ayant perdu sa résidence s'il est absent de l'État parce qu'il est au service militaire des Etats-Unis ou de l'État »⁴⁷⁴. Toutefois, c'était une atténuation qui n'empêchait une privation du droit de vote du fait des affectations toujours lointaines des militaires (notamment à partir des années 1820), de l'expansion territoriale de la Fédération et de la réticence des Cours à admettre un vote par correspondance. Cette exclusion a été rendue possible par une interprétation stricte de la Constitution.⁴⁷⁵

⁴⁷² Pour une analyse détaillée de cet aspect : STENSON (F. J.), *The Law of the Federal and States Constitutions of the United States*, Boston, Boston Bibliotheca Company, 1908, 3 t., t. I, p. 220-221.

⁴⁷³ STENSON (F. J.), *ibid.*

⁴⁷⁴ « *No person, however, shall be deemed to have lost residence by reason of the person's absence from the state in the military service of the United States, or of this State.*

⁴⁷⁵ Cf. supra les décisions *Chase v. Miller*, 41 Pa. 403 (1862), *Bourland v. Hildreth* 26 Cal. 161 (1864)

La situation britannique est difficile à analyser puisque rien n'excluait explicitement les militaires du droit de vote.⁴⁷⁶ Le Royaume-Uni ne connaissait pas au dix-neuvième siècle de droit de suffrage uniforme : le régime des *bourgs* se distinguait de celui des *comtés*.⁴⁷⁷ Il n'y avait donc pas de présupposé universaliste dans la pensée britannique. Le critère minimal pour participer aux élections résidait dans le fait d'être domicilié dans un de ces deux types de circonscriptions. Cette condition de domicile se doublait d'une condition d'occupation réelle⁴⁷⁸ abolie néanmoins en 1885.⁴⁷⁹ Ce dispositif, voulu par le Parlement⁴⁸⁰, conduisait à une incapacité de fait des militaires qui auraient par ailleurs pu se qualifier. La réforme de 1884 n'a cependant pas modifiée profondément la situation : outre les marins dans l'incapacité matérielle de voter, la plupart des troupes britanniques étaient stationnées en dehors de la Grande-Bretagne. De fait, soit ils n'étaient pas présents lors des élections, soit l'administration considérait qu'ils n'étaient plus domiciliés dans leur circonscription.

C- Des exclusions révélatrices des conceptions différentes du droit de vote.

L'incapacité électorale des militaires doit être située par rapport à la conception de droit de suffrage de l'époque qui n'était pas réellement pensé comme un droit *subjectif* mais comme un droit *fonction-sociale*. En France, cette conception doctrinale⁴⁸¹ est fortement critiquée.⁴⁸² Il lui

⁴⁷⁶ Cf. *supra*.

⁴⁷⁷ Cf. CADART (J.), *op. cit.*, p 16.

⁴⁷⁸ CADART (J.), *ibid.*, pp 18-19.

⁴⁷⁹ LAUVAUX (Ph.), *op. cit.*, p. 456.

⁴⁸⁰ Cf. *supra*

⁴⁸¹ Pour une recension de la doctrine en la matière cf. FOULQUIER (N.), *Les droits subjectifs des administrés*, Dalloz, 2003, 805p., pp. 522-532.

est reproché son incompatibilité avec l'idéal démocratique. Cette théorie serait désormais dépassée depuis l'imposition du suffrage universel comme élément fondamental des modes de scrutin.⁴⁸³ Ainsi, O. Beaud explique que la notion d'« élection-fonction » ne permet pas de distinguer suffrage restreint et suffrage universel donc qu'elle ne permet pas de différencier souveraineté nationale et souveraineté populaire au sens classique. En dernière conséquence, l'auteur considère que c'est une conception incompatible avec « une bonne théorie juridique de la démocratie »⁴⁸⁴. Sans rejeter le fond de la critique, l'analyse de la question peut être réalisée sur un plan de vue synchronique : la théorie du *suffrage-fonction* permet d'expliquer le droit et les conceptions de l'époque où elle est développée. Le premier tiers du siècle, lorsque cette doctrine est développée, constitue une période de transition dans la conception de la souveraineté. Les anciens modes de gouvernement ne sont plus véritablement proposés comme alternative, mais le régime démocratique n'est pas tout à fait accepté.⁴⁸⁵

De plus, loin d'être uniquement proposée par les auteurs peu favorables au gouvernement démocratique, cette doctrine a été un élément d'affermissement du régime démocratique.⁴⁸⁶ Sa généralisation précède de peu le basculement de la doctrine dans le camp des tenants de la démocratie directe, ou du moins d'une interprétation plus démocratique de la souveraineté nationale. En témoigne le basculement de Carré de Malberg entre la *Contribution à la théorie de l'Etat* et *La loi expression de la volonté générale* s'agissant de la souveraineté nationale et de son attribution au Parlement⁴⁸⁷ ou bien encore plus significativement les positions adoptées par R. Capitant largement

⁴⁸² Outre N. Foulquier, cf. BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, 512 p., p.292 et s.

⁴⁸³ BEAUD (O.), *ibid.*, p. 294 et DENQUIN (J. M.), « Citoyenneté », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, 1649 p., pp. 198-200.

⁴⁸⁴ BEAUD (O.), *op. cit.*, p. 296.

⁴⁸⁵ Cf. sur le rapport des penseurs à l'évolution sociale FURET (F.), *Le passé d'une illusion*, Robert Laffont, 1995, 824 p., p. 32.

⁴⁸⁶ En ce sens cf. FOULQUIER (N.), *op. cit.*, pp. 522-532.

⁴⁸⁷ CARRE de MALBERG (R.), *La loi expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, (rééd. 1984), p. 16 et s.

favorables à la souveraineté populaire.⁴⁸⁸ La subjectivisation du droit de suffrage est en revanche clairement perceptible dans la doctrine d'après-guerre. Est particulièrement significatif le manuel de Vedel. Après avoir défini l'opposition entre souveraineté nationale et souveraineté populaire comme, respectivement, l'opposition du droit de vote conçu comme « une fonction » et du droit de vote conçu comme « un droit que chaque citoyen possède en propre »⁴⁸⁹, G. Vedel explique que le système mis en place en 1946, avec l'extension du suffrage universel conduit à ce que le corps électoral « détienne »⁴⁹⁰ la souveraineté. Le suffrage est donc devenu une *propriété* du corps électoral. Cet élément est caractéristique suivant l'auteur des systèmes de souveraineté populaire.

La suprématie de la théorie de l'*électorat-fonction* est donc un moment constitutionnel qui correspond à une législation dans laquelle seuls les hommes sont admis à voter, dans lesquelles toutes les conditions de la jouissance du droit de suffrage sont fixées par la loi (alors que la restriction à la condition d'âge de la majorité civile en 1946 place hors de portée des remaniements électoraux la dernière condition pour accéder au droit de vote). Parallèlement le réflexe comparatif des auteurs de l'époque leur laisse concevoir une réalité « très variée pour les d'autres régimes « démocratiques » : les Etats-Unis et le Royaume-Uni. Pour l'un les disparités électorales sont encore flagrantes alors que pour l'autre le mouvement commencé avant guerre aboutit à l'établissement du suffrage universel le plus large en 1918⁴⁹¹.

La véhémence de l'opposition en France entre les deux théories, et la force des critiques qui sont encore adressées aux tenants de l'*électorat-fonction*, ne peut se comprendre qu'au regard de la conception dominante selon laquelle le droit politique serait un attribut de la

⁴⁸⁸ Cf. ROUVILLOIS (F.), *Les origines de la Cinquième République*, PUF, 1998, 127 p., pp. 57-58.

⁴⁸⁹ VEDEL (G.), *Traité de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, 632 p., p. 131.

⁴⁹⁰ VEDEL (G.), *ibid.*, p. 319.

⁴⁹¹ Cf. par exemple ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel*, Sirey, 8^{ème} éd., 1928, 2 t., t. I, p. 408.

citoyenneté, « statut différentiel »⁴⁹² à part entière. Or dans les droits anglo-saxons le problème ne se pose pas directement de la même façon puisqu'il n'existe pas de corrélation absolue. Premier point d'achoppement, la notion de citoyenneté. D'éminents auteurs nord-américains n'hésitent pas à expliquer que la citoyenneté constitue une « énigme » pour le droit constitutionnel des Etats-Unis⁴⁹³. La Constitution utilise aussi bien l'expression de « citoyens des Etats » que celle de citoyens des « Etats-Unis ». Le quatorzième amendement précise que « toute personne née ou naturalisée aux Etats-Unis, et soumise à la juridiction de ceux-ci, est citoyen des Etats-Unis et de l'État ou elle réside ». Selon ces auteurs, cette clause reconnaît la possibilité de deux citoyennetés. Elles se distinguent lorsqu'un citoyen national ne réside plus dans un État : il perd alors la citoyenneté étatique ne conservant que la nationale. En réalité le terme la *citizenship* américaine doit se comprendre comme la nationalité.

S'agissant plus précisément de la question du droit de vote, Ogg et Ray expliquaient en 1947- que, bien que les amendements utilisent le terme *right*, le suffrage n'est pas un droit mais un « privilège » au sens où un individu ne peut en bénéficier de sa seule qualité.⁴⁹⁴ Ainsi la citoyenneté n'entraînait pas le droit de vote. *A contrario*, des non-nationaux ont même pu se voir reconnaître le droit de vote dans les premières années des Etats-Unis ce qui montre bien la relativité de la notion juridique à l'époque.⁴⁹⁵ Les conditions exigées ont pu être très variées : le droit de vote était à l'origine limité aux propriétaires mâles et appartenant à certaines religions.⁴⁹⁶ Ces conditions furent progressivement abandonnées entre 1815 et la guerre civile tout comme

⁴⁹² Selon l'expression utilisée in DENQUIN (J.-M.), *op. cit.*

⁴⁹³ OGG (F. A.), RAY (P. O.), *op. cit.* p. 98.

⁴⁹⁴ OGG (F. A.), RAY (P. O.), *op. cit.*, p. 123.

⁴⁹⁵ Pour une perspective cf. RASKIN (J.-B.), « Legal aliens, local citizens the historical, constitutional and theoretical meanings of alien suffrage », *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, vol. 141, pp. 1391-1470.

⁴⁹⁶ OGG (F. A.), RAY (P. O.), *op. cit.*, p. 123.

les conditions de cens et les *tests* de religion, le libéralisme ambiant conduit même certains Etats à admettre comme électeurs les étrangers qui manifestaient leur intention de se faire naturaliser. L'absence de caractère fondamental du droit de vote aux Etats-Unis est enfin caractérisée par les modifications que ce droit a subies dans son extension. Certes sa constitutionnalisation progressive à partir de l'entrée en vigueur du XIV^e amendement est corrélative à son extension. Il faut toutefois avoir à l'esprit que ce n'est jamais à une identification entre national et électeur qu'il est procédé. On en veut pour preuve la persistance d'exigences financières (*pool tax clause*) ou matérielles (*literate clause*) après la guerre de sécession.⁴⁹⁷ Aucune affirmation de principe donc pour le droit de vote : c'est par l'interdiction de discriminations que le pouvoir constituant a élargi le corps électoral.⁴⁹⁸ Certes il est indéniable que dans la décision *Reynolds v. Sims*⁴⁹⁹, ce droit a été qualifié comme « une matière fondamentale dans une société libre et démocratique » toutefois, le juge se contente de vérifier la rationalité des limitations au droit de vote dès lors que cette limitation n'est pas simplement interdite.⁵⁰⁰ Le juge suprême a même admis dans une décision *Kramer* qu'il n'existait pas de droit de vote dans les élections étatiques⁵⁰¹.

Le système britannique suit la même logique. Il n'existe pas de conception synthétique, en droit positif, du citoyen.⁵⁰² La citoyenneté britannique ne correspond pas à une conception ordonnée des droits

⁴⁹⁷ Cf. avec une appréciation positive de ces restrictions les commentaires de l'auteur – certes britannique- mais dont l'ouvrage est reconnu comme fondamental par la doctrine américaine : BRYCE (J.), *op. cit.*, p. 331.

⁴⁹⁸ Sur la multiplication des interdictions du « Denial of the right to vote » cf. STONE (G. R.) et *alii*, *Constitutional law*, Aspen Publishers, 2005, 1632 p., pp. 771-772.

⁴⁹⁹ 377 U.S. 533 (1964), ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême*, PUF, 2000, 1336 p., p. 667.

⁵⁰⁰ STONE (G. R.) et *alii*, *op. cit.*, p. 776.

⁵⁰¹ *Kramer v. Union Free School District*, 395 U.S. 621 (1969), “We need express no opinion as to whether the State in some circumstances might limit the exercise of the franchise [to] those “primarily interested in such elections” cite in STONE (G. R.) et *alii*, *op. cit.*, p. 778.

⁵⁰² GARDNER (J. P.) (ed.), *Citizenship – The White Paper*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1996, 430 p., p. 39.

dévolus aux individus contrairement au droit français. Cette approche de la citoyenneté peut être identifiée dans les difficultés qu'à provoquée l'organisation de la situation juridique des membres des anciennes colonies lors de la décolonisation : lorsque le Parlement britannique par le *Commonwealth Immigrants Act* retira de façon soudaine la citoyenneté à deux cent mille citoyens britanniques d'origine asiatique afin de réguler les flux migratoires.⁵⁰³ Toutefois, le droit de vote reste conçu également comme un élément de participation à l'exercice du pouvoir politique.⁵⁰⁴ Le droit de vote a pendant longtemps été qualifié de franchise⁵⁰⁵ ce qui devait se comprendre comme « un privilège royal ou branche de la prérogative de la couronne qui subsiste entre les mains d'un sujet »⁵⁰⁶. Alors même que le *Representation of the People Act* de 1884 était voté, que cette loi est présentée comme le départ de la démocratisation britannique, les auteurs classiques comme Anson expliquent que le droit de vote trouve son « fondement » donc son origine soit dans la propriété, soit dans l'occupation, soit dans la résidence. Nulle référence donc à une corrélation automatique entre qualité de sujet britannique et celle d'électeur.⁵⁰⁷

Les militaires ont donc été privés de droit de vote au cours du XIXème siècle et ont recouvré ce droit au fur et à mesure que s'affirmait le caractère réellement universel du suffrage. Dès lors en tant qu'application du principe de séparation des pouvoirs civils et militaires, cette règle a été nécessaire à stabilisation de la liberté politique et qu'en revanche elle ait été abandonnée à la suite de l'affermissement du caractère démocratique des régimes qui sont au centre de l'étude. Cette disposition se confirme au regard des dispositifs dérogatoires mis en

⁵⁰³ DUTHEIL de la ROCHERE (J.), « Le pouvoir judiciaire et les libertés du Royaume-Uni », *Pouvoirs*, n°37, 1986, pp. 95-111, p. 109.

⁵⁰⁴ GARDNER (J. P.) (ed.), *ibid.*

⁵⁰⁵ Cf. par exemple ANSON (W. R.), *Loi et pratiques constitutionnelles en Angleterre*, trad. Française, 1903, 2 t., t II, p. 117.

⁵⁰⁶ ANSON (W. R.), *ibid.*

⁵⁰⁷ ANSON (W. R.), *ibid.*, p. 119.

place depuis les guerres mondiales pour assurer l'effectivité du droit de vote des militaires.

Chapitre II : L'organisation contemporaine d'un droit de vote effectif

Dès lors que le suffrage universel a été élargi, que le caractère démocratique des régimes étudiés s'est affirmé, le droit de vote des militaires s'est inscrit dans ce mouvement. L'organisation de la participation des militaires aux opérations électorales devient même au début du siècle une parfaite illustration de la mutation de la nature même du droit de vote : cette transformation illustre l'invalidation progressive de la théorie du droit-fonction de suffrage qui pouvait justifier l'exclusion des personnels militaires⁵⁰⁸ et confirme l'appréhension du suffrage comme un droit subjectif. En effet, les régimes étudiés ne procèdent pas seulement à la reconnaissance du droit de vote des militaires (I), ils vont chercher à assurer son effectivité (II).⁵⁰⁹

Section I. La reconnaissance du droit de vote des militaires.

La nature des trois États étudiés a déterminé le mode de reconnaissance du droit de vote des militaires. Le caractère fédéral du régime américain s'est caractérisé par un processus complexe impliquant une collaboration des différents organes compétents. A l'opposé le caractère unitaire de la France et du Royaume-Uni a favorisé un processus proclamatoire sur le plan législatif. Un deuxième critère –

⁵⁰⁸ SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, 576 p., pp. 393-394.

⁵⁰⁹ Tant il est vrai qu'un acte de volonté n'est normatif que s'il connaît une effectivité minimum : Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. française, 1962, 496 p., p. 15.

interne au problème de la séparation- va également déterminer la procédure suivie : lorsque le militaire était exclu en tant que tel, c'est une affirmation de la reconnaissance de principe de ce droit qui est réalisée. Lorsqu'en revanche c'était indirectement qu'il était exclu, la reconnaissance a été réalisée par la suppression de la cause d'exclusion.

A. Une évolution américaine conditionnée par le fédéralisme

Le système américain s'est révélé le plus complexe puisque à l'impératif fédéral s'ajoutait la pluralité des modes d'exclusion. En effet, les Etats pratiquaient soit l'exclusion directe *es qualité*, soit l'exclusion indirecte par la perte ou le refus de reconnaître le domicile d'un militaire. Pour comprendre l'étendue de la problématique, il faut d'abord rappeler que les élections fédérales et étatiques sont sous un régime équivalent, à savoir qu'elles sont soumises aux mêmes types de règles de compétence⁵¹⁰ qui privilégient –en principe- l'intervention étatique au détriment d'une compétence fédérale. La reconnaissance du droit de vote des militaires est caractéristique de cette problématique. Dans un premier temps, les Etats ont pu déterminer souverainement le statut électoral. Cette souveraineté s'explique car la détermination du droit de vote est une compétence inhérente à l'autonomie constitutionnelle des Etats. Toutefois, dans un second temps, ce pluralisme a été anéanti par un arrêt *Carrington v. Rash*. Dans cette décision, la séparation des pouvoirs civil et militaire, en tant qu'elle concerne le droit de vote, est déclarée inconstitutionnelle.

1. Les tentatives d'intervention étatique

⁵¹⁰ En ce sens cf. exemple TUNC (A.) et TUNC (S.), *op. cit.*, 2 t., t II, pp. 42, 116, et 143.

La question s'est posée pour la première fois lors des élections étatiques de 1862. La première réponse dans la Fédération a consisté à distribuer des permissions aux soldats pour qu'ils puissent participer au vote.⁵¹¹ Lors des élections présidentielles de 1864, aux permissions en masse, le gouvernement a ajouté l'organisation de bureaux de votes des Etats sur les théâtres d'opérations, et pour la première fois dix-neuf chambres étatiques ont voté des dispositions permettant le suffrage par correspondance.⁵¹² Le vote des soldats au front était organisé de deux façons. Certaines assemblées ont pu adopter une loi autorisant de façon générale les engagés à voter, comme ce fut le cas pour le Wisconsin.⁵¹³ D'autres, à l'instar du Congrès de l'Etat de Californie ont préféré procéder à partir d'une liste des engagés.⁵¹⁴ Il est à noter que ces autorisations ne valaient que pour les personnes qui étaient déjà autorisées à voter sous le régime normal. Les personnes exclues du vote comme les femmes ou les noirs, même engagés, ne devaient pas être considérées comme bénéficiant d'une exception à leur exclusion.⁵¹⁵ Toutefois, ces permissions ont manifestement été accordées avec un mobile partisan. En 1862, les républicains alors majoritaires, ont cherché à favoriser le vote de militaires qui étaient essentiellement des engagés volontaires.⁵¹⁶ Dès lors leur orientation républicaine était plausible, puisque c'était ce parti qui avait déclenché la guerre alors que le parti démocrate était majoritairement pacifiste. Les chambres républicaines des Etats ont alors voté des lois autorisant les militaires à voter par correspondance aux élections générales étatiques.

⁵¹¹ Selon une pratique que les républicains chercheront à reproduire aux élections de 1864. Cf. sur le sujet McPHERSON (J.), *op. cit.*, p. 655.

⁵¹² HYMAN (H. M.), "Ulysses Grant I, emperor of America", in R. H. KOHN (ed.), *op. cit.*, p. 179.

⁵¹³ Cf. par exemple Cour suprême du Wisconsin *State ex. rel. Chandler v. Main*, 16 Wis. 398 (1863)

⁵¹⁴ Cf. Cour suprême de Californie *Bourland v. hildreth* 26 (Cal.) 161 (1864).

⁵¹⁵ En ce sens *Bourland v. hildreth* 26 (Cal. 161 (1864), p. 179 § 12 : "In this section the qualifications are stated upon which the right of suffrage is made to depend, viz: citizenship, particular sex, color, age, residence [...]it is obvious that the Act of 1863 silently assumes them all, except the last"

⁵¹⁶ TAP (B.), « Elections », in HEIDLER (D. S.) et HEIDLER (J. T.) (ed.), *Encyclopaedia of the American civil war*, Denver, Oxford, ABC-Clio coop., 5 vol., vol. 3, p. 640.

Pour pouvoir procéder le plus rapidement, ces dispositions ont été votées alors même que les Constitutions étatiques interdisaient le vote des personnes qualifiées, qui n'étaient pas présentes dans les circonscriptions le jour du vote. Dès lors, les opposants à ces décisions, notamment les candidats démocrates non élus, ont déféré ces lois aux juridictions suprêmes des Etats afin qu'elles en déclarent l'inconstitutionnalité. Ainsi, dans la décision de la Cour suprême de Californie *Bourland v. Hildreth*⁵¹⁷ est censuré le dispositif qui permettait aux militaires de voter suivant une méthode comme étant contraire à la Constitution. Le juge a considéré que toutes les raisons d'intérêt général –*public welfare*– ne sauraient justifier une atteinte par une loi à la Constitution.⁵¹⁸ Pour procéder à ce contrôle les juges ont recours à l'*original intent* pour déterminer le sens de la Constitution californienne.⁵¹⁹ Or la Charte suprême californienne exigeait que la personne qui voulait exercer son droit de vote dans les élections de l'Etat réside depuis au moins six mois dans le territoire de l'Etat et depuis trente jours au moins dans le comté ou le district dans lequel elle voulait exercer ce droit.⁵²⁰ Le juge – se fondant paradoxalement sur la comparaison avec les autres constitutions étatiques - a alors considéré dans cette décision que l'électeur détenait son droit de vote de son domicile mais qu'il devait également voter dans la circonscription où il était domicilié⁵²¹ et que seule une révision de la Constitution de l'Etat pouvait y apporter une dérogation⁵²².

⁵¹⁷ Cour suprême de Californie *Bourland v. Hildreth* 26 Cal. 161 (1864).

⁵¹⁸ *Bourland v. Hildreth* 26 Cal. 161 (1864), § 13, p. 180.

⁵¹⁹ “The great object, with reference to which all the rules and maxims that govern the interpretation of statutes, Constitutions, and other written instruments have been framed, is to discern the true intent of their authors, and when that intent has been ascertained, it becomes the duty of the Court to give effect to it, whatever may be the convictions of the Judges as to its wisdom, expediency or policy”, *ibid.*

⁵²⁰ Constitution de Californie (1849) Section I art 2.

⁵²¹ *Bourland v. Hildreth* 26 Cal. 161 (1864), § 36, p. 222.

⁵²² *Bourland v. Hildreth* 26 Cal. 161 (1864), § 37, pp. 223-224.

Mais des arrêts favorables ont également été rendus. Une des décisions les plus marquantes a été prononcée par la Cour suprême du Wisconsin dans une affaire *State ex. rel Chandler v. Main*⁵²³. Le juge y pose un lien inclusif entre engagement militaire et qualité de citoyen à l'opposé de la logique exclusive qui fonde la séparation. Était contestée à cette occasion l'élection d'un *sheriff*. Deux moyens étaient soulevés. D'une part, il était reproché à cette loi de prévoir un champ d'application extérieur au territoire de l'Etat. Cet argument fut rejeté par une simple analogie avec d'autres législations qui intervenaient *rationae personae* et qui avaient pu être validées par la Cour. D'autre part, était soulevée l'incompatibilité de la loi avec la section 11, art. XIV. de la Constitution qui prévoyait qu'« aucun électeur ne devait être autorisé à voter en dehors de la ville, de l'arrondissement ou de la circonscription urbaine, où il réside »⁵²⁴. Après avoir interprété cette disposition comme étant à portée temporaire et donc non applicable en l'espèce, le juge considère que la loi avait valablement pu habiliter uniquement les militaires sans porter atteinte au droit de vote des électeurs votant sur place. En somme, le juge considère que l'accroissement du corps électoral ne porte pas atteinte aux droits individuels des personnes déjà autorisées à voter. Si le législateur ne peut restreindre un droit accordé par la Constitution, il peut étendre la catégorie de personnes bénéficiant de ce droit.⁵²⁵

Ce raisonnement purement juridique est toutefois renforcé par un *obiter dictum* que le juge J. Paine ajoute à la décision. Après avoir expliqué que, si la juridiction pouvait vérifier si la chambre étatique est compétente pour voter une telle loi, elle ne l'était pas pour contrôler comment elle pouvait l'être, l'exercice de cette compétence relevant du pouvoir discrétionnaire du législateur.⁵²⁶ Il ajoute cependant que ce pouvoir est valablement utilisé en l'espèce. En effet, du point de vue des

⁵²³ *State ex. rel. Chandler v. Main*, 16 Wis. 398 (1863)

⁵²⁴ " No elector shall be entitled to vote except in the town, ward or precinct where he resides."

⁵²⁵ *State ex. rel. Chandler v. Main*, 16 Wis. 398 (1863) § 10.

⁵²⁶ *State ex. rel. Chandler v. Main*, 16 Wis. 398 (1863) § 11: "If the power exists, the policy and expediency of it are for the legislature and not the courts to determine"

enjeux quantitatifs, une grande partie du corps électoral est concerné. Surtout du point de vue des principes, le juge affirme que le maintien du droit de vote des militaires correspond à la conception républicaine du droit de vote. Ce dernier argument, le plus important est particulièrement développé par le juge selon lequel cette loi « illustre la capacité du peuple à se gouverner lui-même » en tant que premier « législateur de la République » puisque votant au milieu des « horreurs la guerre » les engagés n'ont pas décidé « de rentrer dans leurs foyers » faisant prévaloir « l'intérêt général de leur pays » et « les principes de liberté » pour lesquels ils risquent leur vie⁵²⁷.

2. Les limites à l'intervention des organes fédéraux : l'autonomie constitutionnelle

Dans cette configuration la définition du corps électoral, organe constitutionnel, doit donc nécessairement ressortir des états pour que l'on puisse considérer qu'il existe une véritable « liberté constitutionnelle » en tant que liberté d'organisation⁵²⁸. Bryce est un des rares auteurs à développer les conséquences de cette « liberté Constitutionnelle » des États fédérés. Il explique qu'elle se manifeste d'abord du point de vue procédural par l'existence d'un pouvoir constituant originaire et dérivé, ces deux pouvoirs étant complètement autonomes au regard des organes centraux. Elle se manifeste également par le caractère de « loi fondamentale organique de l'État » de la constitution de l'État fédéré qui, seule, habilite les organes fédérés. A ce dernier développement, l'auteur

⁵²⁷ *State ex. rel. Chandler v. Main*, 16 Wis. 398 (1863) § 11: “that history has furnished no better example illustrating the capacity of the people for self government, than that furnished under this law, of the citizen soldiers pausing amid the horrors of war to discharge their duties as the primary legislators of the republic, and to guard by an intelligent use of their ballots, to be forwarded to their homes, the welfare of their country, and those principles of civil liberty for which they are ready at any moment to lay down their lives upon the field of battle »

⁵²⁸ Liberté d'organisation qui garantit à son tour une certaine hétérogénéité qui seule permettra l'existence d'une Union qui ne se transformera pas en unité : BEAUD (O.), « La question de l'homogénéité dans une fédération », *Lignes*, n°13, février 2004, pp 110-129, p. 114.

lie une analyse normative de la Constitution qui, pour être moins explicite, n'en est pas moins très riche en la matière. Partant de la primauté « interne » de la Constitution et du contrôle de constitutionnalité, qui en est la conséquence logique aux Etats-Unis, Bryce constate que cette primauté est reconnue, y compris par les juridictions fédérales qui seraient saisies d'un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'un « acte interne ». Mais il précise que les juridictions fédérales se prononcent alors suivant les précédents des juridictions étatiques : « on considère que la Cour suprême d'un État est la seule autorisée à exposer les intentions du peuple qui a fait sa Constitution »⁵²⁹ : l'autonomie de la norme constitutionnelle, n'est interprétée en dernier ressort que par des organes habilités par l'ordre interne et dont les interprétations s'imposent aux juridictions fédérales.

Toutefois, il a été mis en lumière par Montesquieu⁵³⁰ que cette liberté constitutionnelle n'est pas une souveraineté en ce que les États doivent respecter une certaine « homogénéité »⁵³¹. Cette homogénéité dans leurs constitutions est assimilée par certains à l'uniformité⁵³²,

⁵²⁹ BRYCE (J.), *op. cit.*, t. II, pp. 31 à 34. La même logique est développée dans la dernière édition anglo-saxonne (3^{ème}, 1941) publiée par le Liberty Found 2005, t. I, pp. 210 et s. L'édition française sera référencée par la suite.

⁵³⁰ MONTESQUIEU (Ch.) de Sécondat, *L'Esprit des lois*, L. IX Ch. 2, in *Œuvres complètes*, Gallimard, « La Pléiade », 1951, p. 371. Le fondement de cette nécessaire homogénéité au sein d'une organisation politique a cependant été remis en cause par les études de relations internationales. Cf. CAPLOW (Th.), VENNESSON (P.), *Sociologie militaire*, Armand Collin, 2000, 280 p., p. 141.

⁵³¹ Cf. SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 522. Cette idée de « mimétisme » obligatoire est pourtant invalidée dans la pratique. Le pluralisme de l'organisation politique peut exister même virtuellement. A propos de la République Fédérale de l'Allemagne, Ch. Autexier explique que le principe d'homogénéité conduit à privilégier au niveau des Länder et de leurs collectivités locales, un système représentatif comme c'est le cas au niveau fédéral mais n'exclut pas par principe les mécanismes de démocratie directe. AUTEXIER (Ch.), *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, 384 p., p. 92. De même, Pour C. Grewe et H. Ruiz-Fabri la garantie constitutionnelle de l'autonomie des collectivités membres telle qu'elle se manifeste en Allemagne et en Suisse, vise « à empêcher les conflits graves de nature à compromettre la vie, la survie ou le bon fonctionnement de l'État fédéral et à imposer, dans cet esprit, une concordance minimale des principes fondamentaux et des valeurs essentielles dans l'ensemble fédéral », GREWE (C.) et RUIZ-FABRI (H.), *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, 661 p., p. 304. Du point de vue institutionnel, cette uniformité, réelle en ce qui concerne les organes élus ne se vérifie pas en matière d'organisation juridictionnelle et en matière de démocratie directe. Cf. LAUVAUX (Ph.), *op. cit.*, p. 268.

⁵³² FAVOREU (L.) (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2009, 1069 p., p. 447.

homogénéité qui justifie dès lors l'intervention d'organes extérieurs⁵³³. Dans la Constitution fédérale américaine, cette clause est formalisée par l'article IV section 4 qui prévoit que « les États-unis garantiront à chaque État de l'Union une forme républicaine de gouvernement »⁵³⁴. Lors de l'accession d'un nouvel État à l'Union, le Congrès est habilité à accepter la Constitution et dans ce cadre, il peut imposer des conditions. Néanmoins, la Constitution ne doit pas son autorité au Congrès mais à son acceptation par le peuple. Ce pouvoir a été essentiellement utilisé à l'occasion de la reconstruction : « il s'en est servi pour forcer les États sécessionnistes à modifier leurs Constitutions de manière à se débarrasser de toute marque d'esclavage avant de permettre à leurs sénateurs et à leurs représentants de faire partie du Congrès après la Guerre. »⁵³⁵

De son côté, la Cour suprême fédérale a considéré pendant longtemps que le caractère républicain de l'État ne relevait que du contrôle du Congrès⁵³⁶ avant de revenir sur sa jurisprudence dans la décision *Term limits Inc. v. Thornton*⁵³⁷. L'arrêt *Luther v. Borden* de 1849 est essentiel pour comprendre cette thèse. Dans cette décision, le *Chief Justice* Taney explique que « pour autant que la Constitution [...] ait autorisé le gouvernement général à intervenir dans les affaires internes d'un Etat, elle a traité ce sujet comme *étant politique par essence* [c'est nous qui le soulignons] et placé le pouvoir dans les mains de ce gouvernement [...] Sous [l'article IV section 4] de la Constitution,

⁵³³ Pour l'Allemagne cf. l'analyse précieuse pour cet aspect du sujet qui est développée in BEAUD (O.), « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, pp. 409-424.

⁵³⁴ Il est à remarquer que certains auteurs considèrent que cette clause ne joue que comme une condition d'adhésion à la fédération. En ce sens TUNC (A.) et TUNC (S.), *le système constitutionnel des États-unis d'Amérique*, Montchrestien, t II, p. 6.

⁵³⁵ BRYCE (J.), *La République américaine*, (1888) trad. française, Giard et Brière, 1900, 4 t, t. II, pp. 27 et s.

⁵³⁶ *Luther v. Borden* 48 U.S. (7 How.) 1 (1849).

⁵³⁷ 514 U.S. 779 (1995) Sur cet arrêt voir PRELOT (P.-H.) et ROGOFF (M.), « Le fédéralisme devant la Cour suprême des Etats-Unis », *R.D.P.*, 1996, pp. 759-791 ; KLEBES-PELISSIER (A.), « La délimitation des pouvoirs entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés », *R.F.D.C.*, 1998, pp. 278-288 et enfin VERGNOLLE de CHANTAL (F.), « La Cour Rehnquist et le fédéralisme aux Etats-Unis : peut-on parler d'un projet néo fédéral ? », *R.I.D.C.*, 2004, pp. 571-602.

il revient au Congrès de décider quel gouvernement est établi dans un Etat [...] et lorsque les sénateurs et les représentants de cet Etat ont été admis dans les assemblées de l'Union, l'autorité du gouvernement [de cet Etat] ainsi que son caractère républicain [...] ont ainsi été reconnus par l'autorité constitutionnellement compétente. Et sa décision lie tous les autres départements du gouvernement et ne saurait être contestée devant une juridiction ». Cette jurisprudence est confirmée en 1912. Le juge débute son raisonnement en rappelant que la vérification de la nature démocratique d'un État est une question politique, donc une compétence qui appartient en propre au Congrès et ne saurait dès lors être évaluée par une juridiction.⁵³⁸ Il a été démontré qu'une des solutions concernant ce domaine a été de qualifier le problème du droit de vote de « question politique ». Ceci revenait pour la Cour à invoquer une doctrine qui lui permet de refuser de se prononcer⁵³⁹.

Cette jurisprudence est particulièrement fondée. La définition des qualifications nécessaires pour accéder au vote permet de déterminer le corps électoral. Or le corps électoral est un organe « d'État » qui participe au moins par la désignation des autres organes à l'expression de la volonté étatique et donc à l'expression de la souveraineté. Le raisonnement du doyen de Toulouse est particulièrement utile ici. Pour Hauriou le corps électoral lui-même serait un organe de l'Etat à part entière en ce qu'il serait lui-même responsable devant le pays de ses fautes politiques et de ses erreurs, par le moyen révolutionnaire d'un Coup d'Etat. Du point de vue des compétences, il détiendrait le « pouvoir de suffrage » qui même en tant que « pouvoir de gouvernement » joue un rôle comparable à celui du « pouvoir délibérant » et du « pouvoir

⁵³⁸ *Pacific states telephone and Telegraph Co. v. State of Oregon* 223 U.S. 118 (1912)

⁵³⁹ Sur la doctrine des questions politiques cf. ZOLLER (E.), *op. cit.*, pp. 132-137 et ZOLLER (E.), « Le rôle de la Cour suprême dans le système américain de gouvernement », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, 797 p., p.97. Voir aussi FISHER (L.), et MOURTADA-SABBAH (N.), « La Cour Suprême des Etats-Unis : interprète souverain de la Constitution ? », *R.D.P.*, 2002, pp. 1205-1245.

exécutif ». ⁵⁴⁰ Cette conception a été discutée par Carré de Malberg pour qui d'une part la fonction étatique du corps électoral est en principe discutable faute d'exprimer une réelle volonté de l'Etat, et parce que d'autre part, le caractère organique serait transcendé par le caractère subjectif du droit de vote. ⁵⁴¹

3. Le dépassement du fédéralisme par l'intervention de la Cour suprême

La limitation des droits politiques a été interdite au niveau fédéral par l'arrêt *Baker v. Carr*⁵⁴². Toutefois, des normes explicites de la Constitution impliquent une application aux Etats en la matière : primauté des lois fédérales sur les dispositions étatiques concernant le mode d'élection des sénateurs et des représentants (notamment article I section 4 al 1) directement le XVe amendement et moins explicitement, le XIVe amendement⁵⁴³. C'est sur ce fondement que la Cour a posé le principe d'égalité entre les électeurs y compris aux élections étatiques par la décision *Gray v. Sanders*⁵⁴⁴. Mais cette reconnaissance ne pouvait être absolue sans remettre en cause, si ce n'est la souveraineté des Etats, du moins l'autonomie constitutionnelle.

⁵⁴⁰ Cf. HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, 759 p., p. 212 et pp. 550-552. Dans le sens de la qualification du « corps électoral » comme un organe constitué donc dont les droits et obligations sont déterminées par la Constitution, cf. TROPER (M.), « Les effets du contrôle de constitutionnalité des lois sur le droit matériel », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, 889 p., pp. 751-768.

⁵⁴¹ CARRE de MALBERG (R.), *Contribution à une théorie générale de l'État*, 2 t., 1920-1922, rééd. Dalloz 2004, t II, pp.412-416 et p. 462 notamment la note n°13.

⁵⁴² 369 U.S.186 (1962) aussi in ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême*, PUF, 2000, p. 38.

⁵⁴³ Dont la Cour suprême fait une large interprétation : ZOLLER (E.), « *Due Process of Law* et principes généraux du droit », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Janneau*, Dalloz, 2002, 720 p., pp. 235- 237. Il convient toutefois d'insister sur le fait que dans *Baker v. Carr*, le juge se refuse à contrôler la question des découpages politiques au regard du *due process of law*. Sur ce point cf. VIALLE (P.), *La Cour suprême et la représentation politique aux Etats-Unis*, LGDJ, 1972, 245 p., p. 72.

⁵⁴⁴ 373 U.S.368 (1963)

La solution à ce dilemme est parfaitement illustrée par la décision de principe concernant les militaires : l'arrêt *Carrington v. Rash*⁵⁴⁵ qui rejette une limitation du droit de vote fondée sur la séparation du pouvoir civil et des pouvoirs militaires. Le demandeur, sergent de l'armée des Etats-Unis, avait commencé sa carrière en Alabama en 1946, à 18 ans. L'État concédait qu'il était domicilié au Texas depuis 1962, et qu'il entendait y habiter de façon permanente. Il avait acheté une maison à « El Paso » où il vivait avec sa femme et ses deux enfants. De plus, il y était aussi propriétaire d'une petite entreprise. Il payait les taxes d'habitation du Texas et sa voiture y était immatriculée. Toutefois, l'Etat lui refusait le droit de s'inscrire sur les listes électorales car, d'après la Constitution texane, un militaire n'a le droit de voter que dans le comté (*county*) où il résidait à la date de son entrée dans l'armée. Le demandeur a alors contesté la décision devant la Cour suprême du Texas en expliquant que la disposition constitutionnelle portait atteinte à un droit garanti par la clause de l'*equal protection* du XIV^e amendement. La juridiction suprême du Texas a alors rejeté sa requête. Cette décision a alors été contestée devant la Cour suprême fédérale. La Haute juridiction a alors renversé la décision de la juridiction étatique. Dans un premier temps, Le juge commence par reconnaître le droit pour un état de restreindre le droit de vote des résidents. Mais il précise en même temps que cette limitation doit être raisonnable et qu'elle ne doit créer aucune discrimination entre individus, discrimination qui serait contraire à la Constitution. Toutefois, le juge a alors ajouté que le fait de ne pas discriminer individuellement mais seulement un groupe équivaut à une discrimination interdite par la Constitution si elle est déraisonnable au regard du but poursuivi.

La Cour procède alors à une identification des buts : il s'agit d'une part de protéger l'existence d'une communauté locale par opposition à une communauté militaire. Celle-ci était présentée comme

⁵⁴⁵ 380 U.S. 89, (1964). Décision pour laquelle le *Chief Justice* n'a pas siégé.

étant soumise aux décisions du commandant de la « base ». Cette subordination aurait pour conséquence l'existence d'un bloc, qui voterait non en fonction des intérêts locaux, mais en fonction des choix du commandant. L'exclusion des militaires aurait seule permis de garantir la prise en compte des problèmes et intérêts locaux. La prédétermination hypothétique des choix politiques des militaires justifierait donc leur exclusion. Cette finalité est rejetée sévèrement par le juge : « Exclure du droit de vote une partie de la population à cause de la façon dont elle pourrait voter est constitutionnellement inadmissible : « L'exercice des droits, si vital au maintien des institutions démocratiques » (*Schneider v. State*, 308 U.S. 147, 161), ne peut pas être constitutionnellement détruit par la peur des opinions politiques d'un groupe particulier de la population. »⁵⁴⁶ C'est donc bien ici la séparation des pouvoirs civils et militaires en tant que séparation des « pouvoirs de suffrage » concurrents qui est écartée par principe et *a contrario*, le droit de vote des militaires qui se voit constitutionalisé.

La deuxième finalité invoquée par l'Etat du Texas ne fait en revanche pas de difficulté pour le juge constitutionnel : il s'agirait de préserver la réalité de la condition de domicile par rapport à des militaires qui seraient de passage seulement dans l'Etat. Un citoyen des Etats-Unis peut devenir un électeur « qualifié » s'« il réside dans cet État une année avant une élection et depuis six mois dans le département ou le comté dans lequel la personne souhaite voter » (article VI, sec. 2, Constitution du Texas).

Cette condition est un élément classique des droits électoraux étudiés. Elle a pu déterminer entièrement le droit de vote comme au Royaume-Uni. Elle est essentielle dans le processus européen d'intégration puisque la résidence détermine la possibilité de déroger à la condition de nationalité. En dernière analyse la condition de domicile permet aussi de restreindre le droit de vote comme l'illustre l'article 188

⁵⁴⁶ Cf. annexe

de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 qui impose une condition de dix ans de résidence pour pouvoir participer aux réélections des membres du Congrès du territoire de la Nouvelle Calédonie validée tant par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 mars 1999⁵⁴⁷ que par la Cour européenne des droits de l'Homme dans sa décision du 11 janvier 2005 *Py c. France*⁵⁴⁸. Dans l'arrêt *Carrington v. Rash*, la Cour suprême se fonde sur la « méthode du précédent »⁵⁴⁹ pour déterminer cette constitutionalité. En conséquence, le droit de poser des conditions au droit de vote est qualifié de *unquestionable power*⁵⁵⁰ à côté d'autres restrictions, sous réserve qu'elles ne soient pas discriminatoires ni contraires à la Constitution.

Une fois le caractère constitutionnel de la condition de domicile établie, le juge procède à un contrôle de proportionnalité à partir de la clause du *due process of law* du XIV^e amendement. Il analyse les restrictions posées à ce droit en vérifiant le caractère raisonnable⁵⁵¹ de la procédure imposée pour prouver le domicile.⁵⁵² La doctrine américaine a mis en valeur l'importance de la procédure comme source de légitimité pour l'action gouvernementale.⁵⁵³ La Constitution du Texas, article VI,

⁵⁴⁷ Cons. Const., n°99-410 15 mars 1999, R. p. 51 ; FAVOREU (L.) PHILIP (L.), *Grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, 1065 p., p. 528 ; *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, p. 11, ; *L.P.A.*, 1999, n°193, p. 16, AUBIN (E.) ; *R.D.P.*, 1999, p. 653, CAMBY (J.-P.) ; *R.R.J.*, 2000, p. 681, FLAUSS (J.-F.) ; *R.D.P.*, 1999, p. 1005, LE BOS-LE POURHIET (A.-M.) ; *L.P.A.*, 1999, n°188, p. 8 et *J.C.P.*, I, 201, MATHIEU (B.) VERPEAUX (M.) ; *R.F.D.C.*, p. 328 et *A.I.J.C.*, p. 611, PINI (J.) ; *A.J.D.A.*, 1999, p. 324, SCHOETTL (J.-E.).

⁵⁴⁸ Cour européenne des droits de l'Homme, 11 janvier 2005 *Py c. France*, ; *A.J.D.A.*, 2005, p. 541, BOITEAU (C.) ; *AJDA*, n°, du 14 mars 2005, p. 551, FLAUSS (J.-F.) ; *R.F.D.A.*, 2006, p. 139, ROBLLOT –TROIZIER (A.) et SORBARA (J.-G.) ; *J.C.P.*, 2005, n°145, SUDRE (F.).

⁵⁴⁹ Qui s'inscrit dans les méthodes « non interprétatives » à côté des méthodes prudentielle et éthique. ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 642 p., p. 129.

⁵⁵⁰ Suivant la décision *Pope v. Williams* 193 U.S. 621 (1904) à l'appui de laquelle le juge cite également *Lassiter v. Northampton Election Bd.* 360 U.S. 45, 50 (1959) ; et *Ex parte Yarbrough* 110 U.S. 651 (1884).

⁵⁵¹ Sur la méthode de la Cour pour contrôler le caractère raisonnable d'une législation au titre de la clause de *due process* cf. ZOLLER (E.), « *Due Process of Law* et principes généraux du droit », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Janneau*, Dalloz, 2002, 720 p., p. 241

⁵⁵² Raison qui est celle de l'équité et non celle de la logique : TUNC (A.) et TUNC (S.), *op. cit.* t. II, p. 206

⁵⁵³ « State coercion must be legitimized not only by acceptable substantive policies, but also by political processes that respond to a democratic morality's demand for participation in

sec. 2 prévoyait que « Tout membre des forces armées des Etats-Unis ou branches de celles-ci, ou appartenant au service militaire des Etats-Unis, ne peut voter que dans le comté dans lequel il ou elle réside au moment de l'entrée dans un tel service, aussi longtemps qu'il ou elle est membre des forces armées. ». Cette disposition était complétée par le code électoral⁵⁵⁴. En premier lieu, la Cour suprême procède à une comparaison avec le droit électoral des autres Etats. Elle estime que si les militaires font l'objet de mesures particulières, seul ou presque (avec le Nevada) le Texas est aussi intransigeant. La Cour intègre ensuite dans son analyse l'interprétation du Texas suivant laquelle cette restriction viserait à éviter que les militaires en simple affectation ne soient considérés comme des résidents, alors même que leur présence sur le territoire ne serait pas un acte de volonté. Implicitement, le *justice* Steward en tire une interprétation restrictive suivant laquelle un militaire pourrait se voir reconnaître un droit de vote s'il pouvait prouver qu'il souhaite véritablement résider au Texas. Il procède donc à l'analyse des possibilités laissées au militaire de prouver sa bonne foi. Plus précisément, le juge cherche à évaluer si le respect du droit « à une procédure contradictoire »⁵⁵⁵, le *hearing*.

Le recours à ce contrôle interne de la procédure marque bien l'importance que la Cour suprême donne à partir de ces décisions au droit de vote. En effet, il a été souligné que le *hearing* constitue l'élément essentiel du *procedural due process of law*⁵⁵⁶ notamment dans la

decisions affecting individual and group interest”, MASHAW (J. L.), “The Supreme Court’s Due Process Calculus for Administrative Adjudication in *Mathews v. Eldridge* : Three Factors in Search of a Theory of Value”, *University of Chicago Law Review*, 1976, t. 44, pp. 28- 59, pp. 49-51.

⁵⁵⁴ par l'article 5.02 du Code électoral du Texas qui prévoit : « Nonobstant les autres dispositions de cette section, tout membre des forces armées des Etats-Unis, ou de branches de celles-ci, qui se trouve en service actif au sein de l'Armée des Etats-Unis, ne peut voter que dans le comté dans lequel il ou elle réside au moment de l'entrée dans un tel service, aussi longtemps qu'il ou elle est membre des forces armées. »

⁵⁵⁵ Selon la traduction donnée par E. Zoller in ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, p. 699.

⁵⁵⁶ Suivant l'expression désormais classique : cf. par exemple STONE (G R.) et *alii*, *op. cit.*, p. 967.

décision *Mathews v. Elridge*⁵⁵⁷. Il ressort de cette décision que l'audition doit se tenir avant qu'elle devienne effective⁵⁵⁸ bien que cette obligation puisse être suspendue en cas d'intérêt collectif nécessitant une protection d'urgence comme par exemple un danger pour la santé publique et d'autre part si des recours en dommages et intérêts sont prévus.⁵⁵⁹ Le deuxième critère que doit remplir une audition pour être conforme au *due process of law* consiste dans sa forme. Dans l'arrêt *Goldberg v. Kelly* généralisant la garantie du *due process of law* aux procédures administratives non contentieuses, la Cour avait estimé que le modèle juridictionnel devait être respecté : le destinataire de la décision devait être informé dans le temps et de façon suffisamment précise des motifs fondant la décision ; qu'il devait être mis en mesure de se défendre en auditionnant les témoins adverses ainsi qu'en pouvant présenter ses preuves qu'en pouvant présenter ses arguments oraux que ce soit seul ou avec un conseil.⁵⁶⁰ Toutefois ce formalisme n'est pas exigé systématiquement : ainsi un étudiant a pu être légalement suspendu après une « conversation ». Celle-ci était conforme au *due process* car elle était intervenue après communication du dossier, et qu'après que l'administration ait exposé ses preuves, l'étudiant avait pu exposer sa version des faits.⁵⁶¹ En définitive, la Cour apprécie la conformité de la procédure qui lui est déférée en procédant à un bilan « couts-avantages » depuis la décision *Mathews*. Elle appréciera la justesse de la procédure à partir des intérêts collectifs et individuels en présence. Plus ces derniers seront importants, plus le juge exigera que la procédure d'édiction de la décision offre de garanties.

⁵⁵⁷ 424 U.S. 319 (1976) traduite in ZOLLER (E.), *op. cit.*, pp. 875 et s.

⁵⁵⁸ ZOLLER (E.), *ibid.*, p. 877.

⁵⁵⁹ Cf. *North American Cold Storage Co. v. Chicago*, 211 U.S. 306 (1908) : l'administration avait pu légalement détruire un stock de viande avariée sans procéder à une audition préalable de l'intéressé car l'existence du stock représentait une menace pour la santé publique. Pour une analyse plus poussée STONE (G.R.) et *alii*, *op. cit.*, p. 983.

⁵⁶⁰ *Goldberg v. Kelly* 397 U.S. 264, p. 268 "In the present context, these principles require that a recipient have timely and adequate notice detailing the reasons [...], and an effective opportunity to defend by confronting any adverse witnesses and by presenting his own arguments and evidence orally [...] with or without counsel."

⁵⁶¹ *Goss v. Lopez* 419 U.S. 422 (1982)

En l'espèce, le juge constate que l'exercice de ce droit procédural est simplement impossible uniquement pour les militaires et non pour les autres citoyens (même pour les autres catégories d'individus ayant une position particulière assimilable aux militaires : personnes hospitalisées et étudiants). Dès lors le juge en tire la conséquence que la Constitution texane telle qu'interprétée par la Cour suprême de l'état établit -par l'absence de droit à prouver sa volonté de résider dans l'Etat- une discrimination violant le XIV^e amendement en visant *Gray v. Sanders*.⁵⁶² En somme, par cette décision, ce sont les exclusions directes des militaires en tant qu'elles seraient fondées sur un certain déterminisme politique, ainsi que les exclusions indirectes par la condition de domicile qui deviennent inconstitutionnelles. La Cour suprême ira même plus loin dans un arrêt de 1970 *Evans v. Cornman*, puisque –sous la plume du justice Marshall- elle va estimer que le fait pour un militaire de résider dans une enclave fédérale, qui est sous la juridiction uniquement de la Fédération, ne saurait le priver de son droit de vote dans l'Etat dans lequel la structure militaire est enclavée. L'argument essentiel du raisonnement consiste dans le fait que les résidents de l'enclave, étant également des contribuables locaux, ont un intérêt à participer à la désignation de la législature.⁵⁶³

B. Une évolution législative en Europe

L'évolution en Europe n'était pas conditionnée par la même complexité juridique : décidée au Royaume-Uni en 1918 et en France en 1945, la restitution des droits politiques était alors uniquement de la compétence d'un législateur souverain qui n'était pas encore soumis aux normes internationales en la matière⁵⁶⁴. Toutefois, le système britannique se rapprochait du système américain en ce qu'il excluait les militaires

⁵⁶² Cf. supra.

⁵⁶³ 398 U.S. (1970)

⁵⁶⁴ DENQUIN (J.-M.), *Les droits politiques*, Montchrestien, 1996, 216 p., pp. 41 et s.

indirectement par le défaut au minimum de la condition de domicile. Ce n'est qu'en 1918 que le système a été uniformisé entre les circonscriptions rurales et urbaines⁵⁶⁵, en étendant le droit de vote à tous les hommes et aux femmes de plus de trente ans. L'égalité des conditions fut acquise en 1928. Cette même loi, qui fixait l'âge minimum de vote à 21 ans, posait une condition de résidence mais admettait une exception pour les militaires : le service hors du royaume ou dans la marine ne devait pas être qualifié comme un défaut de domicile permanent afin de permettre aux militaires de conserver leur droit de vote.⁵⁶⁶ Désormais, leur condition est régie par le droit commun, au sens où l'exception reconnue est élargie aux personnes se trouvant dans une situation équivalente. Le *Representation of the People Act (R.O.P.A.)* de 1983 sections 1 et 2 (tel qu'amendé en 2000) pour les élections internes, et l'*European Parliamentary Elections Act*,⁵⁶⁷ *Schedule 1*, Paragraphe 1 disposent que sont admis à voter ceux qui remplissent les conditions d'âge, de capacité, de résidence et d'inscription sur les listes électorales. Cette inscription est un droit pour ceux qui remplissent les autres conditions selon la s. 12 du *R.O.P.A.* Comme aux États-Unis c'est par une clause dérogatoire que le domicile, au sens électoral, est préservé pour les militaires. Le *R.O.P.A.* dispose que la condition de résidence doit être considérée comme remplie si les interruptions « sont la conséquence de l'exécution d'une obligation inhérente à -ou résultant de- n'importe quelque charge, service ou emploi »⁵⁶⁸.

En France, l'intégration se fit, suivant un parallélisme des formes classiques, par l'ordonnance du 17 août 1945. L'article premier de ce texte dispose que les militaires « sont électeurs dans les mêmes

⁵⁶⁵ Cf. BRADLEY (A.) et EWING (K.), *Constitutional and administrative law*, Harlow, R.-U., Longman / Pearson, 13 ed, 2003, 832 p., p. 148.

⁵⁶⁶ CADART (J.), *Régime électoral et régime parlementaire en Grande-Bretagne*, Armand Colin, 1948, 224 p., p 39.

⁵⁶⁷ Entré en vigueur en 1978, amendé par l'*European Parliamentary Act* de 1999.

⁵⁶⁸ *R.O.P.A* 1983, s 5 (3) et (5) : « in the performance of any duty arising from or incidental to any office, service or employment »

conditions que les autres citoyens » : l'exclusion générale est ainsi anéantie.⁵⁶⁹ Le texte est d'autant plus libéral qu'il s'applique tant aux conscrits qu'aux militaires de carrière.⁵⁷⁰ Ce rétablissement est d'autant plus conséquent qu'il s'opère à l'occasion de la convocation pour les élections de la première assemblée constituante réunie pour l'élaboration de la Constitution de la Quatrième république.⁵⁷¹ Dès lors, c'est bien la fin de la séparation entre militaires et citoyens qui est en cause : les « magistrats » en charge du pouvoir militaire sont intégrés dans le corps électoral en charge du pouvoir constituant⁵⁷². Cette intégration de principe s'est maintenue depuis. Elle est implicite dans le principe fondamental affirmé à l'article 3 –inchangé depuis 1972– de la loi portant statut des militaires de 2005 selon lequel : « Les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens »⁵⁷³. Plus précisément, l'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 août 1945, est toujours en vigueur en tant qu'art. L 13 al 1 du Code électoral selon lequel, « les militaires des armées de terre, de mer et de l'air sont électeurs dans les mêmes conditions que les autres citoyens ».

Le droit de vote des militaires, pourtant au centre de la *diminutio capitatis*⁵⁷⁴ d'Hauriou est donc désormais reconnu dans les trois États étudiés. Cette harmonisation est-elle surprenante? Elle semble en tout cas

⁵⁶⁹ Ce qui amène certains auteurs à une assimilation un peu rapide : DUFFAR (J.), « Le soldat citoyen », *Droit et Défense*, 1994, n°2, p. 18-25.

⁵⁷⁰ Pour une approche plus contextuelle et plus emphatique cf. SENECHAL (M.), *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées*, LGDJ, 1964, pp. 69-70. Pour une analyse en rapport avec l'élargissement général du corps législatif cf. BOUGRAB (J.), *Aux origines de la Constitution de la IV République*, Dalloz, 2002, 569 p., pp. 122-123, 225-226 et 350-353.

⁵⁷¹ Cf. MORABITO (M.) et BOURMAUD (D.), *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 1996, 431 p., p. 388.

⁵⁷² L'exemple de la Quatrième république paraît particulièrement confirmer l'appréhension organique du pouvoir constituant. Pour adopter la Constitution, le corps électoral est appelé pour se prononcer sur un referendum par le gouvernement provisoire. C'est bien le gouvernement provisoire qui définit la composition de ce corps, détermination qui vaut pour le corps électoral ordinaire dont le caractère d' « organe d'État ». Cf. en sens contraire BEAUD (O.), *La Puissance de l'État*, PUF, 1993, 512 p., pp. 294-305.

⁵⁷³ Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 *portant statut général des militaires*, *J.O.R.F.*, n° 72 du 26 mars 2005 p. 5098.

⁵⁷⁴ Cf. introduction.

s'inscrire dans un mouvement plus général : la reconnaissance de principe, par voie législative, sur le modèle français semble être la règle dans les autres États européens⁵⁷⁵. Cette uniformisation est sans aucun doute liée au développement du suffrage universel. Dès lors que son principe est posé dans les constitutions des États occidentaux et garanti par le juge, toute dérogation devient difficile à justifier. Cette universalisation semble d'autant plus forte qu'elle a bénéficié du développement du droit international en la matière⁵⁷⁶. Cette atténuation commune de la séparation des pouvoirs civil et politique, ne s'est pas développée dans une totale uniformité. En effet, la reconnaissance de ce droit s'est accompagnée d'une prise en compte différenciée en fonction des conceptions nationales des droits politiques.

Section II. L'organisation du droit de vote des militaires

Le droit de vote des militaires aurait pu rester au simple rang de principe sans que cela porte atteinte à la logique qui a prévalu précédemment. En alignant le statut des militaires sur celui des citoyens, l'exclusion aurait pu être maintenue *de facto* à l'instar de l'expérience britannique. Les législateurs des systèmes étudiés sont cependant allés beaucoup plus loin en organisant des procédures dérogatoires au profit des militaires. Les dispositifs législatifs ont cherché à pallier les difficultés liées à l'absence de stabilité géographique du militaire. Ce mouvement général n'a cependant pas la même portée suivant les États

⁵⁷⁵ En ce sens voir l'étude du Sénat : SENAT, Service des affaires européennes, *Les droits politiques et syndicaux des personnels militaires*, Editions du Sénat, 2002, 30 p.

⁵⁷⁶ Même si l'invocabilité des normes issues des instruments internationaux en la matière est d'intensité très relative. Cf. DENQUIN (J.-M.), *Les droits politiques*, Montchrestien, 1996, pp. 43-60 et SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, 786 p., pp. 478 e t s.

étudiés, la différenciation s'expliquant par la subjectivisation plus ou moins poussée du droit de vote.

A. Des régimes dérogatoires favorables aux militaires

Aux Etats-Unis, l'effectivité du droit de vote des militaires est recherchée à travers un système qui prend en compte les spécificités matérielles de façon très poussée. En effet, le *Uniformed and Overseas Citizens Absentee Voting Act* de 1986⁵⁷⁷ cherche à assurer le droit de vote des militaires tant du point de vue purement normatif que du point de vue institutionnel. Cette législation s'applique aux militaires et à leur famille -les *uniformed voters*- dont le régime est étendu aux *overseas voters*⁵⁷⁸ qui constituent une catégorie partiellement assimilée. En second lieu, ces dispositions établissent le champ d'application le plus vaste possible : elles ont vocation à s'appliquer tant aux élections primaires⁵⁷⁹ qu'aux opérations de vote *stricto sensu*. Compte tenu de la complexité de

⁵⁷⁷ Codifié : 42 USC 1973 ff. Cette loi trouverait son explication dans le développement du nombre de personnes se trouvant dans les situations visées par la loi. Cf. MacMANUS (S. A.), « « Absentee Balloting », in MAISEL (C. S.) (éd.), *Political parties and Elections in the United States. An Encyclopedia*, New York, Garland Publishing, 1991, pp. 7-8. Explication confirmée par l'analyse historique développée ci dessus suivant laquelle ce sont les mobilisations générales qui ont impliquée une prise de conscience du phénomène.

⁵⁷⁸ Citoyens américains résidant à en dehors du territoire des Etats-Unis. Il faut remarquer que le régime n'est pas le même pour les *uniformed voters* l'absence de la circonscription suffit, pour les *overseas voters*, il faut que le bulletin soit envoyé de l'étranger.

⁵⁷⁹ Conformément à la jurisprudence classique de la Cour. En 1941, la Cour suprême invalidait une élection au motif que les primaires avaient été entachées de fraude. La compétence du Congrès en matière électorale étant alors étendue à cette phase du processus électoral. Le juge suprême tira toutes les conséquences de cette décision en 1944 en jugeant que les textes excluant les noirs des élections primaires étaient inconstitutionnels au titre du XV^e amendement. Cf. OGG (F. A.), RAY (P. O.), *Le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique*, PUF, 1958, (trad. de la 6^{ème} éd.), p. 127. Ce contentieux des élections primaires demeure actuel : ainsi par un arrêt *Clingman v. Beaver* du 23 mai 2005 (125 S. Ct. 2029), la Cour suprême a jugé que n'était pas contraire à la Constitution en tant qu'elle ne portait atteinte à la liberté d'association, la législation électorale de l'Oklahoma qui autorisait les partis politiques à n'ouvrir leurs primaires qu'aux électeurs inscrits au parti organisateur et aux électeurs indépendants alors qu'est inconstitutionnelle la législation qui interdirait aux partis politiques de laisser participer à leurs primaires les électeurs s'étant enregistrés sur les listes électorales comme électeurs indépendants selon la décision *Tashian v. Republican Party of Connecticut* (479 U.S. 208, 213 de 1986). Sur l'ensemble cf. collectif « Leading cases - Constitutional law », *Harvard Law Review*, 2005, v. 119, p. 268-277.

la distribution des compétences en la matière⁵⁸⁰, deux types de normes sont posés. S'agissant des élections fédérales, la loi impose aux États de permettre aux militaires d'utiliser des procédures d'inscription et de vote par correspondance⁵⁸¹. Le non-respect de ces obligations ouvre le droit pour l'*Attorney General* de saisir une *district court* fédérale pour faire prononcer éventuellement toute mesure permettant d'assurer le respect du droit. Corrélativement, s'agissant des élections locales, le caractère normatif n'est pas le même : la loi *recommande* que les législatures étatiques adoptent une série de dispositions qui facilitent le vote par correspondance notamment l'utilisation de *full ballots* qui permettent de participer aussi bien aux élections locales qu'aux élections fédérales⁵⁸². D'un autre côté, la loi développe un dispositif de politique publique, puisque sur décision présidentielle, est instituée un *Federal Voting Assistance Program*, dont le *Department of Defense* est responsable. Cette structure, chargée de l'exécution de la loi, doit assurer l'information des militaires et des citoyens américains établis à l'étranger, développer les actions afin de les encourager à voter, les assister dans leurs opérations. Il revient aux responsables de ce programme de suivre et encourager les simplifications des procédures d'inscription sur les listes électorales et du développement du vote par correspondance au sein des législations étatiques. Le *soft law* vient donc compléter le droit *stricto sensu* par assurer une uniformité du droit électoral dans un système particulièrement complexe. Pourtant les Etats européens conservent un cadre plus contraignant que les Etats membres aux Etats-Unis. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme part de la prémisse exactement contraire à la Cour suprême américaine. Alors

⁵⁸⁰ Pour un rappel général cf. ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd. 1999, pp. 502-506.

⁵⁸¹ Titre 42 chapter 20 subchapter I-G § 1973 ff-1: "Each State shall- (1) permit absent uniformed voters and overseas voters to use absentee registration procedures and to vote by absentee ballot in general, special, primary and runoff elections for Federal office".

⁵⁸² VELDHUYZEN (G.) et WRIGHT (S. F.), « Domicile of Military Personnel for Voting and Taxation », *Army Lawyer*, 1992, September, pp. 15-20, p. 19. Ces auteurs font remarquer que cette procédure et quasiment généralisée bien que peu utilisée par les bénéficiaires pour des questions fiscales.

que celle-ci ne reconnaît pas d'obligation pour les Etats d'attribuer le droit de vote, la juridiction européenne considère que la reconnaissance de ces droits pour les nationaux est le principe et la privation l'exception.⁵⁸³ Les restrictions ne peuvent être justifiées que si elles sont fondées sur des motifs nécessaires dans une société démocratique. Ces restrictions font désormais l'objet d'un contrôle plus poussé de la Cour depuis l'arrêt *Py*⁵⁸⁴ confirmé par l'arrêt de Grande Chambre *Hirst c. R.-U.*⁵⁸⁵. Encore qu'en l'occurrence la jurisprudence de la Cour est à nuancer. Dans un cas très proche de celui des militaires, les expatriés, la juridiction de Strasbourg a estimé que les ressortissants nationaux pouvaient être valablement privés de leurs droits de vote.⁵⁸⁶

Dans ce cadre, le système britannique, s'il partage un certain volontarisme avec le système américain, ne se veut pourtant pas aussi globalisant. Au Royaume-Uni, l'organisation expresse d'une procédure spécifique électorale pour les militaires a été mise en place en 1918 par le *Representation of the People Act*.⁵⁸⁷ Sous le régime établi par le *Parliament Elections and Meeting Act* de 1943 et le *Representation of the People Act* de 1945, un registre particulier est établi pour les militaires. Ils devaient résider habituellement dans la circonscription où ils étaient inscrits et être mobilisés depuis trois mois au moins. Y ont été intégrés les marins civils, les membres de la croix rouge et les personnes réquisitionnées travaillant pour la défense nationale. Selon la section 3(1) du *R.O.P.A.* de 2000 entré en vigueur le 16 février 2001, les britanniques qui ne sont pas résidents du Royaume-Uni peuvent voter comme « *overseas electors* » aux élections nationales, et européennes mais non aux élections locales à partir du moment où ils remplissent les conditions d'âge et de capacité. Selon la section 1 du *R.O.P.A.* de 1985 tel que

⁵⁸³ Cf. SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2005, 715p., p. 482.

⁵⁸⁴ Notamment l'analyse de FLAUSS (J.-F.), *AJDA*, n°, du 14 mars 2005, p. 551.

⁵⁸⁵ C.E.D.H. Grande Chambre 6 octobre 2005, *Hirst c. R.-U.* FLAUSS (J.-F.), *AJ.D.A.* 2006, p. 475.

⁵⁸⁶ C.E.D.H. déc. 7 septembre 1999, *Hilbe c. Liechtenstein*, Requête n°31981/96.

⁵⁸⁷ ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, 8^{ème} éd., 1928, p. 431.

révisée en 1989, les « *overseas electors* » peuvent exercer leur droit de vote soit par procuration, soit en étant présents (mais donc pas de vote par correspondance). Ce droit est reconnu à leurs enfants lorsqu'ils atteignent l'âge requis s'ils prouvent qu'ils ont résidé dans leur circonscription dans les 20 dernières années et que leurs parents étaient inscrits sur les listes électorales. Les sections 14-17 du *R.O.P.A.* dispensent de la condition de résidence les militaires et leurs épouses, les membres de la marine marchande, ainsi que les agents de la Couronne en poste à l'extérieur du Royaume.

Si cette thèse avait été soutenue avant 1956, le système français aurait pu être classé entre le système américain et le système britannique, tant la volonté libérale imprégnait le code électoral. Le décret du 1^{er} octobre 1956⁵⁸⁸ portant code électoral, reconnaissait la possibilité ouverte aux militaires soit de voter par procuration,⁵⁸⁹ soit de voter par correspondance⁵⁹⁰. Ce dispositif fut néanmoins très affaibli par la loi du 31 décembre 1975 qui a supprimé de façon quasi générale ce dernier mode⁵⁹¹, à l'exception du vote pour les représentants des français à l'étranger. L'effectivité du droit de vote des militaires français est désormais garantie par un décret du 11 février 1977⁵⁹² reçu dans le code électoral. Il s'agit d'organiser uniquement le vote par procuration, qui peut être établi classiquement ou encore par la procédure dérogatoire prévue à l'art. R 72-1 et al 2 « pour les militaires et les autres personnes auxquelles s'applique l'article 60 du code de justice militaire, stationnés hors de France, l'autorité consulaire peut déléguer les compétences qui

⁵⁸⁸ Pour une approche plus détaillée cf. SENECHAL (M.), *op. cit.*, pp. 73-74.

⁵⁸⁹ D'abord pour certains territoires déterminés par le ministre des Armées puis, par l'ordonnance du 20 octobre 1958 pour tous les militaires et fonctionnaires affectés hors du territoire métropolitain.

⁵⁹⁰ Initialement réservée aux élections parlementaires, cette disposition fut progressivement élargie, notamment du fait de la guerre d'Algérie, à toutes les élections au scrutin direct.

⁵⁹¹ Sur les circonstances : cf. DENQUIN (J. M.), *Les droits politiques*, Montchrestien, 1996, 216 p., p. 189. L'affaiblissement n'est pas seulement quantitatif mais qualitatif : comment préserver la neutralité politique, garantie par le secret si le militaire doit passer par une procuration.

⁵⁹² D n°77-134 du 11 février 1977.

lui sont conférées par l'alinéa ci-dessus aux officiers de police judiciaire des forces armées et aux autorités qui ont qualité pour exercer des attributions d'officier de police judiciaire ». Toutefois, le statut dérogatoire ne saurait se suffire d'une simple affirmation de principe : c'est à travers l'attribution d'un domicile fictif si nécessaire que ce droit va être assuré. A cette fin, les membres des forces armées peuvent bénéficier de dispositions particulières concernant l'inscription sur les listes électorales. Ainsi, l'art 13 al 2 du Code électoral leur permet, lorsqu'ils ne peuvent pas remplir, du fait de leur service, la condition de résidence prévue par l'art 11 du même code⁵⁹³, de bénéficier du dispositif mis en place pour les « français et françaises établis hors de France ».⁵⁹⁴ Dans l'hypothèse où aucune de ces communes ne serait située sur le territoire de la République, alors ils peuvent s'inscrire sur la liste électorale de leur bureau de recrutement⁵⁹⁵. Ce régime est d'autant plus libéral que l'article L 14 étend la portée de ces dispositions dérogatoires aux conjoints des militaires.

⁵⁹³ Qui prévoit que « Sont inscrits sur la liste électorale, sur leur demande :

1° tous les électeurs qui ont leur domicile réel dans la commune ou y habitent depuis six mois au moins ;
 2° ceux qui figurent pour la cinquième fois sans interruption, l'année de la demande d'inscription, au rôle d'une des contributions directes communales et, s'ils ne résident pas dans la commune, ont déclaré vouloir y exercer leurs droits électoraux. Tout électeur ou toute électrice peut être inscrit sur la même liste que son conjoint au titre de la présente disposition ;
 3° ceux qui sont assujettis à une résidence obligatoire dans la commune en qualité de fonctionnaires publics.
 Sont également inscrits, dans les mêmes conditions, les citoyens qui, ne remplissant pas les conditions d'âge et de résidence ci-dessus indiquées lors de la formation des listes, les rempliront avant la clôture définitive.
 L'absence de la commune résultant du service national ne porte aucune atteinte aux règles ci-dessus édictées pour l'inscription sur les listes électorales.

⁵⁹⁴ Art L 12 : « Les Français et les Françaises établis hors de France et immatriculés au consulat de France peuvent, sur leur demande, être inscrits sur la liste électorale de l'une des communes suivantes :

- commune de naissance ;
- commune de leur dernier domicile;
- commune de leur dernière résidence, à condition que cette résidence ait été de six mois au moins;
- commune où est né, est inscrit ou a été inscrit sur la liste électorale un de leurs ascendants;
- commune sur la liste électorale de laquelle est inscrit ou a été inscrit un de leurs parents jusqu'au quatrième degré

⁵⁹⁵ Art L 13 al 3

B. Des régimes dérogatoires confirmant le caractère non fondamental du droit de vote

1. L'explication par la subjectivation du droit de vote

Le droit de vote des militaires ne révèle donc plus une logique d'exclusion et de séparation. Cette évolution est classiquement analysée à travers l'idée d'une subjectivisation du droit de vote qui prendrait le pas sur la conception fonctionnelle du suffrage⁵⁹⁶. Cette appréhension comme « droit subjectif », en tant que droit d'obtenir en justice sa réalisation contentieuse⁵⁹⁷, n'a pu qu'être renforcée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Se fondant sur l'article 3 du Protocole 1, qui pose l'obligation des États parties d'organiser des élections législatives libres, la Cour en a déduit qu'il en découlait l'obligation pour les États d'appliquer le suffrage universel. Une telle obligation existe sur le droit de vote et sur le droit de candidature. Le raisonnement de la Cour est explicité dans l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* du 2 mars 1987⁵⁹⁸. Dès lors, c'est la « substance même » des droits politiques qui doit être respectée. La Cour contrôle donc les restrictions qui peuvent être apportées : l'égalité de traitement s'impose pour tous les citoyens ; les limitations arbitraires ou discriminatoires sont en principe interdites, ce qui donne lieu à un contrôle de la nécessité des mesures.⁵⁹⁹ A cette reconnaissance, la Cour a ajouté que la norme portée par la « clause politique » était de même

⁵⁹⁶ Outre les auteurs cités ci-dessus cf. DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, thèse, Paris II, 2002, pp. 59-60.

⁵⁹⁷ FOULQUIER (N.), *op. cit.*, p. 534.

⁵⁹⁸ CEDH, Cour. plén. 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, Série A, n°113 ; SUDRE (F.) et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2003, 766 p., p. 488 et s., COHEN-JONATHAN (G.), chr. , *Cahiers de Droit Européen*, 1988, p. 487, ROLLAND (P.), chr. , *J.D.I.*, 1988, p. 849.

⁵⁹⁹ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7ème éd., 2005, p. 445.

nature que les autres normes conventionnelles et donc ouvre le droit à un recours individuel⁶⁰⁰.

Toutefois, les systèmes juridiques ici étudiés révèlent une réalité plus complexe. Alors même que la Cour européenne des droits de l'Homme a admis la justiciabilité du droit de vote dans son système, elle a également précisé que le contentieux électoral ne saurait être soumis aux exigences posées par l'article 6 §1 de la Convention⁶⁰¹. L'irréductibilité des droits politiques à la catégorie générale de droits subjectifs serait même une constante dans la jurisprudence du juge Strasbourgeois.⁶⁰² A ceci s'ajoute les critiques portées par une partie de la doctrine privatiste.⁶⁰³ Selon ces auteurs l'extension de cette notion - originellement patrimoniale-⁶⁰⁴ à un ensemble beaucoup plus hétérogène n'aurait contribué qu'à une confusion extrême dans la définition. Enfin, la comparaison permet également d'établir de nouveaux arguments. Il paraît même possible de conclure que l'évolution du droit de vote révèle le caractère « instrumental » de l'utilisation de la notion de « droit subjectif ».

2. Une explication insatisfaisante

⁶⁰⁰ SUDRE (F.), *ibid.*, p. 480.

⁶⁰¹ En ce sens C.E.D.H., 21 oct. 1997, *Pierre Bloch c. France*, 21 oct. 1997 ; Burgorgue-Larsen (L.), *A.J.D.A.*, 1998, p. 65 ; JAN (P.), *R.F.D.A.*, 1998, p. 999 ; PRISOT (S.), *J.T.D.E.*, 1998, p. 106. Confirmé par C.E.D.H., déc., 8 juillet 2003, *Comitato promotore referendum maggioritario (del 18/04/1999) et Comitato promotore referendum antiproporzionale (del 21/05/2000), c/ Italie*. Req. 56507/00.

⁶⁰² En ce sens, cf. ADRIANTSIMBAZOVINA (J.), « 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 ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, 820 p., pp. 5-18.

⁶⁰³ Pour une synthèse cf. GUTTMANN (D.), « Droit subjectif », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, 2003, pp. 529-533.

⁶⁰⁴ COHEN (D.), « Le droit à », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, 1999, 868 p., pp. 393-400.

Si cette notion a été empruntée au droit privé c'est dans un but idéologique, afin d'affermir le caractère « universel » du suffrage.⁶⁰⁵ En effet, les autres justifications de l'extension du suffrage n'étaient pas aussi convaincantes. Comme l'a démontré G. Sartori, le recours au suffrage universel en démocratie n'a pu être fondé sur une exigence logique.⁶⁰⁶ Corrélativement, le recours à un référentiel *jusnaturaliste* ne pouvait être utilisé dans un but démonstratif. Les positivistes ont essentiellement avancé contre ces pensées le caractère *relatif* de tout système naturel.⁶⁰⁷ Or cette critique touche particulièrement le droit de vote. En se fondant sur un idéal de justice, les auteurs jusnaturalistes placent le droit de vote hors d'atteinte des fluctuations y compris constitutionnelles. Dans un second temps, le recours au droit naturel assure une seconde fonction. Il permet de lier cette prérogative à la qualité intrinsèque d'être humain. Donc il permet de fonder son universalité. Mais toute théorie jusnaturaliste étant fondée sur le recours à des valeurs, il est possible d'affirmer que celles-ci sont relatives à une civilisation, à une société, à un Etat pour en restreindre tout de suite la portée. Les discussions menées lors de l'élaboration des instruments internationaux –*Déclaration universelle des droits de l'homme* et *Pacte international des droits civils et politiques*– ont néanmoins démontré la limite d'un tel raisonnement.⁶⁰⁸

A l'opposé, la notion de droit subjectif par ses caractères technique et patrimonial permet d'atteindre les mêmes objectifs. En tant que notion issue du droit de propriété, le droit subjectif garantit à la notion qui y est subsumée une double protection. D'un côté, une telle

⁶⁰⁵ Suivant donc un parti pris « idéologique » d'utilisation du droit civil dont les techniques ont été dégagées à propos du droit administratif français in PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, LGDJ, Editions Panthéon-Assas, 2003, 880 p., pp. 501-504.

⁶⁰⁶ SARTORI (G.), *Théorie de la démocratie*, Armand Colin, 1973, 401 p.

⁶⁰⁷ Le positivisme juridique trouvant notamment son fondement épistémologique dans le rejet de l'unité entre valeurs et normes. Cf. notamment la préface de M. Troper à la réédition de KELSEN (H.), *La démocratie*, Economica, 1988, 98 p., p. 12.

⁶⁰⁸ DENQUIN (J.-M.), *droits politiques*, Montchrestien, 1996, 216 p., p. 110.

subsumption attribuée au droit de vote la garantie de l'action en justice individuelle : toute violation de l'atteinte à un droit patrimonial ouvrant droit à une action en justice. D'un autre côté, une telle opération permet la réintroduction implicite du droit naturel sous couvert d'une terminologie empruntée au vocabulaire du *juspositivisme*. D'un point de vue théorique, la notion de droit subjectif renvoie en effet à l'articulation de l'ordre juridique entre droit objectif et droits subjectifs. En principe, c'est une discussion interne au positivisme juridique. Kelsen, par exemple y consacre d'importants développements dans sa *Théorie pure du droit*.⁶⁰⁹ En réalité, cette subsumption permet un syllogisme dont la véritable majeure est implicite : si le droit de vote est un droit subjectif et que le droit subjectif est issu de la notion de droit patrimonial, alors le droit de vote est un droit patrimonial. Or la patrimonialisation implicite peut avoir plusieurs conséquences. D'un côté, elle pourrait faire du droit de vote un bien cessible. La jurisprudence a rapidement affirmé la grave illégalité de convention ayant une telle opération pour objet. Une telle illégalité est d'ordre public.⁶¹⁰ Par ailleurs, et surtout, l'analogie établie entre droit de vote et droit patrimonial permet une assimilation implicite avec le droit de propriété. Or ce droit présente l'intérêt d'être indiscutablement perçu comme un droit naturel de l'individu : inaliénable et universel. En découle donc l'attribution implicite de ces caractères au droit de vote. Pourtant l'évolution du droit de vote des militaires peut être reçue comme illustrant le caractère juridique mais non pas nécessairement subjectif du droit de vote.

Les dispositifs organisant le suffrage militaire ne se contentent pas de mettre en place une contestation contentieuse des limites qui seraient posées à ce droit, conséquence ultime de la qualification de droit subjectif.⁶¹¹ L'effectivité de ce droit est également recherchée à travers

⁶⁰⁹ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. française, Dalloz, 1962, 496 p., pp. 170 est s.

⁶¹⁰ Cf. par exemple Sur l'ensemble, cf. TERRE (F.), *Droit des obligations*, Dalloz, 2009, 10^{ème} éd., 1542 p.

⁶¹¹ En ce sens GUTTMANN (D.), *op. cit.*, p. 530.

des dispositifs extérieurs à l'approche déontique générale⁶¹², qui sont permissifs et non obligatoires, voire tout simplement incitatifs comme aux États-Unis.⁶¹³ *A contrario*, il ne revient pas à l'État d'assurer le développement de l'utilisation de l'usufruit ou encore de développer des politiques permettant l'accroissement des recours juridictionnels, notions normalement classées dans les droits subjectifs. Ce dépassement du caractère purement contentieux du droit de vote prend d'autant plus d'importance que le dispositif le plus complet, celui où la volonté de l'individu est considérée comme la plus capable d'assurer la protection de ses droits, se retrouve aux États-Unis où pourtant la conception subjective est la moins développée.⁶¹⁴

Les systèmes étudiés, permettent de dégager un deuxième argument en faveur d'une caractérisation *sui generis* du droit de vote. Celui-ci peut faire l'objet d'une action positive de l'État en dehors même de tout schéma contentieux, ce « droit devient l'objectif à atteindre », suivant la définition que Burdeau, donnait des... « droits-créances » sociaux !⁶¹⁵ L'organisation de modes dérogatoires du suffrage, parce qu'ils privilégient l'effectivité par-delà la validité, dépasse le schéma qui sous-tend l'approche subjectiviste/contentieuse du droit de vote : si une obligation existe quant à la recherche de la plus grande effectivité, ce n'est pas une obligation juridique mais une obligation politique ou morale⁶¹⁶.

Pourtant, l'existence d'un contentieux électoral assez proche dans les systèmes étudiés semble aller, à première vue, dans le sens du caractère subjectif du droit de vote. D'un point de vue chronologique, le

⁶¹² En ce sens FAVOREU (L.) (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, 941 p., p. 116.

⁶¹³ Le gouvernement fédéral doit inciter les États à organiser le droit de vote des militaires et non les y obliger.

⁶¹⁴ Il reste encore une prérogative qui est en principe librement attribuée par les États. Cf. *supra*

⁶¹⁵ BURDEAU (F.), *Les libertés publiques*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1961, 388 p., p. 21.

⁶¹⁶ Au sens où « la collectivité morale l'applique mais qu'elle n'impose pas par la force publique », DWORKIN (R.), « Le positivisme », *Droit et société*, 1985, n°1, <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds001/ds001-06.htm>.

premier mouvement, le contentieux lié à l'inscription sur les listes électorales pourrait s'analyser comme la preuve irréfutable du caractère subjectif du droit de vote : le juge reconnaît bien la possibilité à un demandeur d'obtenir son inscription sur une liste électorale s'il remplit les conditions posées par la loi. Encore que ces actions puissent être analysées comme ayant pour vocation d'obtenir l'application de l'ordre juridique objectif, comme visant à restaurer une situation juridique préexistante. Les outils du contrôle sont encore plus révélateurs. La jurisprudence régissant la définition des circonscriptions électorales admet une marge d'appréciation pour les législateurs plus ou moins importante suivant les états aux Etats-Unis.⁶¹⁷ En France, le juge n'exerce qu'un contrôle minimum⁶¹⁸ et accepte que des écarts de 20% existent entre les circonscriptions⁶¹⁹ suivant la décision du 1^{er} et 2 juillet 1986.⁶²⁰ Au Royaume-Uni, les commissions en charge du découpage électoral disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour prendre en compte la dimension démographique⁶²¹, en fonction notamment de critères locaux qu'ils soient géographiques ou administratifs, le respect des limites de circonscriptions des collectivités locales par exemple. Donc, en dehors du droit d'obtenir son inscription sur une liste électorale, l'électeur ne peut se voir garantir par le juge que l'intégrité de sa volonté

⁶¹⁷ Pour une analyse précise cf. ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 642 p., p. 515-518.

⁶¹⁸ « Considérant, d'une part, que, contrairement aux affirmations des sénateurs requérants, les critères sur lesquels repose la délimitation des circonscriptions établies par la loi déferée ne sont entachés d'aucune erreur manifeste d'appréciation » Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *recueil Cons. const.*, p. 325 ; ADRIANTSIMZOVINA (J.), *R.D.P.*, 2003, p. 949 ; CHAGNOLLAUD (D.), *R.D.P.*, 2003, p. 931 ; DRAGO (G.), *A.J.D.A.*, 2003, p. 948 ; FATIN-ROUGE (M.), *A.I.J.C.*, p. 720 ; JAN (P.), *R.D.P.*, 2003, p. 939 et *R.D.P.*, 2003, p. 941 ; SCHOETTL (J.-E.), *L.P.A.*, 2003, n°95, p. 952.

⁶¹⁹ RENOUX (Th. S.) et VILLIERS de (M.), *Code constitutionnel*, Litec, 2^{ème} éd., 2005, p. 341.

⁶²⁰ Pour les élections nationales, Cons. const. 1^{er} et 2 juillet 1986, déc. n°86-208 DC, *Rec. Cons. const.*, p. 78. Sans compter que pour les autres élections il ne s'agit que de « bases essentiellement démographiques », Cons. const., déc. 196-DC du 8 août 1985, *rec. Cons. const.*, p. 63 ; FAVOREU (L. PHILIP (L.)), *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n°36.

⁶²¹ A côté d'impératifs géographiques ou liés aux collectivités locales : *R. v Boundary Commissions for England ex p Foot* [1983] 1 QB 600.

sera prise en compte (parce que du fait des fluctuations démographiques entre circonscriptions son vote n'aura pas la même valeur par exemple).

Du point de vue international ce sont les mêmes principes qui prévalent. La Cour européenne des droits de l'homme admet aussi cette marge de manœuvre. Elle précise en effet qu'« aucun système électoral ne saurait éviter le phénomène des voix perdues »⁶²². De même le Comité des droits de l'homme considère que seuls les écarts « importants » entre le nombres de voix nécessaires pour élire un représentant portent atteinte à l'égalité des droits électoraux garanti par l'article 25 du Pacte des droits civils et politiques.⁶²³ Le contentieux électoral est donc déterminé par sa finalité qui est de « garantir que le résultat de l'élection est conforme à la volonté du corps électoral ».⁶²⁴ Les normes relatives à l'expression collective, celle du corps électoral priment.⁶²⁵ Le droit de l'individu à obtenir la réparation du non respect de sa volonté n'est que second. Or le droit à réparation caractérise les recours fondés sur la protection d'un droit subjectif⁶²⁶.

3. L'explication par la théorie des statuts juridiques

Même si la notion de droit subjectif ne semble pas être la plus adéquate pour comprendre le droit de vote, un dernier argument pourrait justifier son utilisation : l'absence d'*idéal-type* alternatif. Pourtant, un autre concept peut être utilisé qui, à l'usage, paraît plus pertinent : celui

⁶²² CEDH, Cour. plén. 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Cleyfat c. Belgique*, Série A, n°113 § 54 ; SUDRE (F.) et *alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2003, p. 488 et s.

⁶²³ Cf. la décision *Matyus c/ Slovaquie*, 22 juin 2002, A/57/40, vol. II, 245, § 9.2 cité in SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, p. 481.

⁶²⁴ MASCLET (J.-Cl.), *op. cit.*, p. 26.

⁶²⁵ S'agissant donc bien d'un contentieux essentiellement objectif. Pour le cas français cf. MALIGNIER (B.), « Pouvoir de réformation du juge de l'élection », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, 716 p., pp. 397-410.

⁶²⁶ GREWE (C.), « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, 1989, n°9, pp. 131-142, p. 131.

de *statut* ou, pour éviter la confusion avec le mot désignant la situation juridique du militaire au sein de la fonction publique, celui de *status*.

L'affirmation du caractère démocratique des régimes analysés s'est en effet accompagnée d'une prise en compte de la question militaire : la concurrence avec le pouvoir souverain a été traitée à travers l'organisation des droits politiques. Puis depuis la Seconde Guerre mondiale, l'organisation des droits politiques a été peu discutée. Le regard s'est déporté sur la condition sociale des personnels des forces armées. Désormais, comme l'illustre le rapport récemment présenté, portant sur la révision du statut général des fonctionnaires, la tendance est à l'alignement sur la fonction publique générale.⁶²⁷ Ce mouvement global de « banalisation »⁶²⁸ n'épuise pourtant pas le sujet. Il n'a pas entraîné de fusion avec le droit général de la fonction publique.⁶²⁹ Cette assertion se vérifie également dans les régimes anglo-saxons : dans les trois Etats, le statut des militaires présente des caractères bien spécifiques.

Exceptionnel, il l'est d'abord du point de vue historique en tant qu'instrument : c'est un des premiers statuts d'agents publics établi sous forme de loi en France. Au Royaume-Uni la situation militaire est réglementée pour la première fois par des *articles of war* édictés le 15

⁶²⁷ DENOIX de SAINT-MARC (R.) (Pdt.), *Rapport de la commission sur la révision du statut général des fonctionnaires*, présenté le 29 octobre 2003, La documentation française, 83 p., p. 5 : « La commission préconise de libéraliser largement ces règles chaque fois que les exigences du métier militaire le permettent, de façon à rapprocher la situation des militaires de celle des autres agents de l'Etat ».

⁶²⁸ Suivant le terme choisi par la sociologie : cf. par exemple VENNESSON (P.), « Le triomphe du métier des armées : dynamiques professionnelles et société militaire en France », *La Revue Tocqueville*, 1996, n° 17, pp. 135-157.

⁶²⁹ Le nouveau statut français des militaires discuté à l'issue de la remise du rapport précité pendant l'automne et le printemps 2004-2005 ne modifie pas fondamentalement les dispositions touchant les droits politiques des militaires. Toutefois, en ce qui concerne le problème étudié, le régime d'expression politique est assoupli. A l'autorisation préalable le législateur substitue un contrôle *a posteriori* selon l'article 4 du nouveau statut. Cf. démontrant la continuité du statut, LATOUR (X.), « Les transformations de la fonction publique militaire. 1 Le nouveau statut général des militaires et la concertation dans les forces armées », *R.F.D.A.*, 2005, pp. 770-777.

décembre 1652.⁶³⁰ Depuis, le *Bill of Rights* de 1688, le statut militaire a été déterminé par des *Mutiny Acts*.⁶³¹ Enfin, aux Etats-Unis le statut militaire a commencé à être conçu comme un ensemble lors de la guerre de sécession alors que l'institutionnalisation des agents publics n'était pas encore envisagée⁶³². Il s'agit des *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*⁶³³ rédigées par Francis Lieber, juriste d'origine prussienne à la demande du Président Lincoln. Corrélativement, les normes instaurées ne sont pas sans marquer la très grande spécificité de la situation juridique des militaires. Les textes reconnaissent la possibilité pour le supérieur hiérarchique militaire de prononcer des mesures privatives de liberté avec des procédures sommaires à l'origine.⁶³⁴ De même, d'autres droits essentiels peuvent être fortement atteints. Ainsi, les commandants d'unités anglaises établies outre-mer peuvent procéder au retrait de la garde des enfants à leurs subordonnés. En France, le mariage des militaires était soumis

⁶³⁰ GARDINER (S. R.), *History of the Commonwealth and Protectorate 1649-1660*, Londres, Longmans, 1901, 3 vol., vol. III, p. 154.

⁶³¹ Les *Mutiny Acts*, étaient des lois par les quelles le Parlement autorisait la Couronne à entretenir une armée. Ils avaient une triple portée. Ces lois avaient d'abord une fonction constitutionnelle. Empêchant la Couronne de disposer d'une force autonome, ils ont constitué un des moyens d'assujettissement du Monarque aux Chambres. Pour Dicey, ces actes étaient même au fondement du régime britannique, puisqu'en dernier ressort, ils devaient empêcher le gouvernement ou le Roi d'exercer son pouvoir sans l'appui du Parlement (faute de vote, l'obligation d'obéissance des militaires disparaissait). Parallèlement, ces lois ont aussi un aspect financier, puisqu'elles sont au fondement de la règle de l'annualité budgétaire, puisque le Parlement devait consentir par ces lois à la rémunération des conscrits. Il est utile de noter que c'est justement l'incompatibilité entre la règle de l'annualité et les nécessités de continuité de l'effort militaire qui aboutira à leur disparition. Enfin, les *Mutiny Acts* ont un aspect pénal. Ces lois définissaient les règles de discipline applicable aux militaires. Elles permettaient donc de créer des tribunaux militaires dont la compétence limitait la compétence des juges de *Common law*. Pour une mise en perspective plus large de ces lois cf. LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 3^{ème} éd., 2004, 1060 p., pp. 461 et 465.

⁶³² Puisque c'est par le *Pendleton Act* en 1883 que le *spoil system* commence à être remplacé par le *merit system*. En ce sens : CALVES (G.), « La réforme de la fonction publique aux États-Unis : un démantèlement programmé », in Conseil d'Etat, *Rapport public 2003*, La documentation française, 2003, pp. 389-398.

⁶³³ Publiés comme les *Generals Orders* n°100, Adjutant General's Office, Washington, Government Printing Office, 1898. Tout comme les *Mutiny Acts*, ils étaient organisés autour d'un noyau dur disciplinaire et pénal mais disposait aussi des droits et obligations des militaires.

⁶³⁴ Cf. *infra* les développements sur la justice militaire.

jusqu'à récemment à l'autorisation préalable du ministre.⁶³⁵ Aux Etats-Unis, le commandement dispose encore d'un contrôle étendu en matière de vie privée puisque les articles 133 et 134 du *United code of military justice* permettent de sanctionner toute « conduite indigne d'un gentleman ». Il n'existe donc pas de frontière entre vie publique et vie privée⁶³⁶. Que ce soit respectivement, par l'absence de droit au procès, ou par l'établissement d'une régime d'autorisation préalable pour l'exercice des libertés publiques primaires⁶³⁷, ou bien encore par le défaut de précision de la loi, les statuts militaires sont manifestement très éloignés des standards occidentaux en matière de droits fondamentaux.⁶³⁸ L'intérêt de la doctrine pour cette séparation entre droits de l'homme et droits des militaires ne s'est toutefois recentrée sur la question que depuis que les juridictions européennes, suivies par les juridictions nationales, ont commencé à estimer que de nombreuses dispositions des statuts étaient manifestement contraires aux droits conventionnels, l'essentiel de ces décisions visant notamment les atteintes à l'égalité entre homme et femme.⁶³⁹ Il ne sera pas ici d'entreprendre une étude aussi générale.

⁶³⁵ Décret du 16 juin 1808 : les officiers devaient obtenir l'accord du ministre ; les sous-officiers et soldats devaient se rapporter à la décision de leur chef de corps. L'obligation d'autorisation a été maintenue pour les mariages avec des étrangères, même si les conditions ont été précisées par la décision CE du 15 décembre 2000, *Nerzic*, Cf. BERGEAL (C.), « Conclusions sur CE, 15 décembre 2000, *Nerzic* », *RFDA*, 2001, pp 725-730 ; GOURDOU (J.) et PERDU (J.), « Note sous CE, 15 décembre 2000, *Nerzic* », *RFDA*, 2001, pp 730- 736.

⁶³⁶ Cf. ZOLLER (E.), « La liberté d'expression du fonctionnaire en uniforme aux Etats-Unis », in LETTERON (R.) (dir.), *La liberté d'expression des fonctionnaires en uniforme*, Economica, 2000, 172 p., p. 42 et BECET (J. M.), « La liberté d'expression du fonctionnaire en uniforme et la vie privée », *ibid.*, p. 107.

⁶³⁷ CHAULE (J.-B.), BACHINI (B.), « Discipline et liberté de circulation des militaires en Europe », *Droit et défense*, n°3, juillet 1994, pp10-35.

⁶³⁸ Au regard des standards les plus libéraux, comme ceux de la Cour européenne des droits de l'homme, la limitation de ces droits -tant sur le fond que du point de vue des procédures- semble manifester une incompatibilité importante avec les instruments internationaux de protection des droits de l'homme en matière de droits civils. Cf. par exemple SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 4^{ème} éd. mise à jour, 1999, 786 p., pp. 222-226 pour le droit au procès en matière civile ; pp. 354-256 pour le droit au mariage ; p. 212 pour la nécessaire précision des dispositions pénales .

⁶³⁹ Cf. par exemple C.J.C.E., Cour de Justice des Communautés Européennes, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil et Bundesrepublik Deutschland*, *Europe*, 2000, n°12, pp. 5-7, GERKRAT (J.) « Le principe de l'égalité de traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées dans la Bundeswehr » ; *Droit administratif*, 2000, n°2, pp. 22-24, note HACQUET (A.) ; *Journal des Tribunaux Droit européen*, 2000, n°73, pp. 201-210, JACQUMAIN (J.), « Egalité entre travailleurs féminins et masculins » ; *Common Market*

C'est uniquement en ce que les statuts militaires déterminent les droits politiques des militaires, que ce corpus de règles intervient dans la séparation des pouvoirs civil et militaire. En effet, c'est par leur limitation que les régimes étudiés ont essayé d'imposer cette séparation.

La notion de *status* se veut plus conceptuelle. Par *status*, Carl Schmitt désigne les droits et obligations spéciales qui pèsent sur une personne du fait de son lien avec une institution. Elles ne se limitent pas à des obligations écrites mais sont déterminées par la finalité de l'institution.⁶⁴⁰ L'influence de la « théorie de l'institution » d'Hauriou est ici déterminante.

Dans cette construction, le droit statutaire ne saurait être circonscrit dans des dispositions précises. Il est déterminé par une « idée d'œuvre »⁶⁴¹ qui sert de règle d'interprétation pour le droit positif. Suivant cette logique, Schmitt explique que le *status* constitue une « situation juridique générale, *impersonnelle* » qui est « modifiable à tout moment par la loi »⁶⁴². Dans cette perspective, le suffrage n'est pas un droit, qui serait à la libre disposition de l'individu. Le droit de vote devient une fonction. Il est impliqué par le *status de droit public* qui peut être attribué à des individus, celui de citoyen.

Ce *status* est dès lors déterminé par un principe d'égalité devant la loi impliqué par le caractère démocratique du régime. Le respect de

Law Review, 2000, n°6, pp. 1433-1444, commentaire LANGER (J.), ; *Recueil Dalloz*, 2000, p. 192, obs. RIDEAU (J.)C.J.C.E., 11 mars 2003, *Dory*, affaire C-186/01 ; *A.J.D.A.*, 2003, pp. 1041-1043, BELORGEY (J.-M.), GERVASONI (S.) LAMBERT (C.), « Actualité du droit communautaire » ; *Europe*, 2003, n°5, p. 19, commentaires n°150 et 171 IDOT (L.) ; *Revue de droit de l'Union européenne*, 2003, n°1, pp. 291-294, note BEAUME (T.) ; *Journal des Tribunaux de Droit européen*, 2003, n°104, p. 312 ; SAVOIE (H.), « L'égal accès des hommes et des femmes aux emplois publics », *RFDA*, n°5, octobre 1998, pp. 1011-1015 ; LE GALL SAMPAIO (S.), « L'accès de la femme à la fonction publique militaire », *Droit et Défense*, n°2, avril 1998, pp. 21-26 ; M.T., « Note sous CE S., 29 décembre 1993, *Martel* », *Droit et Défense*, n°2, avril 1994, pp. 71-73.

⁶⁴⁰ SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 393.

⁶⁴¹ Classiquement HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation, Cahiers de la nouvelle journée, n°4, 1925, p. 12 et *Précis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, 2^{ème} éd., 1929, pp 72-73.

⁶⁴² Comme a pu l'écrire Jèze à propos du « statut militaire des citoyens » : JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, tome I, (1925), rééd., Dalloz, 2005, p. 123.

cette égalité *statutaire* a pour conséquence que les situations juridiques des individus placés sous le *status* doivent être déterminées en fonction du principe *un homme un vote* et du *devoir de contribution à la défense*. Mais comme il s'agit de droits liés au statut, ceux-ci peuvent être appliqués différemment suivant les nécessités du corps électoral et surtout ils peuvent être concurrencés par d'autres statuts. Ainsi Schmitt admet une seule exception, les restrictions pesant sur les membres des forces armées.⁶⁴³

L'idée d'un « rattachement spécial à la puissance publique » entraîne alors une autre situation juridique. Le membre des forces armées voit alors son *status* défini par l'« idée d'oeuvre » qui est institutionnalisée dans l'Armée et non plus par un rattachement au corps électoral. Dans le cadre du travail ici mené, cet aspect est essentiel. La théorie des *status* permet en effet de dégager deux idées très fécondes. Dans un premier temps, elle permet une appréhension dynamique de la situation juridique des individus. Ce dynamisme peut d'abord exister dans les relations entre *status*. Par exemple entre le *status* de militaire et celui de citoyen. Dans cette perspective la disparition de l'incapacité électorale des militaires peut s'expliquer parce qu'elle n'est plus nécessaire à l'*idée d'oeuvre* portée par les institutions militaires nationales, la discipline, ni à l'*idée d'oeuvre* du corps électoral, l'autonomie de la décision. Le basculement dans un système dans lequel le droit électoral cherche à assurer la participation des militaires conduit à penser que la logique est désormais inverse. Le *status* militaire a toujours été relevant⁶⁴⁴ pour l'ordre juridique étatique qui définit le *status* du citoyen. Toutefois, la relevance a changé de type. La séparation impliquait une relevance d'incompatibilité alors que c'est désormais une relevance de protection qu'assure le droit électoral au droit militaire. La

⁶⁴³ SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, 576 p., p. 394.

⁶⁴⁴ Le recours à cette expression permet le recours à la théorie institutionnaliste de la « relevance » construite par le juriste italien S. Romano, ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, 2^{ème} éd., 1946, trad. franç., Dalloz, 1975, 174 p., pp. 107 et s.

séparation des pouvoirs civil et militaire existait par cette incompatibilité. Celle-ci supprimée, est-ce pour autant que la séparation disparaît ?

L'approche en termes de *status* permet de ne pas adopter cette perspective. Elle oblige à appréhender de façon globale les droits et devoirs d'un individu et donc à prendre en compte leur interaction. Il faut alors analyser les droits et obligations des militaires au regard de ce qu'ils impliquent dans la définition du pouvoir politique.

Ainsi, le droit d'association lorsqu'il est utilisé afin d'assurer la participation au pouvoir (le droit de former des partis politiques) peut-il être analysé comme un droit politique sans pour autant le réduire à cela. La perspective s'inverse alors puisque qu'une approche globale du statut politique des militaires permet d'affirmer que celui-ci ne s'est pas dilué dans celui du citoyen, ce qu'illustre notamment le droit d'éligibilité toujours limité.

Conclusion du Titre II

Les révolutionnaires des trois pays étudiés ont donc initialement tiré les conséquences de la règle constitutionnelle de séparation. Sur le fondement de la règle posée, ils ont initialement souhaité séparer le militaire et le citoyen en interdisant l'exercice du droit de vote aux militaires. Cette limitation ne s'est pas faite selon les mêmes modalités techniques dans les trois Etats étudiés. La forme, directe ou indirecte, de l'exclusion des militaires du droit de vote s'est faite en fonction de la conception de la citoyenneté suivant chaque régime.

Néanmoins, une fois le caractère démocratique de ces régimes établis cette incompatibilité a perdu de sa nécessité. Plus exactement, les mobilisations générales conséquentes aux guerres mondiales ont rendu la séparation incompatible avec la démocratie. Puis progressivement, l'idée du citoyen en armes a conduit à ce que les militaires bénéficient dans les trois régimes de mécanismes leur permettant de voter.

Conclusion de la première partie

Les révolutions anglaises, françaises et américaines ont connu ou crû connaître un pouvoir militaire qui a pu se positionner comme un pouvoir juridique qui a pu même être constituant. Les institutions militaires ont pu, ou ont semblé, se substituer au nouveau titulaire de la souveraineté. Face à cette possibilité, les constituants ont souhaité établir une séparation entre le pouvoir militaire et le pouvoir civil. Ils ont affirmé la subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil.

D'un point de vue du droit législatif cette séparation prend la forme d'une interdiction du droit de vote imposée aux militaires. Or comme le droit de vote est l'élément essentiel de la citoyenneté, il s'agit bien de séparer ces deux statuts au sein du corps politique.

Mais une fois les trois Etats ayant pris une forme démocratique, qui implique l'affirmation du citoyen en armes, il n'a plus été possible ni nécessaire de maintenir cette séparation. Le statut militaire ne se distingue plus de celui du citoyen. Les deux statuts se confondant, il est devenu nécessaire d'assurer l'exercice du droit de vote. Quitte à introduire des procédures dérogatoires, quasiment réservées aux militaires, les Etats modernes cherchent à s'assurer de la participation militaire aux votations. Néanmoins, ce n'est pas pour autant que la séparation entre pouvoir militaire et pouvoir civil.

Deuxième partie : La séparation entre le militaire et le représentant

La séparation des pouvoirs civil et militaire, si elle disparaît s'agissant de la séparation de l'organe électoral et de l'institution militaire, n'en persiste pas moins par ailleurs. Comme l'illustrent par exemple les procédures de révision de la Constitution en France et aux Etats-Unis et les conventions de la Constitution au Royaume-Uni, les organes représentatifs participent directement à l'expression de la Souveraineté. Après la seconde guerre mondiale, on constate que le caractère représentatif de ces régimes s'étend à la dimension sociale : les forces syndicales sont institutionnalisées.

La séparation militaire suit cette évolution. Elle concernera d'abord le mandat électoral (Titre I) puis visera aussi le mandat syndical (Titre II).

Titre I : Une incompatibilité persistante entre mandat électoral et statut militaire

Dans une conception restreinte, la catégorie des droits politiques serait uniquement composée du droit de vote et du droit d'être candidat. Néanmoins, l'exercice effectif de la liberté politique implique une appréhension plus large des prérogatives nécessaires à son exercice effectif⁶⁴⁵ : liberté de candidature, de vote, d'expression politique, d'association aux partis politiques. Cette approche est d'ailleurs confirmée par les instruments internationaux en la matière.⁶⁴⁶ Dans une démocratie, l'éligibilité est en conséquence à la fois un droit individuel tant pour l'électeur que pour le candidat, et un droit collectif puisqu'elle est médiatisée par le rôle incontournable des partis⁶⁴⁷ et la capacité à s'adresser aux opinions publiques. L'analyse statutaire, déjà sollicitée⁶⁴⁸, reste pertinente. Elle permet de dépasser l'opposition collectif/individuel puisqu'elle suppose l'organisation des droits et prérogatives en fonction de la situation de l'individu en cause dans un système juridique donné.

⁶⁴⁵ Sur l'ensemble de la question, cf. ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 1999, 642 p., p. 541.

⁶⁴⁶ DENQUIN (J.-M.), *Les droits politiques*, LGDJ, 1996, 216 p., pp. 41 et s.

⁶⁴⁷ Cf. par exemple VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, rééd., Dalloz, 2002, 632 p., p. 156.

⁶⁴⁸ Cf. Première partie, Titre I, Chapitre I.

Par cette méthode, l'étude de l'organisation du droit de candidature des militaires permet de démontrer qu'il existe un statut politique du militaire aux prérogatives électorales plus restreintes. Cette limitation du droit de candidature s'illustre dans les trois régimes étudiés sous la forme d'incompatibilités, qui peuvent paraître d'intensité variable. Néanmoins, cette apparente hétérogénéité n'en est plus une dès que sont prises en compte les restrictions portées aux autres droits politiques des militaires, notamment le droit de participer aux organisations politiques. Dès lors, ce n'est plus une séparation entre le citoyen et le militaire qui est mise en place mais plutôt une séparation entre le militaire et le magistrat élu.

Il sera donc d'abord question du moyen d'exclusion direct : l'incompatibilité (Chapitre I), puis du moyen d'exclusion indirect : la limitation maintenue des droits politiques seconds (Chapitre II).

Chapitre I. Un moyen direct : l'incompatibilité entre statut militaire et mandat politique

Les systèmes juridiques étudiés ont en commun de priver les militaires du droit de se présenter à des élections. Toutefois l'analyse des mécanismes utilisés par ces trois régimes révèle que si l'exclusion est rigide aux Etats-Unis (I), elle est beaucoup plus souple en Europe (II), différence qui résulte des traits propres aux structures européennes (III).

Section I. Une exclusion rigide aux Etats-Unis

L'interdiction opposée aux militaires d'exercer un mandat politique a d'abord été posée par les Etats de la fédération. Elle a ensuite été généralisée par une loi fédérale. La réglementation nationale contemporaine crée une séparation rigide entre l'exercice d'une fonction militaire et l'exercice d'un mandat public. Ce régime, par sa systématicité, ne se confond pas avec l'obligation de loyalisme s'imposant aux agents publics des Etats-Unis.

A. Une interdiction posée par le droit fédéral

Dans un premier temps, la limitation du droit de candidature des militaires était une résultante de l'incapacité électorale déjà explicitée. En revanche, la reconnaissance progressive du droit de vote des militaires n'a pas fait disparaître leur inéligibilité. Certains Etats ont pu chercher à établir une inéligibilité de fait, en établissant une condition de

continuité de domicile pour les militaires.⁶⁴⁹ La limitation à l'éligibilité pouvait aussi consister en une incompatibilité générale aux agents fédéraux ou uniquement destinée aux militaires. Ces techniques sont les mêmes que celles qui avaient pu être utilisées pour la limitation du droit de vote. Plus originale est l'intervention directe du gouvernement fédéral. La limitation du droit de candidature électorale a en effet été généralisée par une loi fédérale du 15 juillet 1870⁶⁵⁰, qui constitue encore le cadre juridique de l'inéligibilité des militaires américains.

Actuellement l'interdiction de se présenter à une élection politique pour des membres des forces armées trouve un fondement unifié (pour l'ensemble des forces armées) dans la section 973 du Titre 10 du l'*United States Code*.⁶⁵¹ Cette disposition a été ajoutée par la *Public Law* n°90-235 du 2 janvier 1968. Ce texte a ainsi codifié la loi édictée en 1870. La loi s'avère très rigoureuse. Cette rigueur tient d'abord à la définition large du champ d'application. De plus, le *Department of Defense* dans la directive n°1344.10 du 15 juin 1990⁶⁵² a augmenté le type de contraintes. Le caractère draconien du système américain s'exprime d'abord dans la définition des personnes qui font l'objet de cette loi. Elle concerne quasiment la totalité des militaires américains. Elle s'applique en effet à toutes les forces armées (armée de terre, marine, armée de l'air et garde-côtes). De plus, elle concerne tous les officiers en position d'activité. Elle s'applique également aussi aux réservistes qu'il s'agisse d'officiers en retraite rappelés⁶⁵³ ainsi que les

⁶⁴⁹ En ce sens cf. la thèse de SOUILLARD (E.), *Du Régime militaire aux États-Unis de l'Amérique du Nord*, thèse, Université de Toulouse, 1897, 287 p., pp. 174-175. Ainsi la Constitution d'Alabama exige pour pouvoir être candidat aux élections une présence continue de deux ans : at. III section 4 « *No person shall be a representative unless he [...] have been an inhabitant of this State two years* »

⁶⁵⁰ Act of July 15, 1870, ch. 294, s 18, 16 Stat. 319.

⁶⁵¹ Title 10 U.S.C. Section 973 b (b)

⁶⁵² Révisée le 17 février 2000 et confirmée le 2 août 2004.

⁶⁵³ 10 U.S.C. 973 b.1.B "retired regular officer of an armed force serving on active duty under a call or order to active duty for a period in excess of 270 days"

officiers de réserve rappelés⁶⁵⁴. Pour ceux-ci néanmoins, le Congrès a limité la portée de cette interdiction. Cette législation n'est applicable aux personnels rappelés que s'ils exécutent plus de deux cents soixante-dix jours de service dans l'année.

Ce premier périmètre a été élargi par l'administration. Par la voie de la directive 1344.10, le régime qui, du point de vue législatif, ne concernait que les officiers a été étendu à l'ensemble des membres des forces armées en activité⁶⁵⁵. Ceci n'est possible que du fait de la situation de l'autre catégorie de militaires, l'*enlisted personnel*. Ceux-ci sont liés au gouvernement fédéral par un contrat. Ce contrat est en principe régi par la loi, puisqu'il revient au Congrès d'assurer l'organisation de l'armée suivant l'article I section VIII clause 12 de la Constitution. Le Congrès a néanmoins délégué cette compétence à l'exécutif. Le contenu de ces contrats d'engagement peut donc être modifié par voie réglementaire. Ce pouvoir de modification unilatéral des contrats devrait toutefois être contenu par l'intervention du juge. Mais le pouvoir judiciaire a en réalité renforcé l'autonomie normative de l'administration.

En effet, dans une jurisprudence constante, la Cour suprême a considéré que l'engagement des militaires n'était pas qu'un simple contrat. Pour le juge l'enrôlement constitue un changement de statut. Le signataire passe du statut de civil au statut de militaire.⁶⁵⁶ La Cour tire ensuite les conséquences de cette dissociation entre contrat et acte d'engagement. L'engagement du militaire implique une position inégalitaire entre les deux parties. Le juge crée ainsi une situation équivalente à une position réglementaire d'« engagé ». Dès lors, le militaire peut voir sa situation modifiée unilatéralement par

⁶⁵⁴ 10 U.S.C. 973 b.1.C "to a reserve officer of an armed force serving on active duty under a call or order to active duty for a period in excess of 270 days"

⁶⁵⁵ La directive est en effet intitulée « Political activities of armed forces »

⁶⁵⁶ *U.S. v. Grimley*, 137 U.S. 147 (1890) ; *Pfile v. Corcoran*, 287 F. Supp. 554, (D. Col. 1968); *Bell. V. U.S.*, 366 U.S. 393 (1961) Dans la première affaire (151), confirmée par la dernière, la Cour suprême compare le contrat d'engagement au contrat de mariage et à la naturalisation (152) : il s'agit là d'actes qui font changer de « *statu* », ce qui dans cet arrêt s'entend comme l'acquisition de nouveaux droits et obligations dont la seule inexécution ne saurait rendre l'acte à l'origine nul et non avenu.

l'administration. Ce peut être notamment le cas pour la définition des obligations statutaires par voie de directives. Cette situation des engagés est très proche de celle des fonctionnaires français. Or celle-ci est qualifiée de « légale et réglementaire » par opposition à une situation contractuelle.⁶⁵⁷ Or cette expression doit beaucoup à la théorie que Maurice Hauriou a faite de l' « état de fonctionnaire ».⁶⁵⁸ Elle repose sur l'idée que l'individu se voit attribuer un statut par l'institution dont il est membre. Ce statut est « bien plus qu'un contrat ».⁶⁵⁹ La position du juge confirme l'intérêt de l'analyse institutionnelle pour saisir une telle problématique.

Mais les limites au droit de candidature qui pèse sur les militaires n'est pas seulement stricte du point de vue des catégories de personnes concernées. En principe une telle interdiction devrait être interprétée comme une incompatibilité. Ce n'est pas le cas ici. La loi prévoit qu'il est interdit aux membres des forces armées de « détenir ou exercer un mandat public »⁶⁶⁰. Comme cela est classique en matière de droits politiques,⁶⁶¹ une telle limitation devrait conduire à une appréhension restrictive de son application. Etant rédigée au présent de l'indicatif la restriction ne devrait concerner que l'exercice simultané d'une fonction militaire et d'une fonction civile. Mais cela ne devrait pas empêcher un militaire de concourir pour pouvoir exercer un mandat électoral pour lequel il abandonnerait par la suite son statut militaire. Certains juges vont interpréter la disposition en question dans ce sens. Ainsi, dans une affaire *Jolley v. Grantham*,⁶⁶² la *Court of Appeal of Georgia* s'est prononcée en faveur d'une interprétation libérale de la disposition en cause. La juridiction était saisie du refus d'un *superintendent of election*,

⁶⁵⁷ Cf. par exemple AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.) et TAILLEFAIT (A.), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2002, 828 p., pp. 44-46.

⁶⁵⁸ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., 1933, rééd., Dalloz, 2002, 1150 p., pp. 736-740.

⁶⁵⁹ HAURIOU (M.), *ibid.*, p. 737.

⁶⁶⁰ 10 U.S.C. 973 b.2.A et b.3. "may not hold or exercise"

⁶⁶¹ Cf. par exemple MASCLLET (J.-C.), *Droit électoral*, PUF, 1989, 448 p., p. 75.

⁶⁶² *Jolley v. Grantham*, (206 Ga. App. 100) (424 SE2d 362) (1992)

d'annuler l'élection de M. Jolley au poste de sheriff du comté de Harrys. M. Jolley était encore militaire au moment de la campagne électorale, mais il avait demandé sa mise à la retraite de sorte qu'au moment où il est entré en fonction il n'appartenait plus au corps militaire. La Cour a jugé que l'« exercice de la fonction [du mandat] » ne se confondait pas avec la candidature à celle-ci.⁶⁶³ Cette interprétation de la loi est confirmée par la lecture des travaux parlementaires. En effet, lors de la discussion de la proposition de loi à l'origine de cette disposition, le dispositif est présenté comme ayant pour finalité d'empêcher non l'éligibilité des militaires, mais bien le cumul d'une fonction civile et d'une fonction militaire. Le président du *reporting committee* expliquait que cette disposition impliquait que tout officier qui acceptait un emploi civil perdait immédiatement son poste d'officier de l'armée. Il précisait par la suite qu'il ne devait pas exercer les deux fonctions en même temps⁶⁶⁴.

Cette interprétation du juge étatique a toutefois été invalidée par les organes fédéraux. Toujours suivant la logique restrictive –au regard du droit de candidature- qui la caractérise, la *Directive of Department of Defence* n°1344.10 va plus loin que le texte législatif. En son art.4.2, ce texte pose pour principe l'interdiction d'être candidat à une fonction élective.⁶⁶⁵ Le règlement prévoit qu'« un membre des forces armées en service actif ne doit pas mener de campagne » pour une fonction civile. Cette réinvention du texte par la directive a été validée par le juge fédéral : la loi interdirait l'exercice mais également la phase antérieure de recherche d'un mandat public.⁶⁶⁶ Cette interdiction est néanmoins assouplie par la possibilité reconnue au Secrétaire d'État à la Défense

⁶⁶³ “Those two sections [973 b.2.A et b.3] , read together, reflect that the prohibition is on holding the office, not seeking it.”

⁶⁶⁴ « any officer accepting or exercising the functions of a civil officer shall at once cease to be an officer of the Army of the United States [...] he should not hold two offices at the same time”;

⁶⁶⁵ art 4.2.1 “A member on active duty may not : candidate as a nominee or as a candidate for nomination, for civil office.” notamment s'il s'agit d'un “elective office” selon l'art. 4.3.1.1.1 de la même disposition

⁶⁶⁶ *Riddle v. Warner*, 522 F.2d 882, 884.

« lorsque les circonstances le permettent de dispenser de cette obligation »⁶⁶⁷ : les militaires peuvent être autorisés à se présenter à une élection à titre exceptionnel. Le texte précise toutefois que le *Secretary of Defense* ne peut pas autoriser le cumul de fonctions. Si un militaire est autorisé à participer à une élection, il peut demander à être mis à la retraite s'il remplit les conditions légales. Dans l'hypothèse inverse, il peut être destitué ou révoqué.⁶⁶⁸ L'inéligibilité devient alors une incompatibilité. Néanmoins, cette procédure peut être limitée. Le *Secretary of Defense* ne peut donner son accord dans certains cas, notamment si la guerre ou l'urgence nationale⁶⁶⁹ sont déclarées. Dans l'hypothèse où le ministre n'autoriserait pas un militaire à se présenter à une élection et que celui-ci refuse de quitter son emploi, il peut faire l'objet de poursuites disciplinaires⁶⁷⁰. Un second bémol est apporté à toute cette rigueur mais pour une catégorie particulière des membres des forces armées : le texte impose seulement une incompatibilité pour les candidats à une fonction qui fait partie de la réserve. Ainsi, si leur engagement doit dépasser les 270 jours, ils ne peuvent plus exercer leur mandat.⁶⁷¹

Enfin à la définition large du champ d'application *rationæ personae et temporae* s'ajoute une conception particulièrement étendue du type de fonctions concernées. L'objet de l'interdiction adressée aux militaires est particulièrement large. En premier lieu, la loi fédérale⁶⁷² interdit aux officiers de détenir ou d'exercer un « *civil office* » au sein du *government of the United States*. Il s'agit de l'administration fédérale. Cette interdiction est ensuite étendue au niveau fédéral aux emplois qui doivent être pourvus avec l'accord du Sénat⁶⁷³ ainsi qu'aux emplois les

⁶⁶⁷ Directive of Department of Defense n°1344.10 Art. 4.2.1.

⁶⁶⁸ Directive of Department of Defense n°1344.10 Art. 4.3.6.

⁶⁶⁹ Directive of Department of Defense n°1344.10 Art. 4.3.6.7.

⁶⁷⁰ Directive of Department of Defense n°1344.10 Art. 4.3.7

⁶⁷¹ PARKER (J. T.), *op. cit.*, Toutefois ils peuvent maintenir une profession civile –mais non dans la sphère publique- si elle ne les empêche pas d'exécuter correctement les devoirs de leur fonction.

⁶⁷² 10 U.S.C. 973 b.2.A .i

⁶⁷³ 10 U.S.C. 973 b.2.A .ii

plus importants du gouvernement fédéral⁶⁷⁴. Sont notamment concernés les secrétaires et sous-secrétaires d'État, les directeurs des agences fédérales qu'elles soient *executive* ou *independent*. La démonstration en cours n'en est pas pour autant faussée. D'un côté –pour des secrétaires *lato sensu* et des directeurs des *executives agencies*- il s'agit des plus proches des collaborateurs du Président, qui exercent des « fonctions politiques d'autorité »⁶⁷⁵, qui au demeurant sont souvent exercées par des ministres dans les régimes parlementaires.⁶⁷⁶

L'extension de l'incompatibilité avec les fonctions de direction d'une *independent agency* peut surprendre dans un premier temps au regard de la perception classique française.⁶⁷⁷ Celles-ci sont présentées comme des simples « démembrements de l'exécutif »⁶⁷⁸, au même titre que les collectivités locales avec le gouvernement, et dont la spécificité consisterait uniquement dans l'absence de lien hiérarchique. Or ces autorités ne se contentent pas d'exercer les fonctions exécutives mais ont également des compétences réglementaires générales et des fonctions quasi-juridictionnelles qui en font une sorte de « petits gouvernements dans le grand gouvernement fédéral »⁶⁷⁹ Dès lors, exerçant un pouvoir de même genre que le *federal government*, il était normal d'étendre l'incompatibilité pesant sur les militaires à ces institutions administratives fédérales. Ce dispositif au niveau fédéral s'étend aux Etats fédérés. L'incompatibilité avec la fonction militaire concerne

⁶⁷⁴ 10 U.S.C. 973 b.2.A .iii renvoie aux dispositions suivantes du *United States Code* : Titre V, sections 5312-5317.

⁶⁷⁵ LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 3^{ème} éd., 2004, 1060 p., p. 23, ZOLLER (E.), *op. cit.*, p. 431.

⁶⁷⁶ Il est tentant d'ajouter que, dépendants de la volonté du Président, ils sont responsables devant lui de leurs services, comme l'illustre le limogeage du directeur de l'*emergency federal agency* après les difficultés rencontrées par cette administration dans la gestion des inondations aux Etats-Unis à l'été 2005.

⁶⁷⁷ Le développement de la théorie de la « régulation » ces dernières années a permis de mettre en lumière la spécificité juridique de ce phénomène en prenant en compte, non seulement le statut des membres, mais aussi la spécificité du cumul des fonctions juridiques.

⁶⁷⁸ En ce sens, HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 29^{ème} éd., 2005, 850 p., p. 147.

⁶⁷⁹ ZOLLER (E.), « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *R.F.D.A.*, 2004, pp. 757-771, p. 758.

également les fonctions civiles dans les Etats.⁶⁸⁰ La directive du *Secretary of Defense* précise en effet que ces fonctions sont subsumées dans la catégorie de « *civil office* » déterminée par la loi et qui est définie comme « une fonction militaire concernant l'exercice des pouvoirs ou l'autorité du gouvernement civil »⁶⁸¹. Toutefois, la spécificité de ce système n'est réellement perceptible que si l'on compare les obligations imposées aux militaires avec celles de nature proche imposée aux agents civils.

B. Un système distinct : l'obligation de neutralité des agents civils

Aux Etats-Unis, une obligation « de conformité »⁶⁸², qui réside dans une obligation d'adhérer aux valeurs défendues par le régime, est imposée aux agents publics fédéraux. Cela pourrait laisser penser que le dispositif appliqué aux militaires n'est qu'un démembrement de cette obligation générale. Or si tel était le cas, cela invaliderait une partie de cette démonstration. En l'état actuel du droit, le Titre V sect. 7321-7326 de *U.S.C.* organise la neutralité politique des agents fédéraux. Les incapacités électorales qui leur sont imposées depuis le *Hatch Act* de 1939 n'ont pas pour finalité d'empêcher l'accès des agents publics aux mandats électoraux. Les restrictions qui leur sont imposées, ne sont pas des inéligibilités comme pour les militaires. Les dispositions concernant les agents fédéraux visent d'un côté à assurer la neutralité de l'Etat américain au regard des gouvernants. D'un autre côté, ces restrictions ont

⁶⁸⁰ 10 *U.S.C.* 973 b.3

⁶⁸¹ C'est ainsi que l'expression est défini par l'annexe 2 de la directive E2.1.3. « *a non-military office involving the exercise of powers or authority of civil government* »

⁶⁸² Expression qui permet à G. Burdeau de caractériser le régime américain par opposition à la simple « obligation de neutralité » propre aux statuts du *civil service* britannique et de la fonction publique française. Cf. BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, LGDJ, 2^{ème} éd., 10 t., t VIII, 1974, p. 241.

pour finalité de protéger les agents contre « les pressions qui pourraient s'exercer sur eux pour les mobiliser dans les campagnes électorales ».⁶⁸³

Il est possible de distinguer le système juridique militaire et le système juridique civil au regard des instruments juridiques qui les soutiennent. Le statut militaire en la matière a été posé en 1870, le statut civil en 1930. Ce décalage chronologique se manifeste aujourd'hui dans l'hétérogénéité des sources. Ces dispositions sont en effet intégrées dans des titres différents de l'*U.S.C.* Enfin la section 7321 (1) du Titre V exclut explicitement les membres des forces armées de la portée des dispositions propres aux civils⁶⁸⁴. A cet argument formel s'ajoute l'interprétation que les juges ont pu donner des dispositions concernant les militaires. Dans la décision *Riddle v. Warner*⁶⁸⁵, le juge fédéral estime que les dispositions concernant les membres des forces armées ont une double finalité : « assurer la prééminence civile au gouvernement ». Le juge précise ensuite son propos, il s'agit « *in extenso* d'empêcher l'institution militaire de s'insinuer dans la branche civile du gouvernement ce qui lui permettrait de devenir suprême au regard de celle-ci » et « assurer l'efficacité de l'armée en empêchant les personnels militaires d'assumer d'autres charges officielles qui interféreraient de façon substantielle avec l'exécution de leurs fonctions d'officiers »⁶⁸⁶.

En réalité, cette interprétation des juges fédéraux reprend en substance l'argumentation du président du *reporting committee*

⁶⁸³ En ce sens CONAC (G.), « Les fonctionnaires et les libertés publiques aux Etats-Unis » in *Droit et libertés à la fin du XXe siècle : influence des données économiques et technologiques : études offertes à Claude-Albert Colliard*, Pédone, 1984, 655 p., p. 423 et s.

⁶⁸⁴ 5 *U.S.C.* 7322 "Definitions (1) "'employee" means any individual, other than the President and the Vice President, employed or holding office in- [suit une énumération des structures administratives] but does not include a member of the uniformed services", intervention de Mr Logan, à la chambre des représentants *Register of Debates* (Congress Globe), 41 Cong. , 2nd Sess., Appendix, p. 150 (1870)

⁶⁸⁵ 522 F.2d 882, 884 (9th Cir. 1975) cité in PARKER (J. T.), « Congress amends performance of civil functions restrictions », *The Army Lawyer*, 2004, oct., pp. 1-7, p. 1.

⁶⁸⁶ The purpose of the civil office law is two-fold: "to assure civilian preeminence in government, i.e. to prevent the military establishment from insinuating itself into the civil branch of government and thereby growing 'paramount' to it", and to "assur[e] the efficiency of the military by preventing military personnel from assuming other official duties that would substantially interfere with their performance as military officers."

intervenu sur cette loi.⁶⁸⁷ Ces deux critères, « protection de la sphère civile » et « protection de l'efficacité militaire », sont les deux indices qui guident le juge pour savoir si un emploi dans l'administration civile est accessible à un non membre des forces armées. Ainsi en l'espèce, le juge considère qu'un avocat militaire qui a accepté une charge de *state notary* n'a pas violé l'interdiction qui lui est faite, car une telle fonction ne met pas en cause la suprématie du pouvoir civil, ainsi que ses compétences juridiques⁶⁸⁸. C'est donc bien la séparation du pouvoir civil et militaire qui fonde en partie le dispositif ici analysé.

Section II. Une exclusion européenne apparemment plus limitée

Le régime d'éligibilité des membres des forces armées des deux Etats européens ici étudiés peut sembler plus souple que le système mis en place aux Etats-Unis. Au Royaume Uni, les restrictions apportées à l'éligibilité des militaires ne concernent réellement que les élections parlementaires.

C'est néanmoins une inéligibilité qui est alors mise en place. (A) Les limitations françaises concernent tous les mandats ; il ne s'agit en revanche que d'une incompatibilité. (B) Ces restrictions n'ont pas été remises en cause par le droit européen (C).

⁶⁸⁷ Intervention de Mr Logan, à la chambre des représentants *Register of Debates* (Congress Globe), 41 Cong. , 2nd Sess., Appendix, p. 150 (1870)

⁶⁸⁸ "In our view, the office of notary public when held by a military officer cannot be said to offend either of the purposes underlying the statute. Certainly, there would be no danger that military officers becoming notaries public would threaten the civilian pre-eminence in government. Nor would the responsibilities of a notary public adversely affect the efficiency of a military officer, especially a military lawyer like Riddle. His value and efficiency, rather than being jeopardized, are perhaps enhanced because of a lawyer's constant need for notary service", pp 884-885.

A. L'inéligibilité parlementaire au Royaume Uni

Dans son étude de 1952, Paul-Marie Gaudemet expliquait que les Anglais avaient choisi une conception libérale de la fonction publique qui n'engage l'agent que comme technicien et n'exige pas de lui un engagement partisan : « l'Armée sert d'antithèse et non pas de modèle à l'administration britannique »⁶⁸⁹. Il opposait ainsi ce modèle aux systèmes continentaux : l'administration napoléonienne inspirée des institutions militaires et la fonction publique allemande où le fonctionnaire a été pensé comme un « soldat politique ». Ce raisonnement ne s'applique toutefois pas aux membres des forces armées britanniques. Les militaires ont connu beaucoup plus tôt un régime restrictif d'inéligibilité, régime qui ne se confond toujours pas avec le système qui existe dans le *civil service*.

1. L'incompatibilité établie en 1645

Le Royaume-Uni connaît des inéligibilités depuis une époque très reculée. La première *disqualification* pour pouvoir siéger à la Chambre des communes résultant de l'exercice d'un emploi semble avoir été appliquée aux *sheriffs* de façon générale. Toutefois, elle ne s'appliquait qu'au *county* où le Sheriff⁶⁹⁰ était compétent. L'extension de la *disqualification* à des personnes en charge d'une fonction publique semble avoir été déterminée par le type de compétences exercées par l'agent. Manifestement l'incompatibilité était fondée sur le pouvoir d'établir des actes d'imposition⁶⁹¹. S'agissant des militaires, l'analyse

⁶⁸⁹ GAUDEMET (P.-M.), *Le civil service britannique*, Armand Colin, 1952, 176 p., p. 43.

⁶⁹⁰ Le Sheriff désigné par commission royale étant l'autorité établie après la conquête normande dans les *county* pour représenter le Roi et exercer ces pouvoirs militaires, judiciaires et fiscaux, à tel point qu'il a pu être qualifié de vice-roi provincial, cf. MAITLAND (F. W.), *The Constitutional History of England*, Royaume-Uni, Cambridge, Cambridge University Press, 1908, rééd., 1968, 548 p., pp. 41-42.

⁶⁹¹ ANSON (W. R.), *The law and custom of the Constitution*, Londres, Henry Forwde, 3ème éd., 1897, 2 tomes, t. 1, p. 79.

historique révèle qu'une première incompatibilité a été établie lors de la guerre civile. Elle a été néanmoins abrogée lors de la stabilisation du régime au début du dix-huitième siècle. C'est alors un régime favorable à l'éligibilité des militaires qui a été établi.

L'affirmation du caractère représentatif du régime britannique a eu dans un premier temps pour corollaire l'établissement d'une incompatibilité entre fonction parlementaire et fonction militaire. Pendant la première révolution britannique, le 3 avril 1645, était en effet promulguée la *Self Denying Ordinance*⁶⁹² par le Parlement. Ce texte voulait limiter le cumul de fonctions : la qualité de parlementaire (que ce soit comme Lords ou comme membre de la Chambre des communes) était rendue incompatible avec toute fonction ou commandement militaire ou civil.⁶⁹³ Pour mettre fin à ce cumul, le texte mettait en place un dispositif d'incompatibilité assez radical : le quarante-et-unième jour suivant sa promulgation les membres du Parlement étaient automatiquement destitués de leurs charges militaires. Ce délai visait à laisser un choix aux personnes concernées. Le délai a été obtenu par la Chambre des Lords. Elle avait rejeté le premier projet des Communes. Dans celui-ci la déchéance du mandat parlementaire était automatique dès la promulgation du texte.

Dans une première lecture, l'ordonnance est d'une rédaction assez large puisqu'elle vise non seulement les fonctions militaires mais également les fonctions civiles. Néanmoins le reste du dispositif permet de comprendre qu'il visait les fonctions militaires. En effet, l'*Ordinance* ne s'adresse ensuite essentiellement qu'aux officiers de l'armée de terre

⁶⁹² Le texte de cette ordonnance est reproduit in GARDINER (S. R.) (éd.), *The Constitutional documents of the puritan revolution*, Royaume-Uni, Oxford, Clarendon Press, 1906, reed., Indianapolis, Liberty Found, 2005, 540 p., p. 322.

⁶⁹³ "Be it ordained by the Lords and Commons assembled in Parliament, that all and every of the members of either House of Parliament shall be, and by authority of this Ordinance are discharged [...] of and from all and every office or command military or civil"

et de la marine dont elle confirme les commissions⁶⁹⁴ s'ils ne se trouvent pas en position de cumul.

Le contexte historique confirme cette analyse. Ce texte s'inscrit dans la période paroxystique de la guerre civile britannique. Il a été promulgué juste après l'échec des négociations entre les émissaires royaux et les émissaires parlementaires à Uxbridge en février 1645. Du point de vue institutionnel, il trouve son origine dans l'insatisfaction provoquée chez les Parlementaires par l'armée chargée de combattre le parti royaliste. Cette insatisfaction avait conduit les Parlementaires à repenser l'institution militaire. Le 23 novembre 1644, le Parlement avait voté une résolution chargeant le *Committee of Both Kingdoms*⁶⁹⁵ d'établir le modèle d'une nouvelle armée. A la suite de ce débat le membre de la Chambre des communes Zuch Tate avait alors proposé le texte ici étudié.⁶⁹⁶ Cette initiative avait deux objectifs. L'un était à court terme : les parlementaires voulaient écarter les hauts dignitaires aristocratiques des charges militaires au profit d'une conception méritocratique⁶⁹⁷ de l'Armée.⁶⁹⁸ L'autre objectif s'inscrivait dans le long terme. Les *members of Parliament* et les *Lords* voulaient séparer la direction des

⁶⁹⁴ "and be it further ordained, that all other governors and commanders of an island, town, castle or fort, and all other colonels and officers inferior to colonels in the several armies, not being members of either of the Houses of Parliament, shall, according to their respective commissions continue in their several places and commands, wherein they were employed and intrusted the 20th day of March 1644, as if this Ordinance has not been made. And that the vice-admiral, rear-admiral, and other captains and other inferior officers in the fleet, shall according to their several and respective commissions, continue in their several places and commands, wherein they were employed and intrusted the said 20th day of March, as if this Ordinance had not been made."

⁶⁹⁵ Organe chargé par le Parlement de contrôler le déroulement des opérations militaires mis en place en 1643 et dissout en 1648 lorsque les écossais ont décidé de se joindre au camp royaliste.

⁶⁹⁶ YOUNG P. et HOLMES (R.), *The English civil war*, Royaume-Uni, Chantham, 1978, rééd. Wordworth, 2000, 365 p., p. 227.

⁶⁹⁷ Processus que le S. P. Huntington qualifie de professionnalisation : HUNTINGTON (S. P.), *The soldier and the state : the Theory and Politics of Civil Military Relations*, Etats-Unis, Belknap Press, 1981, 560 p., pp. 19-59.

⁶⁹⁸ Encore que, selon certains historiens anglais, il ait pu s'agir d'une tentative d'épuration de l'armée au bénéfice du parti des *independents*, qui auraient essayé d'obtenir par cette voie la liberté religieuse que semblaient leur denier les presbytériens. Pour une recension de cette discussion historique : SEEL (G. E.), *The English Wars and the Republic*, Royaume-Uni, Londres, Routledge, 1999, 152 p., p. 39.

opérations militaires et celle des questions politiques⁶⁹⁹ afin d'assurer une meilleure efficacité des deux organes. Ces deux finalités se rejoignaient : la suppression des Comtes aux plus hauts postes de l'armée dissipait la confusion entre les fonctions de membre de la Chambre des Lords et de responsable militaire. Dès lors les hautes autorités militaires ne pouvaient plus se placer sur le même pied que le Parlement et développer leur propre stratégie –*in extenso* leur propre conception politique des opérations- sans tenir compte des instructions parlementaires. C'était cette confusion qui, selon Cromwell, justifiait en premier lieu le nouveau texte. Il était spécialement orienté contre le Comte de Manchester⁷⁰⁰. Le futur *Lord protector* reprochait notamment à ce Comte de poursuivre une politique de l'équilibre entre le Roi et le Parlement en n'exploitant pas totalement les victoires qu'il obtenait et menant son armée « *by his own absolute will* ». Les décisions du comte auraient été prises contre les directives du *Committee of Both Kingdoms* qui constitue une émanation du Parlement. C'est là le centre de l'argumentation développée devant la *House of Commons* le 25 novembre 1644. Il faut néanmoins préciser qu'à l'instar de Sir Thomas Middleton et de Sir William Brereton, Cromwell fut finalement dispensé de cette incompatibilité.⁷⁰¹ Encore convient-il de préciser que cette dérogation a été établie sur demande du *Council of War*.⁷⁰² De plus, la dérogation n'était valide que pour une période de quarante jours que le Parlement a néanmoins toujours reconduit. Cette autorisation périodique aurait limité les effets du cumul des fonctions politiques et militaires. Elle fait de Cromwell l'officier le plus contrôlé de l'armée anglaise.⁷⁰³ La doctrine constitutionnaliste anglaise s'est peu intéressée à cet épisode. Elle

⁶⁹⁹ GARDINER (S. R.) (éd.), *op. cit.*, p. 35.

⁷⁰⁰ CROMWELL (O.), *Oliver Cromwell's letters and speeches*, Royaume-Uni, Londres, Witney and Putnam, 1845, 2 vol., vol. 1, p. 155.

⁷⁰¹ YOUNG P. et HOLMES (R.), *op. cit.*, p. 251.

⁷⁰² Organe en charge de la direction des opérations militaires.

⁷⁰³ DAVIS (J. C.), *Oliver Cromwell*, Royaume-Uni, Londres, Oxford University Press, 2001, 256 p., p. 95.

considère que l'histoire des limitations au droit de candidature ne commence qu'au dix-neuvième siècle.

2. Le *Succession to the Crown Act* neutralisé par la coutume

Dès le dix-septième siècle, la Chambre des Communes a manifesté la volonté de décider de sa composition : les agents publics – en général- ont alors été exclus du fait notamment des absences prolongées qu'impliquaient les obligations inhérentes à leurs charges.⁷⁰⁴ A ce motif d'ordre technique est venue s'ajouter, à compter de 1660, une défiance croissante envers les mécanismes de patronages, qui perturbaient l'expression d'une volonté parlementaire indépendante de la Couronne.⁷⁰⁵ L'*Act of Settlement* de 1700, en son article 5, interdisait toute possibilité d'être à la fois membre de la Chambre des communes et membre de l'administration. Cette disposition a été abrogée cinq années plus tard sans avoir été appliquée. Le *Succession to the Crown Act* de 1707 organisait un régime moins strict et donc plus complexe. Cette législation différenciait les *administrative office* et les *political office*. Seule la nomination dans une fonction de la première catégorie créait l'inéligibilité. Ce dispositif doit être compris comme permettant de neutraliser le pouvoir d'influence du Roi sur la Chambre par le biais du patronage et comme permettant aux ministres de ne pas perdre leur siège suite à leur nomination. Il s'agissait de préserver le caractère parlementaire du régime : les ministres nouvellement nommés étaient autorisés à conserver leur siège sous réserve de leur réélection après nomination ; en revanche toutes les personnes qui exerçaient une charge non politique ne pouvaient se présenter aux élections. Cette distinction

⁷⁰⁴ Motif avancé par la doctrine : BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *Constitutional and administrative law*, Londres, Pearson Longman, 13ème éd., 2003, 880 p., p. 170.

⁷⁰⁵ BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *ibid.*, p. 170.

s'est avérée difficile à mettre en pratique, ce qui conduit à une démultiplication de la législation.⁷⁰⁶

L'ensemble a postérieurement acquis valeur d'une convention de la Constitution. Ensuite cette disposition a été codifiée par un *order in council* de 1910. A son tour ce texte a été systématisé par le *Servants of the Crown (Parliamentary Candidature) Order* de 1927. La règle a été maintenue malgré les revendications des *trade unions* après enquête menée par une commission d'enquête parlementaire présidée par J. C. Masterman.⁷⁰⁷ Cette réglementation interdisait aux agents de la Couronne de faire des proclamations ou de se porter candidat sans avoir auparavant démissionné ou avoir été mis en retraite.⁷⁰⁸ Il s'agit donc là d'une inéligibilité. Un agent pouvait néanmoins être nommé pair et assister aux débats de la Chambre des Lords. Toutefois, il ne pouvait pas participer aux débats ni prendre part au vote tant qu'il n'avait pas démissionné ou pris sa retraite.⁷⁰⁹ L'adhésion aux partis politiques était libre pour les agents du *civil service* sauf s'il s'agissait de partis extrémistes. Mais ces restrictions ne s'appliquaient qu'au personnel administratif et non aux agents techniques des services industriels. Sur le plan local, les agents n'avaient aucune restriction. C'est une circulaire de la Trésorerie de 1909 qui a pendant longtemps fixé le régime. Elle habilitait les chefs des différents départements à établir le régime d'éligibilité et d'incompatibilité des agents au niveau local. Suivant les recommandations du rapport *Blanesburgh*⁷¹⁰, les limitations ne sont intervenues que lorsque le service avait une fonction de contrôle sur les autorités locales : les ministères de la Santé et du Travail ont ainsi établi des incompatibilités complètes.

⁷⁰⁶ BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *ibid*, p. 170.

⁷⁰⁷ Le *Select Committee on the Political Activities of civil servants* a seulement proposé de ne pas appliquer les restrictions aux agents de base, et même de leur accorder un régime favorisant leur participation. Cf. sur ce point, GAUDEMET (P.-M.), *Le civil service britannique*, A. Colin, 1952, p. 147.

⁷⁰⁸ GAUDEMET (P.-M.), *ibid*, p. 145.

⁷⁰⁹ GAUDEMET (P.-M.), *ibid*, p. 145.

⁷¹⁰ Cité in GAUDEMET (P.-M.), *ibid*, p. 154.

Le *Succession to the Crown Act* prévoyait néanmoins une dérogation pour les militaires : la section XXVIII de la loi excluait les officiers de la marine et de l'armée de terre de ce dispositif.⁷¹¹ Toutefois cette disposition qui plaçait les militaires dans une position favorable ne fut pas pérennisée. En effet, au sein des forces armées s'est établie une coutume.⁷¹² Suivant cette règle, tout militaire qui se présentait aux élections parlementaires était automatiquement libéré de son service. La règle était donc l'incompatibilité entre fonction militaire et mandat parlementaire. R. Blackburn fait toutefois valoir que cette coutume trouve son origine dans le fait que la succession d'une carrière militaire et d'une carrière politique étaient perçue comme particulièrement adaptée aux *gentlemen* des catégories sociales aisées.⁷¹³ Cette incompatibilité coutumière a été codifiée en 1960. En effet, après guerre elle était de plus en plus instrumentalisée. Des soldats engagés qui souhaitaient quitter l'armée avant le terme de leur contrat prétendaient vouloir se présenter aux élections parlementaires. Ils pouvaient ainsi résilier leur contrat de façon unilatérale.

3. La singularité du statut politique des militaires dans l'époque contemporaine

Dans l'époque contemporaine, le régime général des inéligibilités résulte de la combinaison de *statutory law* et de règles tirées de la *common law*. Par exemple les étrangers, à savoir les personnes qui ne sont pas ressortissants d'un pays de la *Commonwealth* ou de l'Eire, ne peuvent se présenter aux élections législatives suivant le *British Nationality Act* de 1981, Schedule 7, 1^{er} alinéa. Le champ des

⁷¹¹ *Act for the Security of Her Majesty's Person* XXVIII : «Provided also, that nothing herein contained shall extend, or be construed to extend to any member of the House of Commons, being an officer in Her Majesty's Navy or Army, who shall receive any new, or other commission in the Navy or Army respectively »

⁷¹² BLACKBURN (R.), *The Electoral system in Britain*, Royaume-Uni, Basingstoke, Macmillan, 1995, 504 p., p. 172.

⁷¹³ BLACKBURN (R.), *ibid*

inéligibilité est néanmoins de plus en plus restreint. L'inéligibilité touchant les fournisseurs de la Couronne a été abolie en 1975 tout comme celle concernant les personnes titulaires d'une pension. Depuis 2001, le clergé ordinaire n'est plus inéligible : seuls les lords spirituels restent exclus. En cas de non respect de la règle, l'infraction est sanctionnée par les organes disciplinaires de la Chambre des Communes. Il faut toutefois retenir que l'exclusion n'empêche pas la réélection. La situation des agents publics, civils et militaires, obéit toutefois à une logique particulière.

Les fondements des dispositions contemporaines, qui datent de 1975, ont été posés en 1957 à la suite de rapports de la *House of Commons* : l'un de 1941 et l'autre de 1956.⁷¹⁴ Elle s'applique tant aux *civil servants* qu'à tout *member of the regular armed forces of the Crown*. En revanche dans cette catégorie elle ne s'applique qu'aux militaires en service.⁷¹⁵ La première obligation pesant sur les agents publics anglais réside dans l'interdiction qui leur est faite d'annoncer ou de faire annoncer leur candidature aux élections législatives. Comme aux Etats-Unis pour les militaires, il s'agit donc d'un régime strict puisque sont concernés les *prospective candidates*.⁷¹⁶ Une dérogation était néanmoins accordée aux personnes qui accomplissaient leur service militaire. Les conscrits pouvaient annoncer leur candidature. En revanche, ils ne pouvaient pas adresser de déclaration aux électeurs ni participer à des activités politiques.⁷¹⁷ Le *House of Commons Disqualification Act* de 1957 a été voté dans un souci de simplification. Paradoxalement la détermination générale, « *disqualification for holding an office or place of profit under the Crown* », a été remplacée par l'énumération des catégories d'emplois qui rendaient une personne inéligible. Les motifs de disqualification ont été également précisés : le

⁷¹⁴ BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *Constitutional and administrative law*, Londres, Pearson Longman, 13^{ème} éd., 2003, 880 p., p. 170.

⁷¹⁵ *Servants of the Crown (Parliamentary Candidature) Order* Art. 1-1

⁷¹⁶ *Servants of the Crown (Parliamentary Candidature) Order* Art. 2.

⁷¹⁷ *Servants of the Crown (Parliamentary Candidature) Order* Art. 3.

risque d'absence physique aux séances, les risques de patronage et la contrariété entre les *constitutional duties*. Cette dernière finalité se comprend comme la volonté d'éviter un conflit entre les devoirs issus de l'origine représentative des parlementaires et le devoir d'obéissance qui pèsent sur tout agent au regard de sa hiérarchie.⁷¹⁸ Six catégories d'emplois rendent alors leurs titulaires inéligibles. Ils concernent essentiellement les présidents des autorités administratives indépendantes, les magistrats judiciaires, les membres des forces de police, les *civil servants* ainsi que les membres du *diplomatic service*, et enfin les membres des forces armées. Mais si le fondement juridique est commun aux militaires et aux civils, les régimes des membres des forces armées ne se confondent pas avec celui des agents publics. Ainsi les *civil servants* doivent démissionner avant de pouvoir devenir candidats comme le dispose le *Servants of the Crown (Parliamentary European and Northern Ireland Assembly) Order* de 1987⁷¹⁹.

En revanche, les militaires ne disposent pas de la même liberté de choix. Telle est la première spécificité. Leur liberté de choisir entre statut militaire et carrière politique a toujours été très limitée. Celle-ci est depuis longtemps fortement encadrée. En effet, le militaire ne dispose que d'une liberté très restreinte pour pouvoir résilier son contrat. C'est vrai d'abord des militaires du rang. Ce contrat a pris pendant très longtemps la forme d'une modification de l'état civil. Ainsi, en 1905, ils s'engageaient devant le juge de paix. Le magistrat devait vérifier la réalité du libre consentement émis. L'engagé devait alors procéder à une déclaration sur l'honneur et prêter le serment d'allégeance. Il disposait alors de trois mois pour changer d'avis sous réserve de payer dix livres pour être libéré. Une fois ce délai écoulé, l'engagé avait l'obligation d'accomplir la période de service définie à l'origine. Il pouvait

⁷¹⁸ GAY (O.), *Disqualification for membership of the House of Commons*, House of Commons notes SNPC 3221, 2004, 7 p., p. 3.

⁷¹⁹ *Servants of the Crown (Parliamentary European and Northern Ireland Assembly) Order* de 1987, para 4.4.20-4.4.21.

néanmoins être renvoyé à la vie civile plus tôt par la volonté de la Couronne ou par le ministre en vertu de l'habilitation d'une loi (de 1892). S'agissant des officiers, la résignation de la commission n'était possible que si le titulaire y était autorisé par la Couronne.⁷²⁰ En 1769, Lord Mansfield a écrit « au point de vue général et abstrait, nous sommes d'avis qu'un officier de l'armée au service de l'*East India Company* n'a pas le droit de résigner sa commission en tout temps et dans n'importe quelle circonstance, c'est-à-dire quand il lui plaît »⁷²¹. Cette logique se retrouve dans les dispositions concernant la procédure organisée pour permettre à un militaire de se porter candidat aux élections parlementaires. Selon le *Queen's Army regulation* de 1975⁷²², tout membre des forces armées qui voudrait se porter candidat à de telles élections devrait auparavant obtenir la suppression du lien qui l'unit aux forces armées : à savoir être mis à la retraite, faire accepter sa démission ou obtenir un renvoi à la vie civile.⁷²³

La multiplication des demandes de résiliation d'engagement survenues en 1962 a provoqué une réforme importante. Le cas le plus significatif est celui de Malcom Thompson. Engagé dans l'armée, il avait demandé une résiliation de son engagement avant terme afin de s'inscrire à l'université. Sa demande ayant été rejetée, il s'est alors inscrit comme candidat indépendant à des élections parlementaires partielles et il fut ainsi libéré. Le gouvernement a alors décidé l'instauration d'un *committee* de sept membres. Cette institution doit examiner les références et la sincérité de la volonté d'entrer en politique des militaires.⁷²⁴ Cette commission est composée de cinq anciens députés et de deux *senior barristers*. S'ils considèrent que la candidature n'est pas

⁷²⁰ ANSON (R.), *Lois et pratiques de l'Angleterre, La Couronne*, 2^{ème} éd., trad., Giard et Brière, 1905, 2 vol., vol.1, p. 437.

⁷²¹ Cf. *v Lord Cliv.* 4 Burrow's King's Bench Reports tempore Mansfield 247 cité in ANSON (R.), *ibid.*

⁷²² Ce texte, légèrement amendé en 1960 reprend et précise le *Servants of the Crown (Parliamentary Candidature) Order de 1960*. L'ensemble de la législation est disponible sur le site du Ministère de la Défense : www.army.mod.uk/servingsoldier/termsoserv/discmillaw/index.html.

⁷²³ *Queen's Army regulation* 1975, Part 14, J5.585.

⁷²⁴ BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *op. cit.*, p. 171.

sincère, c'est-à-dire qu'elle vise d'autres finalités que la participation aux élections, alors la commission peut refuser la résiliation de l'engagement. En revanche, si la commission estime que le demandeur a véritablement l'intention de participer à la vie politique, elle rend un avis favorable. Cet acte ne lie pas pour autant l'autorité militaire qui décide en dernier terme⁷²⁵. Le militaire n'a donc pas le droit à une résiliation de son engagement : celle-ci est appréciée au regard des nécessités du service.⁷²⁶ Si elle est acceptée, elle est définitive. Comme dans le système américain, le règlement ne pose pas seulement une incompatibilité. La règle n'interdit pas seulement qu'un militaire puisse être candidat. Elle proscriit également qu'il soit candidat à l'investiture dans une formation politique avant d'avoir quitté l'état militaire.⁷²⁷

L'encadrement des élections locales répond à une autre logique. Dans cette hypothèse le gouvernement dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Le *Queen's Army regulation* de 1975 interdit aux membres des forces armées de faire partie d'une autorité locale, d'être proposé pour y être élu. Mais cette interdiction peut être suspendue par une autorisation du *Ministry of Defence*.⁷²⁸ En cas d'accord, la participation d'un candidat ne peut se faire que comme *independent candidate* : l'autorisation de participer aux élections ne leur permet pas pour autant de participer à l'activité de quelque organisation politique que ce soit.⁷²⁹

De même, la plus grande rigueur du dispositif militaire est confirmée par le champ d'application large de cette limitation. En effet,

⁷²⁵ BLACKBURN (R.), *op. cit.*, p. 172.

⁷²⁶ "Approval of an application will depend on the exigencies of the Service", *Queen's Army regulation* 1975, Part 14, J5.585.

⁷²⁷ *Queen's Army regulation* 1975, Part 14, J5.584 : "A candidate or prospective candidate must take all steps within his power to ensure that no public announcement of his candidature or prospective candidature is made before he has retired or resigned or been discharged"

⁷²⁸ *Queen's Army regulation* 1975, Part 14, J5.586

⁷²⁹ *Queen's Army regulation* 1975, Part 14, J5.586

l'interdiction de se présenter aux élections politiques s'impose à toutes les catégories de personnels militaires en position d'activité.⁷³⁰ Cette généralité est profondément différente du régime de droit commun. La situation des agents publics civils est beaucoup plus nuancée. En principe, les *civil servants* ne peuvent être candidats à la Chambre des Communes et leur charge est incompatible avec un mandat parlementaire. Toutefois, selon l'arrêt *R v Civil service Appeal Bard ex p Bruce*⁷³¹, les restrictions aux droits politiques s'apprécient suivant le type et l'importance de l'emploi exercé. Cette jurisprudence n'a fait que formuler de façon principielle ce que les réglementations avaient progressivement instauré. Le premier dispositif a été instauré en 1954. Il imposait la neutralité politique à l'ensemble du *civil service*. Cette structure a été remise en cause par l'*Armitage Committee* en 1978. Ce comité a été réuni suite aux demandes des syndicats pour une libéralisation du système. Le *Committee* a conclu au maintien de l'inéligibilité mais à sa restriction des catégories d'agents concernés.⁷³² Après de longues négociations entre les *civil service unions* et le gouvernement, cette logique a été adoptée dans un texte de 1984.

Désormais trois catégories existent. La participation à des activités politiques, comme l'exercice d'une fonction officielle au sein d'un parti, ou la prise de position sur des controverses nationales, est interdite à la catégorie des *Senior Civil Service* et autres *Senior Grades*. La participation au niveau politique local n'est possible qu'avec la permission préalable du supérieur hiérarchique et sous réserve des conditions posées par les règlements propres à chaque administration. Une seconde catégorie ne se voit pas interdire la participation à la vie politique. Elle doit juste obtenir l'accord de sa hiérarchie que ce soit au niveau local ou au niveau national. En cas de décision de refus, le *civil*

⁷³⁰ La réglementation est tout de même plus clément que le système américain puisque tous les réservistes sont dispensés de cette obligation

⁷³¹ *R v Civil service Appeal Board ex p Bruce* [1988] *I.C.R.* 649, pp. 654-656, *Queen's Bench division*, opinion de J. L. May

⁷³² Cité in BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *op. cit.*, p. 279.

servant peut contester cette décision devant le *Civil Service Appeal Board*.⁷³³ Certains agents sont même dispensés d'autorisation. Dans le cas contraire, la loi précise que le refus ne doit intervenir que si l'agent est employé dans un domaine sensible ou s'il a une fonction dans laquelle l'impartialité de l'administration risquerait d'être mise en cause. Ce sont les collaborateurs du ministre. D'autre part sont inclus dans cette catégorie les emplois qui impliquent de prendre position régulièrement pour le compte du gouvernement que ce soit avec des gouvernements étrangers ou avec le public.⁷³⁴ La troisième catégorie concerne les agents des établissements industriels et des emplois d'exécution des autres administrations. Ces agents disposent d'une totale liberté. Leurs activités ne doivent toutefois pas porter atteinte à la continuité du service. De plus, pendant l'exercice de leurs activités politiques, ils doivent veiller à ne pas engager leur service.

Les militaires britanniques ne peuvent donc pas participer aux élections parlementaires. Effectivement, un tel dispositif existe au regard de certaines catégories d'agents publics civils. Cette inéligibilité résulte d'un même texte. On pourrait donc en déduire qu'il s'agit d'une même logique : assurer la neutralité et l'impartialité des agents publics⁷³⁵. Néanmoins, le système appliqué aux militaires est plus strict, plus radical

⁷³³ Statut posé aux articles 10132 du *Code du Civil Service*. C'est un organisme collégial composé d'un président permanent et deux assesseurs issus l'un de listes établies par le supérieur hiérarchique, l'autre d'une liste établie par le *staff*. Cet organisme est compétent pour se prononcer sur trois types de décisions. Le *Civil Service Appeal Board* est d'abord compétent pour donner un avis sur les décisions mettant fin à la carrière d'un agent. En second lieu, il se prononce de façon définitive sur les décisions du *Treasury department* d'infliger des retenues sur le traitement des agents lorsque ceux-ci ont commis certains types d'infractions, notamment lorsqu'ils ont violé les *Officials Secrets Acts*. Enfin, cet organisme peut émettre des avis sur les décisions refusant la possibilité à un agent de prendre des opinions politiques. Se fondant sur la procédure, le juge J.L May a estimé que ce *Board* était un organisme quasi-juridictionnel, dont les avis concernant les décisions étaient uniquement susceptibles de recours devant les *Industrial Tribunals* (juridictions spécialisées en droit du travail). *A contrario*, il semble considérer que les décisions concernant le droit de participer aux activités politiques, parce qu'elles contiennent des éléments de « public law », sont susceptibles d'être contestées devant le juge de droit commun par la procédure de l'*ultra vires*, qui se rapproche du recours pour excès de pouvoir français. Cf. BELL (J.), "English law and French law : not so different ?", *Current Legal Problems*, 1995, vol. 68, pp 63-101.

⁷³⁴ BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *op. cit.*, p. 280.

⁷³⁵ BLACKBURN (R.), *op. cit.*, 1995, p. 171.

que celui s'appliquant aux civils. Dès lors on peut considérer qu'il est très proche du système français.

B. Le caractère apparemment souple du régime français

En France, la situation des militaires est en principe beaucoup plus favorable. Le cadre général est désormais posé par l'article 5 alinéas 2 et 3 de la *loi relative au statut général des militaires*. Ces dispositions de la loi du 24 mars 2005 reprennent le même dispositif que celui qui était prévu par l'article 9 de la loi abrogée du 13 juillet 1972. Lors du vote du nouveau statut, elles n'ont d'ailleurs pas soulevé de difficulté spécifique. Les discussions sur l'article 5 du projet de loi ont en effet essentiellement porté sur l'alinéa 1^{er}, qui interdit l'adhésion des personnels militaires aux partis politiques.⁷³⁶ Ce texte semble particulièrement libéral puisqu'il prévoit que « sous réserve des inéligibilités prévues par la loi, les militaires peuvent être candidats à toute fonction publique élective ». Le caractère libéral du principe est partiellement atténué par un double dispositif. D'une part, l'alinéa 3 de l'article 5 de la loi prévoit que les militaires élus qui acceptent leur mandat sont placés en position de détachement. Ils ne peuvent donc à la fois être militaires et élus. La loi pose donc une incompatibilité. D'autre part, le Code électoral auquel renvoie la loi établit de rares inéligibilités. Elles ne sont toutefois pas propres aux militaires. D'autres catégories d'agents publics sont également concernées. Cet état du droit libéral ne s'est réalisé qu'après des évolutions tout aussi chaotiques que celles concernant le droit de vote.

1. L'état du droit antérieur

⁷³⁶ Cf. *infra* Section II

Sous la période révolutionnaire, l'éligibilité des militaires⁷³⁷ était essentiellement impliquée dans l'existence du droit de vote. Mais les régimes législatifs ne reprenaient pas les dispenses quant à la condition de cens qui avaient pu être appliquées en matière de droit de vote entre 1789 et la Constitution de l'an III.⁷³⁸ Sous le directoire, le droit de vote a été progressivement restreint alors que le droit de candidature était préservé. La loi du 3 germinal an V instaurait quant à elle de façon générale une incompatibilité financière entre emploi public et mandat parlementaire. Ce texte prévoyait que les personnes qui exerçaient un mandat législatif conservaient leur situation. En revanche, elles n'avaient le droit qu'à la rémunération prévue par le corps législatif. Pour les militaires, le système était plus strict. La loi établissait une incompatibilité. L'article 3 précisait que s'« ils conservent leur grade et leur droit à l'avancement par rang d'ancienneté, l'exercice des fonctions militaires leur est spécialement interdit tant que dure leur mandat ». Sous la Restauration, comme au Royaume-Uni à la même époque, le législateur ne s'était pas préoccupé de ce problème directement. La restriction des personnes susceptibles d'être candidates paraissait d'autant moins nécessaire que la rigueur du cens établit déjà un critère discriminatoire important. En revanche, la Monarchie de Juillet ne s'est pas fondamentalement opposée à la participation des militaires aux élections. Elle était même plutôt favorable à la présence de membres des forces armées dans les Chambres. La loi du 12 septembre 1830 prévoyait un système d'incompatibilité stricte entre la qualité d'élu et celle d'agent public salarié. Tout député acceptant une telle charge était considéré comme démissionnaire d'office. Cette loi admettait, néanmoins, une dérogation à cette règle pour les officiers.

⁷³⁷ Il est ici entendu qu'il s'agit des militaires au sens large : membres de l'Armée et de la marine à l'époque. Leur régime étant identique, cf. en ce sens PIERRE (E.), *Traité de droit politique*, 5^{ème} éd. 1924, (rééd., Editions Loysel, 1989), 2 vol., vol. 1, p. 189.

⁷³⁸ Pour les développements plus précis sur ce point cf. SENECHAL (M.), *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées*, L.G.D.J., 321 p., pp. 18-21.

La Seconde République a réalisé une certaine rupture. Dès la période révolutionnaire, le régime a cherché à favoriser la présence des membres des forces armées. Ainsi, des dispositifs spéciaux étaient établis pour assurer l'exercice des droits politiques des militaires en général et le droit de candidature en particulier. Pour ne pas perturber le service, il était néanmoins interdit aux officiers de se rendre dans les circonscriptions où ils avaient présenté leur candidature. Ce handicap était néanmoins compensé par la possibilité qui leur était reconnue de faire campagne par voie de presse.⁷³⁹ Le décret du 24 juin 1848 illustre la bienveillance du régime envers les militaires. Cet acte privait les fonctionnaires élus à l'Assemblée de traitement et de la possibilité d'avancement. En revanche, le décret établissait une exception pour les militaires. Ils pouvaient continuer à bénéficier de l'avancement à l'ancienneté. Après l'entrée en vigueur de la Constitution, cette logique a été préservée. Les membres des forces armées étaient éligibles au même titre que les autres citoyens, à l'exception des officiers généraux qui exerçaient un commandement territorial. Ceux-ci étaient frappés d'une inéligibilité relative. Ils ne pouvaient pas être élus dans la circonscription au sein de laquelle ils exerçaient leurs commandements.⁷⁴⁰ Cette disposition a été pérennisée par l'art. 30 du décret organique du 2 février 1852. Il ne faudrait toutefois pas penser que le Second Empire s'est montré favorable à l'éligibilité des militaires. L'article 29 du texte du 2 février 1852 instaurait une incompatibilité absolue entre une fonction publique et un mandat de député au corps législatif. Cette incompatibilité a été appliquée aux militaires de façon plus large puisqu'elle était étendue aux mandats électoraux en général.

Comme en matière de droit de vote, c'est bien la Troisième République qui a instauré le régime le plus strict pour l'éligibilité. Le système mis en place à l'origine semblait préserver ce droit politique : la

⁷³⁹ Sur ce point et sur la suite cf. SENECHAL (M.), *op. cit.*, pp. 33.

⁷⁴⁰ SENECHAL (M.), *ibid*, p. 34.

loi du 27 juillet 1872, qui suspendait le droit de vote des militaires en service, ne mentionnait pas l'éligibilité. Ce répit n'a duré que trois ans. La loi du 30 novembre 1875 limitait l'éligibilité de la façon la plus stricte. Elle déclarait les militaires en service inéligibles à la Chambre des députés. L'article 7 était encore plus restrictif que l'article 2 sur le droit de vote, dans la mesure où il s'appliquait aux militaires en activité, même s'ils étaient en congé. Parallèlement, la loi concernait aussi ceux qui étaient en non-activité ou en disponibilité. Seuls les généraux de la deuxième section étaient épargnés. De même, les généraux encore dans la première section qui auraient commandé devant l'ennemi et qui se seraient trouvés sans emploi lors d'une campagne électorale pouvaient éventuellement se présenter.⁷⁴¹ Cette inéligibilité a été étendue au Sénat par l'article 2 de la loi du 9 décembre 1884 à l'exception des maréchaux de France et des amiraux.⁷⁴² Le même dispositif a été mis en place par l'article 1^{er} de la loi du 23 juillet 1891 s'agissant de l'élection des conseillers généraux.

De façon extrêmement significative, cette séparation entre les fonctions civiles et politiques a été renforcée dans un premier temps par la loi municipale du 5 avril 1884. Cette législation appliquait l'inéligibilité des militaires aux mandats municipaux. Dès lors la séparation entre statut militaire et statut d'élu devenait totale. L'esprit globalisant de cette loi a été respecté par le juge. Ainsi, dans un arrêt de 1895 *Elections de Nonette*⁷⁴³ le Conseil d'Etat a jugé qu'un officier en attente de la liquidation de sa pension de retraite -et renvoyé dans son foyer en congé jusqu'à sa libération- n'avait pu être légalement élu. La Haute juridiction donnait ainsi une application large à une législation qui

⁷⁴¹ SENECHAL (M.), *op. cit.*, pp. 53.

⁷⁴² Il semble que cette inéligibilité n'a pas créé de contentieux. Par analogie avec les cas décidés en la matière, il faut croire que les Chambres n'auraient pas soulevé une inéligibilité survenue en la matière. Cf. PIERRE (E.), *op. cit.*, pp. 410-418.

⁷⁴³ C.E. 1^{er} mai 1895, *Elections de Nonette*, R., p. 458 conf. Par C.E. 21 déc. 1888, *Elections de Boulot*, R., p. 1005. Dans le même sens et s'appliquant aux hommes du rang C.E. 23 janvier 1895, *Elections de Villars*, R., p. 78 ; confirmé par C.E. 2 août 1889, *Elections de Brève*, R., p. 922.

ne visait essentiellement que les militaires en position d'activité. L'année suivante, le juge a précisé sa jurisprudence dans une décision *Elections d'Arzenc de Randon* du 15 décembre 1900. Il a alors accepté l'éligibilité au conseil municipal d'un militaire dans une situation proche de celle présentée dans l'arrêt précédent. Si le Conseil s'est toutefois prononcé en sens contraire, c'est que l'officier en cause avait « été rayé des contrôles de l'armée antérieurement au jour de l'élection »⁷⁴⁴.

C'est exactement le contraire de la décision prise par les juges américains dans l'arrêt *Jolley v. Grantham*⁷⁴⁵ dans lequel est privilégiée une interprétation téléologique de la séparation et dans laquelle est privilégiée la situation du militaire au jour de l'entrée en fonction. Le droit contemporain marque une libéralisation partielle.

2. Un droit contemporain hétérogène

a) Les mandats concernés

Au regard des différentes catégories de mandats, l'incompatibilité touchant les militaires est aujourd'hui globalisante. Elle concerne aussi bien les mandats nationaux que les mandats locaux et européens. La pluralité des fondements introduit un premier élément d'hétérogénéité. Ainsi, l'incompatibilité avec le mandat présidentiel trouve son origine uniquement dans l'article 5 al 2 de la loi portant statut des militaires. Ce texte dispose –de façon très générale- que si un membre des forces armées accède à une « fonction publique élective », alors il doit être placé en position de détachement. Cela signifie bien que les deux fonctions sont incompatibles. Pour les autres mandats, le Code électoral vient préciser les catégories qui sont concernées. La qualité de militaire

⁷⁴⁴ C.E., 1^{er} déc. 1900, *Elections d'Arzenc de Randon*, R., p. 779.

⁷⁴⁵ Cf. supra

est incompatible avec les mandats de sénateur⁷⁴⁶, de député, de conseiller municipal et de conseiller général⁷⁴⁷ ou régional⁷⁴⁸ ainsi qu'avec le mandat de membre de l'Assemblée de la Polynésie française⁷⁴⁹. Ces restrictions s'appliquent à tout le territoire national.⁷⁵⁰

La compatibilité avec la qualité de député européen pose une difficulté particulière. Elle repose sur l'article LO 142 auquel renvoie l'article 6 de la loi du 7 juillet 1977⁷⁵¹ selon lequel « l'exercice des fonctions publiques non électives est incompatible avec le mandat des députés ». C'est en tout cas l'interprétation qu'en font J.-Y. Vincent et M. de Villiers. Selon ces auteurs, l'incompatibilité avec le mandat de député énoncée par l'art. 142 du Code électoral « est d'application générale et s'applique aux agents soumis au statut général de la fonction publique comme à ceux qui bénéficient de statuts particuliers (ainsi des militaires) ». ⁷⁵² A première vue cette incompatibilité ne pose pas de difficulté particulière. Concernant les militaires, elle serait redondante avec l'art. 46 du Code qui organise le régime général des incompatibilités au regard des mandats visés au Livre 1^{er} du Code électoral : « députés, conseillers généraux et conseillers municipaux des départements ». Le renvoi opéré par l'article 6 de la loi du 7 juillet a pour effet toutefois d'élargir cette incompatibilité à un mandat non visé par l'art. 46. Il renforce la rigueur des restrictions pesant sur le droit d'éligibilité des militaires. Or, en principe, les restrictions au droit

⁷⁴⁶ Art. LO 297 du Code électoral.

⁷⁴⁷ Du point de vue général, l'incompatibilité est posée par l'article L 46 du Code électoral et pour les collectivités territoriales pour l'outre mer cf. les articles L334-14 et 334-9 pour Mayotte

⁷⁴⁸ Art. L 342 du Code électoral.

⁷⁴⁹ Art. 111 I 3^{ème} alinéa de la loi organique n°2004-192. On notera que cette incompatibilité s'ajoute à l'inéligibilité relative pesant sur les officiers ou les personnes de la gendarmerie concernant la circonscription de leur élection Sur la « Parlementarisation » des institutions représentatives des collectivités territoriales d'Outre-Mer cf. CAILLE (P.-O.), « Outre-mer : conflits, particularités, particularisme », *R.F.D.A.*, 2005, pp. 1117-1140, p. 1119.

⁷⁵⁰ Art. L206 et L237 du Code électoral.

⁷⁵¹ Loi n°77-729, *JO.R.F.* du 8 juillet 1977.

⁷⁵² VINCENT (J.-Y.), VILLIERS de (M.), *Code électoral commenté*, Litec, 2004, 844 p., p. 142.

d'éligibilité sont d'interprétation stricte. Au regard de ces directives d'interprétation, il résulte que les deux articles ne sont plus redondants mais incompatibles. A partir du moment où ces deux dispositions ont la même valeur, il paraîtrait alors plus logique d'appliquer la règle de conflit de lois suivant laquelle la *lex specialis derogat generali*.

A côté de ces incompatibilités subsistent des inéligibilités qui sont toutefois relatives. En effet, les officiers sont inéligibles dans la circonscription où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois lorsqu'il s'agit d'un commandement territorial⁷⁵³. Ce n'est pas le régime le plus strict en France. Certaines catégories –très rares– d'agents publics sont inéligibles totalement. Ainsi en est-il du Défenseur des droits et de ses adjoints ainsi que du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, comme le prévoit l'article LO 130 du Code électoral. De plus, ces inéligibilités territoriales pèsent également sur d'autres agents⁷⁵⁴ publics comme les préfets⁷⁵⁵ et les magistrats⁷⁵⁶.

Au regard des deux autres systèmes étudiés, les limitations pesant sur le droit de candidature des militaires paraissent donc plus favorables si l'on prend en compte la situation des agents publics en général. Cela est vrai en ce qui concerne les mandats concernés par l'incompatibilité. Les mandats de parlementaire national comme européen sont incompatibles avec l'exercice de fonctions publiques non électives,

⁷⁵³ art. LO 133 al 5 C. élect.

⁷⁵⁴ Pour la liste complète cf. ROBBE (F.), « Inéligibilités et incompatibilités », *Jurisclasseur Fonction Publique*, fasc. 120, 2004.

⁷⁵⁵ Sur cette question F. Robbe écrit : « Les préfets de région et de départements sont inéligibles dans les circonscriptions où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de trois ans (C. élect., art. LO 131, al. 1er). Rien ne s'oppose en revanche à ce qu'un préfet ayant cessé d'exercer ses fonctions dans un département depuis moins de trois ans participe à la campagne électorale en tant que président du comité de soutien du candidat finalement élu. Le juge contrôle cependant que l'intéressé n'a pas fait état au cours de la campagne de ses anciennes responsabilités à la tête des services de l'État du département. À défaut, l'élection du candidat en cause pourrait faire l'objet d'une annulation (Cons. const., 18 nov. 1997, déc. n° 97-2236, AN Gers, 2e circ. : Rec. Cons. const. 1997, p. 247) », in ROBBE (F.), *ibid.*

⁷⁵⁶ Les magistrats des tribunaux et des cours d'appel sont inéligibles dans les départements où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois (C. élect., art. LO 133, 2° et 3°). L'article LO 133, 4° vise également les membres des tribunaux administratifs.

exception faite des fonctions de professeur titulaire d'une chaire ou de chargé de direction de recherches dans un institut scientifique. Peuvent également siéger à l'Assemblée nationale ou au Sénat, nonobstant leur appartenance à la fonction publique, les ministres des cultes et les délégués du gouvernement dans l'administration des cultes en Alsace et en Moselle.⁷⁵⁷ Les magistrats connaissent le même régime.⁷⁵⁸ La situation n'est toutefois pas la même pour les mandats locaux. Certes les préfets sont soumis à une incompatibilité générale du point de vue local.⁷⁵⁹ En revanche, l'article 9 al. 3 de l'Ordonnance du 22 décembre 1958⁷⁶⁰ ne pose qu'une incompatibilité relative pour les magistrats dans la mesure où ils ne doivent pas exercer de mandat électoral local dans le ressort de la juridiction à laquelle ils appartiennent. Corrélativement, les fonctionnaires de police connaissent une incompatibilité limitée uniquement aux mandats de conseillers généraux ou régionaux.⁷⁶¹ Le principe est la compatibilité de la qualité d'agent public avec celle d'élu local contrairement à la situation du militaire.

b) Le régime de l'incompatibilité

En second lieu, le fonctionnaire élu député ou sénateur doit être placé en position de détachement. Cette solution n'a été étendue aux militaires qu'après une évolution des textes bien plus complexe que ceux relatifs aux agents civils. Dans une première phase, sous la Troisième République, l'article 8 de la loi organique du 30 novembre 1875 posait comme règle générale que les agents élus et acceptant leur mandat étaient

⁷⁵⁷ art. LO 142 du C. élect.

⁷⁵⁸ Selon l'art. LO 140 du C. élect., « nul ne peut être simultanément magistrat et membre de l'Assemblée nationale ou du Sénat », incompatibilité qui trouverait son origine dans l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁷⁵⁹ C. élect., art. L. 206 ; L. 237, al. 1er, 1° et L. 342

⁷⁶⁰ Ordonnance n°58-1270 *Ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature*, modifiée par la loi organique n°2001-539 du 25 juin 2001 art. 32 I, *J.O.R.F.* du 26 juin 2001.

⁷⁶¹ Selon les articles L 206 et L 342 du C. électoral. A ceci s'ajoute une incompatibilité avec les mandats municipaux pour les membres des corps d'encadrement de la police, ce qui s'entend à partir du grade de commandant (C.E. 18 déc. 1996, n° 178571, *Joubert Laurencin*, R. CE 1996, tables p. 900. Cf. ROBBE (F.), *op. cit.*, §100.

remplacés.⁷⁶² Dans une décision *Labroué*, le juge administratif en a déduit que les agents concernés devaient être « rayés des cadres ».⁷⁶³ Le seul retour possible dans le corps passant par la réintégration qui n'était pourtant pas obligatoire⁷⁶⁴.

Dans la seconde phase, l'élection, notamment au Parlement, d'un fonctionnaire entraînait sa mise « hors cadres ». Le recours au détachement a été décidé par une loi du 21 octobre 1919. Cette loi visait à « préserver les droits et l'indépendance » des parlementaires.⁷⁶⁵ Cette position constitue une « sortie temporaire »⁷⁶⁶ du corps d'origine. Elle présente de nombreux avantages. D'abord, l'agent continue à bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite. Il faut toutefois préciser que ces « droits à l'avancement » ne s'entendent pas comme une possibilité de bénéficier d'un avancement au choix.⁷⁶⁷ Ensuite, le détachement est acquis de droit après l'élection. Enfin, cette position ouvre le droit la réintégration⁷⁶⁸. Ainsi il peut exercer son mandat parlementaire tout en conservant son emploi dans la fonction publique. Les magistrats bénéficient également de ce dispositif. Ce mécanisme est classiquement présenté comme une spécificité française qui favorise la présence des agents publics au Parlement notamment au regard du « secteur privé ».⁷⁶⁹

La situation des militaires a connu une évolution plus complexe. A la suite de la reconnaissance de leur droit de vote par l'ordonnance du

⁷⁶² Sur l'aspect historique cf. SILVERA (V.), « Le statut des fonctionnaires investis d'un mandat législatif », *A.J.D.A.*, 1963, pp. 540-541.

⁷⁶³ C.E. 28 mars 1919, *Labroué*, *R.*, p. 331.

⁷⁶⁴ C.E. 3 août, 1923, *Sieur Paturet*, p. 659.

⁷⁶⁵ PLANTEY (A.), *La fonction publique. Traité général*, Litec, 2^{ème} éd. 2001, 826 p., p. 94.

⁷⁶⁶ CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, t.2, 797 p., p. 225.

⁷⁶⁷ Opinion exprimée pour la première fois dans un avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 1950, qui fonde cette interprétation de la loi sur la préservation de l' « indépendance des assemblées ». Ce principe « résulterait de la Constitution » selon un autre avis de 1961. Il a toutefois considéré qu'un avancement à l'ancienneté d'échelon (mais non de grade) était possible s'il correspondait à la moyenne de l'avancement de son corps.

⁷⁶⁸ C.E. 22 avril 1932, *Simon*, *R.* p. 412.

⁷⁶⁹ MELLERAY (F.), *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, 365 p., p. 264. Le pourcentage d'élus issu du secteur public se situe entre 30 et 50% : cf. MENY (Y.), *Politique comparée*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2004, 488 p., p. 213.

17 août 1945, un dispositif libéral a été mis en place. Une instruction ministérielle du 23 avril 1946⁷⁷⁰ prévoyait que les militaires qui se portaient candidats à des élections pouvaient prétendre à une permission de service d'un mois pour participer aux opérations électorales. Toutefois, ce libéralisme a été rapidement tempéré. L'ordonnance du 23 décembre 1958 prévoyait que les militaires qui accédaient à un mandat électif devaient être placés dans une position hors cadres. Or dans cette position, le militaire perd en principe ses droits à l'avancement et à la retraite même s'il conserve le droit à réintégration.⁷⁷¹ Ils étaient donc dans une position beaucoup moins favorable que les agents de la fonction publique civile. La loi de 1972 a partiellement atténué cette distinction. Les articles 54 à 56-2 de l'ancien statut (art. 51 et 52 de la loi 26 mars 2005) disposaient que si un militaire était élu à un mandat politique, et qu'il optait pour celui-ci, alors, il devait être placé en « service détaché ». Cette position est assez proche de celle du « détachement » existant dans la fonction publique civile. Dans les deux cas, l'agent conserve ses droits à pension et l'avancement à l'ancienneté.

Néanmoins, comme le faisait remarquer le député Guy Tessier dans son rapport sur le projet de loi de 2004 portant statut des militaires, ce détachement de principe conduit « à conserver la restriction de fait à l'exercice d'un mandat public »⁷⁷². En effet dans cette position il ne reçoit plus de rémunération. Dès lors, en ce qui concerne les mandats locaux qui ne sont pas assortis d'une indemnité, l'exercice du mandat reste théorique⁷⁷³ ou « formelle » suivant l'expression du M. Denoix de Saint-Marc⁷⁷⁴.

⁷⁷⁰ Instruction ministérielle n°4379 du 23 avril 1946, *B.O.P.P.*, pp.635 et 649.

⁷⁷¹ C.E., 31 mai 1953, *Ministre du travail*, R. p. 345. Cité in PLANTEY (A.), *op. cit.*, p. 334.

⁷⁷² TESSIER (G.), *Rapport n°1969 fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n° 1741) portant statut général des militaires*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} décembre 2004, p. 34. <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1969.asp>

⁷⁷³ Le caractère théorique se confirme : en 2004 seuls quinze officiers avaient demandé leur détachement pour exercer leur mandat (2 pour l'armée de terre, 1 pour la gendarmerie et 11 pour le service de santé des armées), in DULAIT (A.), *Rapport n°154 (2004-2005) fait au*

De façon assez surprenante, la discussion législative sur l'organisation de l'incompatibilité du statut militaire avec les mandats locaux a confirmé implicitement la volonté d'écarter les militaires des organes de souveraineté. Lors du débat, certains parlementaires ont proposé de restreindre l'incompatibilité entre mandat municipal et statut militaire. La limitation imposée aux agents publics aurait alors porté uniquement sur les fonctions d'adjoint au maire et de maire ou de président de conseil régional ou départemental. Selon ses défenseurs, cette modération aurait été possible au motif que les mandats de simples conseillers ne seraient pas politiques.⁷⁷⁵ Cette possibilité n'a néanmoins pas été retenue. L'argument essentiel qui a motivé ce rejet est que les élus locaux sont des grands électeurs pour les élections sénatoriales. Dès lors, ils seraient obligés de faire un choix politique à l'occasion de ces scrutins.⁷⁷⁶ Comme l'ont relevé les décisions du Conseil constitutionnel en matière de *Quotas par sexe*⁷⁷⁷, cet argument repose en dernier lieu sur

nom de la commission des affaires étrangères, déposé le 26 janvier 2005, <http://www.senat.fr/rap/104-154/104-154.html>

⁷⁷⁴ Audition du 11 février 2004, retranscrite in TESSIER (G.), *op. cit.*, p. 41.

⁷⁷⁵ Cf. TESSIER (G.), *op. cit.* p. 49.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ Cf. pour l'ensemble FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, 1065 p., pp 514-529. Décision 82-146 DC du 18 novembre 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 », *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 66, *Pouvoirs*, 10983, n°25, p. 190, AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) ; *A.J.D.A.*, 1983, p.74, BOULOUIS (J.) ; *R.D.P.*, 1983, pp. 333 et s., FAVOREU (L.) ; *D.*, 1984, pp. 469-470, sommaire commenté, HAMON (L.) ; *Droit social*, 1983, n°131, note LOCHAK (D.) ; *J.C.P.*, 1983, n°19 946 note MARCHAND (J.-M.). Décision 99-407 DC du 14 janvier 1999, « Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux », *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 21 ; *Cahiers du Conseil constitutionnel*, p. 8, note anonyme ; *L.P.A.*, 16 septembre 1999, n°185, p. 8, BAGHESTANI-PERREY (L.), et VERPEAUX (M.) ; *D.*, 2000, somm. 194, et *R.F.D.C.*, 1999, p. 142, GHEVOTIAN (R.) ; *L.P.A.*, 12 février 1999, n°31, GRUBER (A.) ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XV, 1999, pp. 585, 591 et 611, PINI (J.) ; *A.J.D.A.*, 1999, p. 149, SCHOETTL (J.-E.) ; *D.A.*, 1999, n°10, p. 6, TRAORE (S.) ; *L.P.A.*, 4 mars 1999, n°45, p. 13, note VIOLA (A.) ; *J.C.P.*, 1999, Act., 10 mars 1999, p. 449. Décision 429 DC du 30 mars 2000, « Loi organique relative aux mandats électoraux », *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 60 ; *L.P.A.*, 20 novembre 2000, n°231, p. 12, BENETTI (J.) ; *R.F.D.C.*, 2000, p. 821 DE CACQUERAY (S.) ; *R.F.D.C.*, 2000, p. 561, JACQUINOT (J.) ; *L.P.A.*, 17 octobre 2000, n°207, p. 20, MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) ; *A.J.D.A.*, 2000, SCHOETTL (J.-E.) ; *L.P.A.*, 2000, n°208, p. 10, V. (M.).

l'idée selon laquelle les élus locaux participent à l'expression de la souveraineté. C'est donc bien l'exclusion des militaires de ce mécanisme qui est ici recherché.

En définitive, tel qu'établi par le droit positif contemporain, le régime du droit d'éligibilité français et britannique paraît moins strict que le système américain. Les législations françaises et britanniques établissent des inéligibilités d'intensité néanmoins fort différentes. Cette proximité est désormais renforcée par le droit européen.

C. Une tendance renforcée par le droit européen

Le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme laisse aux Etats une large marge d'appréciation dès lors qu'il est question des fonctions régaliennes de l'Etat. Ainsi la jurisprudence en la matière est assez rare.⁷⁷⁸ Toutefois, les rares arrêts existants se révèlent néanmoins riches en enseignement. D'une part, le juge européen pose un régime différent suivant qu'il s'agisse d'agents civils ou d'agents des forces armées. D'autre part, ces arrêts fondent l'application aux agents d'un standard différent suivant des finalités poursuivies par les Etats. Ainsi la Cour admet les restrictions au droit de candidature des militaires si la législation en cause vise la protection de la démocratie. Si l'expression n'est pas utilisée, le raisonnement mené n'est pas sans évoquer le principe de séparation des pouvoirs civil et militaire.

1. Un droit permettant la limitation des activités politiques des militaires

⁷⁷⁸ Cf. par exemple : SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, 715 p., pp. 480-484.

La première liberté laissée aux États consiste dans la limitation du champ d'application du droit européen, qui ne s'applique qu'aux élections des corps législatifs⁷⁷⁹ au regard de l'article 3 du Protocole 1 de la Convention. Néanmoins, le juge se montre cependant assez vigilant lorsqu'il s'estime compétent. Dans une première lecture, l'article 1 du Protocole n°3 semble porter principalement sur les garanties du droit de vote qui sont seules concrétisées : puisque est exigée la régularité des élections et « le vote à scrutin secret ». De l'autre côté ne restent que des formulations générales, qui auraient pu être interprétées comme n'ayant pas d'effet direct comme leur caractère libre et « la libre expression de l'opinion du peuple ». Pourtant, partant de cette dernière expression, le juge se réfère à une catégorie large de « droits subjectifs de participation » dans laquelle il va inclure « le droit de se porter candidat ».⁷⁸⁰ Toutefois, dès les premières décisions de la commission⁷⁸¹ -suivies par la Cour- il est entendu que le droit d'être candidat à des élections au corps législatif est susceptible d'être restreint.⁷⁸²

Ces restrictions peuvent aller jusqu'à l'inéligibilité. Dans ce cas, le juge de Strasbourg estime que « les États disposent d'une grande latitude dans leur ordre constitutionnel »⁷⁸³ pour définir les critères d'inéligibilité. La Cour ne censure en principe que les atteintes disproportionnées à ce droit.⁷⁸⁴ Plus exactement, elle s'assure que de

⁷⁷⁹ Qui peuvent toutefois être des corps législatifs internes au sein d'un État : les Conseils flamand et de la communauté française ainsi que le Conseil régional Wallon dans l'affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, Recueil, série A, n°113, *Cahiers de Droit Européen*, 1988, p. 487 ; chron. COHEN-JONATHAN (G.), *Journal de Droit International*, 1988, p. 849, chron. ROLLAND (P.) ; *G.A.C.E.D.H.*, n°52 ; pour les conseils régionaux italiens *Santoro c. Italie* ; le Congrès de la Nouvelle Calédonie *Py c. France* req. N°66289/01, *J.C.P.*, 2005, n°159, chron. SUDRE (F.) ; n°145, BOITEAU (C.) ; *A.J.D.A.*, 2005, p. 541, chron. FLAUSS (J.-F.) ; p. 118 note MONTECLERC de (M. C.).

⁷⁸⁰ *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, § 51

⁷⁸¹ Commission, 6 octobre 1967, X. c/ République Fédérale d'Allemagne, req. 2728/66, *Annuaire de la CEDH*, vol. 10, p. 339.

⁷⁸² Par différentes sortes de méthodes (obligation de parrainage, caution). Cf. SUDRE (F.) (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 4^{ème} éd., 2007, 766 p., p. 656.

⁷⁸³ Cf. C.E.D.H., 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*, § 33, *Journal de droit international*, 2003, p. 752, note DECAUX (E.) et TAVERNIER (P.) ; *A.J.D.A.*, 2002, p. 500, note FLAUSS (J. -F.) ; *Europe*, 2002, n°8, p. 31, note KITSOU-MILONAS (I.) ; *R.F.D.C.*, 2003, p. 425, note LEVINET (M.).

⁷⁸⁴ *Idem*, § 35-37.

telles restrictions ne portent pas atteinte à « la substance même » de ce droit, qu'elles ne privent pas ce droit d'effectivité, qu'elles poursuivent un « but légitime » et enfin que les moyens utilisés ne sont pas disproportionnés.⁷⁸⁵ Ce contrôle semble néanmoins exercé de façon plus souple en matière d'éligibilité, droit que la Cour qualifie de « passif », qu'en matière de droit de vote. Ainsi alors que l'arrêt *Hirst* proscrie toute exclusion « générale » et « automatique » du droit de vote⁷⁸⁶, la Cour admet une limitation du droit de candidature fondée sur la langue dans la décision *Podkolzina*.⁷⁸⁷

Dans l'arrêt *Gitonas*⁷⁸⁸ rendu en 1997, la Cour a reconnu la conventionalité de l'article 56 de la Constitution grecque posant l'inéligibilité des militaires, des magistrats et d'autres agents publics. Cet arrêt est le premier dans lequel elle se prononce sur les inéligibilités des agents publics. Dans cette décision, le juge de Strasbourg s'est montré particulièrement favorable à la marge d'appréciation des Etats. La Cour avait considéré que les juridictions internes avaient valablement invalidé l'élection d'un ancien directeur de cabinet adjoint du premier ministre. Le libéralisme de la Cour au regard de la marge d'appréciation laissée aux Etats ressort aussi bien des énoncés de principe que du cas d'espèce. En effet, dans le considérant de principe, elle pose l'affirmation classique selon laquelle « les Etats disposent d'une grande latitude pour établir, dans leur ordre constitutionnel, des règles relatives au statut du parlementaire dont les critères d'inéligibilité ». ⁷⁸⁹ Corrélativement, elle accepte dans cette décision qu'une juridiction interprète de façon large l'inéligibilité touchant les agents publics. En effet, en l'espèce, elle valide

⁷⁸⁵ Pour une affaire d'inéligibilité : C.E.D.H., Grande Chambre, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, § 96, cf. infra.

⁷⁸⁶ C.E.D.H. Grande Chambre 6 octobre 2005, *Hirst contre Royaume-Uni*, § 82, requête numéro 74025/01, *J.C.P. A.*, 30 janvier 2006, n°5, chron. n°1041, DUBOS (O.) (dir.), *Journal du droit international*, 2006, n° 3, pp. 1169-1171, notes EUDES (M.) ; *A.J.D.A.*, 2005, pp. 541-545, chr. FLAUSS (J. -F.) ; *R.D.P.*, 2005, pp. 755-831, chr. SUDRE (F.).

⁷⁸⁷ C.E.D.H., 9 avril 2002, 2003, *R.F.D.C.*, 2003, p. 425.

⁷⁸⁸ C.E.D.H., 1^{er} juillet 1997, *Gitonas et autres c. Grèce*, R. 1997, IV, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, n°41, pp. 43-76, note LEVINET (M.) ; *R.F.D.A.*, 1998, pp. 1007-1010, note LEVINET (M.).

⁷⁸⁹ C.E.D.H., 1^{er} juillet 1997, *Gitonas*, § 39.

l'interprétation de la Cour suprême spéciale grecque. Or, suivant cette juridiction, un agent d'une banque privé mis à disposition du Premier ministre pour être chef de cabinet adjoint est un agent public et ce malgré la court

démocratique] ». La Cour précise, en outre, que l'article 3 du Protocole n°1 est d'une importance particulière pour le « système institutionnel de l'Etat ». Elle se fonde sur la rédaction de l'article en cause sous forme de textes « collectifs et généraux » qui n'ont permis à la Cour que d'en extraire des « droits individuels et spécifiques ». ⁷⁹⁶ La jurisprudence antérieure semble donc rétablie, du moins en ce qui concerne le droit de candidature. La préservation de l'ordre démocratique justifie selon la Cour une marge d'appréciation large pour les Etats. C'est le cas principalement lorsqu'un régime est en période de transition démocratique. Plus précisément néanmoins, la Cour semble admettre que des dispositifs voulant appliquer une stricte séparation entre militaires et élus puissent être reconnus conformes au droit issu de la Convention européenne.

2. Une limitation fondée sur la protection de la démocratie

La Cour contrôle les limitations établies notamment par rapport à la finalité poursuivie par les Etats. Pour l'instant elle n'a pas eu à contrôler un dispositif d'inéligibilité ou d'incompatibilité directement fondé sur la séparation des pouvoirs civil et militaire. L'approche choisie dans les affaires traitées laisse plutôt supposer que la Cour ne considère la limitation du droit de candidature que sous l'angle de la neutralité de la fonction publique. Toutefois, un arrêt intervenu dans une matière proche laisse supposer que la Cour n'ignore pas les fondements du principe.

S'agissant des restrictions au droit d'être élu des agents publics, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de préciser sa position dans deux arrêts, les décisions *Gitonas c. Grèce*⁷⁹⁷ et *Ahmed et*

⁷⁹⁶ *Idem.*

⁷⁹⁷ Cf. *supra*.

autres c. Royaume-Uni⁷⁹⁸ Dans la décision *Gitonas*, la Cour valide l'inéligibilité dans les circonscriptions au sein desquelles des agents ont pu exercer leurs fonctions. La Cour évoque essentiellement la finalité de cette mesure pour estimer que l'inéligibilité territoriale est conforme au droit issu de la Convention. Ce type d'inéligibilité est jugé conventionnel car d'une part, il préserve l'égalité entre candidats contre un éventuel avantage des agents publics et, d'autre part, l'inéligibilité locale permet d'éviter que « le corps électoral subisse des pressions de ces titulaires qu

permet de comprendre que la Cour attribue un statut particulier aux restrictions des activités politiques des militaires. Était contesté dans cette affaire l'article 40/B § 4 de la Constitution hongroise. Cette disposition constitutionnelle disposait que « les membres du personnel de carrière des forces armées, de la police et des services civils de la sécurité nationale ne peuvent pas être membres d'un parti ni exercer d'activité politique ». Se prononçant notamment sur la restriction imposée à l'activité politique de ces catégories d'agents publics, la Cour déclare que le dispositif est conforme à la convention. Dans un premier temps, elle considère que l'insécurité inhérente à la généralité de la formulation constitutionnelle est atténuée par les dispositifs législatifs et réglementaires d'application.⁸⁰³ C'est surtout le raisonnement développé à partir des paragraphes suivants qui se révèle significatif. D'une part, la Cour admet que des restrictions plus fortes soient apportées aux personnels de la police du fait de leurs « pouvoirs coercitifs ». Ces pouvoirs coercitifs se manifestent notamment par la possibilité de « porter des armes pour remplir leur mission ».⁸⁰⁴ C'est donc l'intensité de leur pouvoir qui légitime les restrictions particulières apportées aux droits politiques des policiers. D'autre part, ces restrictions sont validées non seulement parce qu'elles visent à assurer la neutralité des policiers comme dans l'arrêt *Ahmed* précité, mais surtout parce qu'elles permettent de « contribuer à la consolidation et au maintien de la démocratie pluraliste dans le pays ».⁸⁰⁵ La Cour utilise donc exactement le même raisonnement qui soutient l'existence d'une séparation statutaire entre militaires et élus telle qu'elle est étudiée dans ces développements. Il ne faudrait pas s'arrêter au fait que l'affaire en cause concerne apparemment la police : la Cour prend bien soin d'assimiler forces de police et militaires dans le § 41 de la décision. Deux autres points méritent d'être néanmoins soulevés.

⁸⁰³ C.E.D.H. 20 mai 1999, *Revkényi c. Hongrie*, §§ 28-32.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, § 35.

⁸⁰⁵ *Ibid.*

La difficulté que soulève le raisonnement de la Cour provient en réalité du lien de causalité qui fonde son argumentation. Dans la conception classique, la séparation des pouvoirs civil et militaire repose sur la protection du pouvoir civil contre le pouvoir militaire qui pourrait s'y substituer. Or, selon la Cour, ce qui fonde la restriction constitutionnelle hongroise, c'est le fait que dans le régime communiste précédent, les policiers et les militaires étaient politisés afin d'assurer « l'application directe de la volonté politique du parti au pouvoir ». Les restrictions aux droits politiques des militaires, sont ici pensées comme des contre-pouvoirs aux excès du pouvoir civil.

Le fondement du contrôle de la Cour en la matière –liberté d'expression et d'association- confirme la nécessité d'une approche en terme de statut politique des militaires, qui ne s'arrête pas au droit de vote et au droit de candidature. Cette position a été récemment confirmée par l'arrêt de la Grande Chambre *Zdanoka c. Lettonie*.⁸⁰⁶ En l'espèce, la Cour était saisie à la fois sur le fondement de l'article 3 du Protocole n°1 et des articles 10 et 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Elle devait se prononcer sur une inéligibilité découlant notamment de l'appartenance de la requérante à un parti putschiste. Après avoir constaté qu'il y avait bien violation d'un droit protégé, la Cour se prononce sur les relations entre droit d'association et le droit de suffrage. Elle précise en effet que « l'article 3 du Protocole n°1 est la *lex specialis*, et qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément les griefs de la requérante au regard de l'article 11».⁸⁰⁷

La Cour européenne des droits de l'homme confirme ainsi, en droit positif, l'idée d'une approche statutaire des droits politiques des militaires. Cette conception s'impose à nouveau comme la meilleure

⁸⁰⁶ C.E.D.H, Grande Chambre, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, req. N°58278/00, § 132.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

méthode d'analyse. Une approche globale permettra de démontrer que par delà les différences entre la rigueur des restrictions au droit de candidature entre les trois systèmes juridiques étudiés, les restrictions apportées aux droits qui sont politiques par finalité, permettent de comprendre la proximité d'approche qui unit *in fine* les Etats-Unis, la France et le Royaume-Uni dans l'application d'une séparation *statutaire*.

Chapitre II : Un moyen indirect : la limitation du droit d'adhérer à un parti politique

Par quels droits autres que le droit de vote, le citoyen exerce-t-il sa liberté politique ? Le droit d'adhérer à un parti politique semble le plus évident. Ce droit apparaît inégalement restreint parmi les systèmes étudiés. (I). Toutefois cette restriction confirme que la séparation prend la forme d'une séparation entre les statuts de l'élu et du militaire (II).

Section I. Une restriction commune aux trois systèmes

Dans les trois systèmes juridiques, il existe des restrictions à la possibilité pour un militaire d'adhérer aux partis politiques. Elles prennent néanmoins des formes apparemment variables. A première vue il ne s'agit que de réductions de ce droit en France et aux Etats-Unis. Mais en réalité ces restrictions sont proches de l'interdiction absolue mais indirecte établie par le droit britannique. Cette proximité ressort de la comparaison avec les restrictions beaucoup plus faibles imposées aux agents civils. L'analyse de la situation britannique permet de poursuivre l'existence d'un véritable *status* politique du militaire. *Status* qui permet d'affirmer l'existence d'une situation unique dans les trois systèmes étudiés.

A. Une limitation apparemment pondérée en France et aux Etats-Unis.

En France, il s'agit certes d'une interdiction explicite dont la limitation dans le temps ne permet pas de rapprochement avec la situation des agents civils. Aux Etats-Unis, il n'existe pas d'interdiction explicite, mais des limitations dont la portée *rationae personae* permet également de marquer une rupture avec la situation des agents civils.

1. Une interdiction apparemment limitée temporellement en France.

Le droit français impose depuis le XIXe siècle l'interdiction aux militaires d'adhérer aux partis politiques. Cette interdiction a été atténuée

depuis 1948. Toutefois, elle demeure toujours très stricte en comparaison du libéralisme absolu dont bénéficient les agents civils en la matière.

a) Une limitation traditionnelle pour les militaires français

En droit français, l'interdiction d'adhérer à des associations politiques a été posée pour la première fois par le Maréchal Soult. Cette interdiction a été édictée sous forme d'une circulaire du 5 juillet 1844. Depuis cette interdiction a été continuellement renouvelée.⁸⁰⁸ Cette prohibition ne peut se comprendre que dans le contexte de l'époque. Les articles 291 et 294 du Code pénal de 1810 établissaient un régime très restrictif. Ces dispositions visaient essentiellement à empêcher la réapparition des clubs révolutionnaires.⁸⁰⁹ Toutefois, la Restauration et la Monarchie de Juillet ont vu naître les « Comités électoraux ». Ces structures constituent des associations politiques tolérées⁸¹⁰, ainsi que des formes semi-clandestines de partis politiques. Une des plus connues est la Société des Droits de l'Homme.⁸¹¹ La circulaire du Ministre de la Guerre avait donc pour fonction de rétablir l'interdiction des associations politiques qui était alors partiellement tombée en désuétude. Le décret du 1^{er} avril 1933, *Portant règlement de discipline générale des armées*, a élargi cette interdiction à l'adhésion à toutes les catégories d'associations. Ce texte est resté en vigueur jusqu'en 1972.

Dans le droit contemporain, l'article 9 du statut de 1972 interdisait aux militaires en activité de service « d'adhérer à des groupements ou

⁸⁰⁸ MERLET (J.-F.), *Une grande loi de la Troisième République : la loi du 1^{er} juillet 1901*, LGDJ, 2001, 734 p., p. 103. La formulation moderne ressort toutefois de la circulaire du 15 novembre 1895 qui interdit « qu'un militaire entre, sous aucun prétexte, dans une association ayant un caractère politique ou religieux », cité in DESDOUITS (E.), *L'officier dans l'Armée nouvelle, ses droits privés, ses droits publics*, Thèse, Paris, 1906, 212 p., p. 157.

⁸⁰⁹ MORANGE (J.), *La liberté d'association en droit public français*, PUF, 1977, 274 p., pp. 32-33.

⁸¹⁰ MORANGE (J.), *ibid*, p. 45.

⁸¹¹ Sur ce point cf. LAQUIEZE (A.), « Naissance des partis politiques modernes et démocratisation dans les monarchies constitutionnelles du XIXe siècle », in BOUTIN (C.) et ROUVILLOIS (F.) (dir.), *Partis politiques et démocratie – Inséparables mais incompatibles ?*, François Xavier de Guibert éd., 2005, 348 p., pp. 11-47.

associations à caractère politique ». Cette disposition reprenait les dispositions du *Règlement de discipline générale* de 1966. Toutefois, le texte prévoyait de suspendre cette interdiction pendant les périodes des campagnes électorales. Cette disposition reprenait une suspension prévue pour la première fois par une circulaire de 1948.⁸¹² Le caractère illusoire de cette atténuation a été mis en exergue dès l'édiction du texte.⁸¹³ Selon Prosper Weil, elle révélait la véritable nature du statut qui fait du militaire un « être stérilisé en tant que citoyen et qui ne doit en aucune manière participer à la vie politique de son pays ». ⁸¹⁴ L'alternative plus souple d'interdire l'adhésion à certains partis « révolutionnaires » a pourtant été écartée. Cette restriction de l'interdiction a été refusée notamment par le Doyen Vedel. Dans la consultation que lui avait demandée la Confédération nationale des retraités militaires, il s'était prononcé contre cette mesure. Or cette consultation a été transmise aux députés lors du vote.⁸¹⁵ Malgré ces réserves, le même dispositif a été reconduit par l'article 5 du nouveau statut.⁸¹⁶ Désormais, le législateur cherche à éviter l'instrumentalisation de la qualité de militaire «notamment dans les villes de garnison » par les partis.⁸¹⁷

b) Une interdiction absolue au regard du droit de la fonction publique civile.

⁸¹² Du 13 mai 1948, citée in ROBERT (J.), « L'homme en uniforme et les droits de l'homme », *Annuaire français des droits de l'homme*, t. I, Université de Besançon, Ed. A. Pédone, 1974, 549 p., p. 402.

⁸¹³ LAUBADERE de (A.), « Chronique générale de jurisprudence », *A.J.D.A.*, 1972, pp. 518-521 et HERRY (J.-L.), *La fonction militaire : évolution statutaire*, Berger Levrault, 1976, 285 p., pp. 167-182.

⁸¹⁴ WEIL (P.), « L'officier et le fonctionnaire », in TROTABAS (P.) (dir.), *La Défense nationale*, PUF, 1958, 623 p.

⁸¹⁵ Faute de constitutionnalité évidente des règles permettant de définir les partis exclus : cité in HERRY (J.-L.), *op. cit.*, p. 178.

⁸¹⁶ « Il est interdit aux militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique. Sous réserve des inéligibilités prévues par la loi, les militaires peuvent être candidats à toute fonction publique élective ; dans ce cas, l'interdiction d'adhésion à un parti politique prévue par le premier alinéa du présent article est suspendue pour la durée de la campagne électorale. En cas d'élection et d'acceptation du mandat, cette suspension est prolongée pour la durée du mandat »

⁸¹⁷ Audition de M. Denoix de Saint Marc, *op. cit.* p. 41. Cette interdiction a été critiquée par l'opposition mais de façon moins développée que s'agissant de la limitation en matière syndicale cf. discussion du 14 novembre 2004, in TESSIER (G.), *op. cit.*, pp. 67 et s.

Compte tenu du bref délai qui est accordé aux membres des forces armées politiques, la doctrine s'accorde pour penser que c'est un assouplissement factice de l'interdiction d'adhérer à un parti politique. En outre, cet assouplissement est insignifiant au regard de la situation des agents civils. Sauf de très rares exceptions, les agents civils français peuvent adhérer au parti de leur choix et y assumer des responsabilités.⁸¹⁸ Si, sous la Restauration et le Second Empire, il a pu leur être interdit de participer aux activités d'opposition, ils disposent d'une totale liberté en la matière depuis la III^{ème} République.⁸¹⁹ Les agents publics civils ont bénéficié, en l'espèce, de l'absence d'identification et de la faible institutionnalisation politique des partis : assimilé à la simple liberté d'association, le droit d'adhérer à un parti politique a été intégré au régime général des libertés publiques.⁸²⁰ Une sanction fondée sur l'appartenance d'un fonctionnaire civil à un parti politique a même été déclarée illégale par le Conseil d'Etat.⁸²¹ Cette liberté est reconnue aussi bien aux préfets⁸²² qu'aux membres du Conseil constitutionnel pourtant tenus en principe à une sévère obligation de réserve.⁸²³ Cette liberté s'est logiquement concrétisée par un engagement politique croissant des fonctionnaires notamment sous la Cinquième République, que ce soit à travers les cellules locales ou bien à travers les états-majors des partis.⁸²⁴ Le constat inverse peut être réalisé concernant les militaires. La séparation statutaire a eu des effets assez importants. Yves Meny fait

⁸¹⁸ AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.) et TAILLEFAIT (A.), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, p. 8.

⁸¹⁹ DI STEFANO (A.), *La participation des fonctionnaires civils à la vie politique*, LGDJ, 1979, 333 p. p. 120

⁸²⁰ CHAPUS (R.), *op. cit.*, p. 253.

⁸²¹ C.E. 1^{er} octobre 1954, *Guille*, p. 496, concl. Laurent, *R.A.*, 1954, p. 512.

⁸²² DI STEFANO (A.), *op. cit.*, p. 121.

⁸²³ Décret n°59.1292 du 13 novembre 1959 articles 1 et 2. Ils sont néanmoins tenus de ne pas accepter des responsabilités au sein de l'organisation politique. cf. BOURDONCLE (R.), « De l'obligation de réserve qui s'impose aux fonctionnaires français », *D.*, 1960, chron. XXXVII, pp. 237-248, p. 40.

⁸²⁴ Cf. CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, PUF, 3^{ème} éd., 2002, 633 p., pp. 281-285.

remarquer que les parlementaires d'origine militaire, « autrefois classe dominante », ont quasiment disparu.⁸²⁵

2. Une limitation *rationae tempore* aux Etats-Unis.

Cette limitation semble plus souple que le régime français. Mais il ne s'agit que d'une souplesse de principe compte tenu des situations s'imposant aux agents civils.

a) Une limitation très étendue

Il n'existe pas d'interdiction d'adhérer à un parti politique. En réalité, la situation américaine est particulièrement complexe puisque l'adhésion à un parti politique n'est pas uniquement conçue comme l'inscription à adhérer à une association. De plus, il n'existe pas de forme unique pour les partis qui existent essentiellement suivant le droit des Etats.⁸²⁶ En droit positif, l'adhésion à un parti résulte simplement de la participation d'un électeur aux primaires d'un parti. Même si l'organisation politique peut prévoir une adhésion, notamment par cotisation, cette affiliation n'aura pas d'effets au moment des élections. Les dispositions législatives des Etats prévoient que les *due-paying members*⁸²⁷ n'auront pas de droit privilégié notamment pour désigner les

⁸²⁵ MENY (Y.), *Politique comparée*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2004, 488 p., p. 212. Il met en parallèle la quasi-disparition des élus nationaux qui appartiendraient à un clergé. Ce rapprochement, n'est pas inintéressant ici. Elle peut être interprétée comme une conséquence de l'instauration de la séparation du pouvoir temporel et du pouvoir religieux qui accompagne selon Hauriou la séparation des pouvoirs civil et militaires et la séparation du pouvoir politique et du pouvoir économique dans l'établissement du pouvoir d'Etat moderne. Cf. HAURIU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 1929, Librairie du Recueil Sirey, 2^{ème} éd., 1929, p. 109

⁸²⁶ LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 3^{ème} éd., 2004, 1060 p., p. 360.

⁸²⁷ TOINET (M.-F.), *Le système politique américain*, PUF, 2^{ème} éd., 1990, p. 504.

candidats du parti dans les primaires.⁸²⁸ Ainsi, la Cour suprême contrôle l'organisation de ces élections au regard de cette possibilité en se fondant sur « le droit de s'associer au parti de son choix ».⁸²⁹ La déclaration de son appartenance politique est assimilée à l'appartenance formelle à une association : les deux notions sont formulées sous le même terme, le *membership*.⁸³⁰ Dès lors, comme les militaires ont le droit de vote et que l'enregistrement est une procédure obligatoire, l'adhésion à un parti politique leur est permise. Pourtant au regard des différentes restrictions apportées à leur droit d'exercer des activités au sein d'un parti, c'est une interdiction par la privation d'effectivité de leur droit qui se dessine au regard du droit américain. En effet, la Cour suprême a pu juger que les restrictions apportées au droit de participer aux activités d'une association constituaient une atteinte au droit d'association. Elle a estimé que les femmes ne disposaient que d'un droit d'« adhésion passive » car elles n'avaient pas le droit de participer à la désignation des organes directeurs. Elle a ensuite considéré en 1984 qu'une telle limitation constituait une atteinte au droit d'adhésion tel que protégé par la Constitution.⁸³¹

Dans un premier temps, les usages militaires –dont la violation était susceptible de sanctions disciplinaires- prévoyaient comme en France une interdiction générale du droit d'adhérer à une organisation politique.⁸³² Ces usages ont été codifiés et généralisés en 1914⁸³³. La décision d'institutionnalisation a été prise par le Secrétaire Newton D. Baker. Le ministre a institutionnalisé cette coutume après que le Général Léonard Wood ait tenté d'être désigné comme candidat républicain aux

⁸²⁸ SEURIN (J.-L.), *La structure interne des partis américains*, PFNSP, 1958, 257 p. 41

⁸²⁹ Cf. par exemple *Kusper v. Pontikes*, 414 U.S. 57.

⁸³⁰ Cf. SEURIN (J.-L.), *ibid.*, pp. 30 et suivantes.

⁸³¹ *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609.

⁸³² VAGTS (D. F.), « Free Speech in the Armed Forces », *Columbia Law Review*, 1957, p. 197.

⁸³³ 1 *Jessup*, *ELIHU ROOT* 247 (1938)

élections présidentielles de 1920.⁸³⁴ Cette interdiction a été assouplie en apparence après la Seconde guerre mondiale. Le règlement militaire de 1950 interdisait seulement aux militaires de participer « aux campagnes, aux comités, ou aux conventions politiques »⁸³⁵ Les membres des forces armées ne pouvaient donc aucunement être membre actif d'un parti politique. Il faut néanmoins rappeler que leur droit de vote était également restreint. Dès lors ils se trouvaient privés de leur droit « initial » de s'associer au parti et de leur droit « actif » de voter aux élections primaires. Pourtant, alors que la loi fédérale leur garantit désormais le droit de vote, le même dispositif est repris par le droit actuel. La *Department of Defense Directive* 1344.10 précise qu'il est interdit aux membres des forces armées en situation d'activité, ainsi qu'aux réservistes servant plus de deux-cent soixante dix jours par an, de participer à certaines activités politiques. Le texte vise celles « liées ou relatives à la représentation de candidats ou liées ou relatives aux affaires spécialement identifiées avec les partis nationaux ou étatiques ou ainsi qu'aux organisations qui en sont dérivées ou qui leurs sont associées »⁸³⁶. La réglementation militaire, en outre, précise que sont incluses dans les activités interdites : la sollicitation de votes ou de contributions,⁸³⁷ l'exercice d'une fonction dans les partis politiques, les conventions ou les campagnes électorales⁸³⁸. Corrélativement, les militaires ne peuvent assister aux réunions politiques que comme spectateurs.⁸³⁹ De plus, ils ne peuvent prendre aucune part active au fonctionnement du parti. L'interdiction quasi générale qui en découle paraît d'autant plus restrictive quand elle est comparée à la législation s'appliquant aux agents civils.

⁸³⁴ VAGTS (D. F.), *op. cit.* Il a été écarté par la Convention.

⁸³⁵ AR 600-10 du 10 novembre 1950 désormais AR 600-20 *Army Command Policy* dont la dernière version est datée du 7 juin 2006.

⁸³⁶ DOD *Directive* 1344.10 du 10 août 2004, E 2.1.4. political activity : “activity supporting or relating to candidates representing, or issues specifically identified with national or State political parties and associated or ancillary organizations”.

⁸³⁷ AR 600-20 5.3. a.2.(a).

⁸³⁸ AR 600-20 5.3. a.2.(c).

⁸³⁹ AR 600-20 5.3. a.1.(c).

b) Une limitation ne s'appliquant pas aux agents civils

La réglementation concernant les agents publics civils ne leur imposait à l'origine que l'interdiction de participer « activement » aux partis politiques. Elle est désormais beaucoup plus libérale. Ils pouvaient donc en être membres. Le *Hatch Act*⁸⁴⁰ de 1939⁸⁴¹ est classiquement présenté comme la première tentative de limiter la politisation de ce système. Pourtant cette loi avait connu des précédents. Des mesures en ce sens avaient été prises depuis la présidence de Jefferson.⁸⁴² Il est vrai, néanmoins, que cette loi constitue un pallier dans la construction de la neutralité des agents publics américains. En effet, elle a été prise à la suite des excès constatés lors des campagnes électorales de 1936 et 1938.⁸⁴³ Outre le licenciement, la violation de cette loi pouvait entraîner des amendes et des peines de prison⁸⁴⁴. Ce dispositif interdisait, d'une part, aux agents de s'engager volontairement dans des activités politiques. D'autre part, elle sanctionnait le fait de contraindre d'autres agents à s'engager dans ce type d'activités.⁸⁴⁵ Les « activités politiques » en cause ont alors été définies comme « la participation active dans les appareils politiques ou dans les campagnes électorales ». Dès lors, cette définition excluait du champ d'application de cette législation tant le droit de vote que le droit de s'exprimer en privé et en public sur les questions politiques et des candidats.⁸⁴⁶ Afin d'assurer l'application

⁸⁴⁰ Du nom du Sénateur Carl Harch du Nouveau Mexique.

⁸⁴¹ *Act to Prevent Pernicious Political Activities*, Public Law n°76-252, 53 *Stat.*, 1148 § 9. Celle loi codifiait et étendait le champ d'application du *Rule I*, c'est-à-dire de l'Executive Order n° 642 du Président Théodore Roosevelt édicté en 1922.

⁸⁴² Qui le premier aurait édicté une circulaire interdisant aux agents fédéraux d'intervenir dans les campagnes électorales. Cf. BLOCH (S. J.), « The Judgement of History : Faction, Political Machines, and the Hatch Act », *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 2005, t. 7, p. 229.

⁸⁴³ BLOCH (S. J.), *ibid*, p. 232.

⁸⁴⁴ Art. 8 du *Hatch Act*.

⁸⁴⁵ Le choix d'interdire les deux ayant été fortement critiqué et justifié suivant la difficulté de déterminer la séparation entre action sous la contrainte et action volontaire. Cf. BLOCH (S. J.), *ibid*, pp. 231-233.

⁸⁴⁶ *Amendment to Act to Prevent Pernicious Political Activities*, Public Law n°76-753, 57 *Stat.* 767. Désormais il s'agit d'une « activité dirigée vers la victoire ou l'échec d'un parti

unitaire du texte, l'exécution a été laissée à une autorité administrative indépendante : la *Civil Service Commission*.⁸⁴⁷ Ces restrictions ont été validées à deux occasions par la Cour suprême dans les arrêts *United Public Workers v. Mitchell*⁸⁴⁸ en 1947 et par la décision *United States Civil Service Commission v. Letters Carriers*⁸⁴⁹. Dans ces deux arrêts, la Cour reconnaît, dans un premier temps, que les restrictions portent atteinte aux droits constitutionnels des agents publics garantis notamment par le Premier amendement.⁸⁵⁰ Toutefois, dans un deuxième temps de son raisonnement, la Haute juridiction estime que ces atteintes étaient justifiées par les nécessités de l'efficacité du service.⁸⁵¹ L'argument essentiel semblait être la relative ancienneté des mesures ayant cette finalité.⁸⁵²

Ce dispositif a néanmoins été modifié de façon assez importante en 1993⁸⁵³ malgré une opposition affirmée au Sénat.⁸⁵⁴ Cette loi⁸⁵⁵ libéralise complètement le dispositif pesant sur les agents publics. Désormais, les agents fédéraux sont en principe autorisés à prendre une part active dans la gestion des partis politiques et des campagnes. Seul demeure interdit le fait d'obliger d'autres agents à exercer des activités militantes. Ce régime ne se confond pas avec le système applicable aux militaires. Les restrictions s'appliquent donc à tous les agents civils fédéraux⁸⁵⁶, mais excluent expressément les militaires⁸⁵⁷. De plus,

politique, d'un candidat à un mandat politique ou d'un groupe politique » (« an activity directed toward the success or failure of a political party, candidate for partisan political office, or partisan political group ») suivant la réglementation posée au 5 C.F.R. 734.101

⁸⁴⁷ Devenue en 1978 le *Merit Systems Board Commission* par une loi de 1978 : *Federal Election Campaign Act Amendments of 1974*, Public Law n°93-443, 88 Stat. 1290 (1974) codifiée au 5 U.S.C. §§1501-1503.

⁸⁴⁸ 330 U.S. 75.

⁸⁴⁹ 413 U.S. 548.

⁸⁵⁰ 330 U.S. 75-95 et 413 U.S. 548- 564-567.

⁸⁵¹ 330 U.S. 75-99 et 413 U.S. 548- 564-567.

⁸⁵² Cf. BLOCH (S. J.), *ibid.*, p. 260.

⁸⁵³ *Hatch Act Reform Amendments of 1993*, Public Law n)103-94, 101 Stat., 1001 (1993) codifié au 5 U.S.C. §§ 7321-7326;

⁸⁵⁴ BLOCH (S. J.), *ibid.*, p. 235.

⁸⁵⁵ Que la Cour a validé en expliquant que *Hatch Act* en réalité ne limite pas les droits constitutionnels des agents mais au contraire les protège. *United States v. National Treasury Employees Union*, 513 U.S. 454 (1995).

⁸⁵⁶ 5 U.S.C. 7322 (1).

⁸⁵⁷ 5 U.S.C. 7322 (1).

l'interdiction pesant sur les militaires est générale alors que restrictions imposées aux agents civils dépendent de la catégorie à laquelle ils sont rattachés. La loi applique un système similaire à celles existantes en droit anglais. Suivant qu'ils soient dans la catégorie des « *less restricted employees* » ou dans la catégorie des « *further restricted employees* »⁸⁵⁸ les limitations sont modulées. Les agents de la première catégorie peuvent prendre des postes de responsabilité dans les appareils des partis.⁸⁵⁹ Ils peuvent également jouer un rôle dans les campagnes électorales.⁸⁶⁰ Toutefois, la recherche de financement leur reste interdite.⁸⁶¹ Enfin, la loi précise que ces activités doivent avoir lieu en dehors du service.⁸⁶² Les employés des agences intervenant dans le processus électoral et en matière de sécurité nationale sont ceux pour lesquels ces droits sont le plus restreints.⁸⁶³ Ils sont soumis aux mêmes interdictions qui viennent d'être évoquées. Mais, il leur est également appliqué des restrictions supplémentaires. Ils ne peuvent pas prendre de responsabilités ni exercer aucune fonction dans les partis ou pendant les campagnes politiques.⁸⁶⁴ Toutefois, ils conservent le droit de s'exprimer publiquement sur les questions politiques et sur les candidats à des élections politiques. Néanmoins, ils doivent s'exprimer en dehors de toute « entreprise commune » avec les partis et les candidats. De plus, ils doivent s'exprimer en dehors de toute activité partisane.⁸⁶⁵ Il n'y a donc rien de commun entre le système mis en place pour les agents civils qui est limité et gradué et celui mis en place pour les membres des Forces armées qui est total et général. Le même type de configuration peut être identifié au Royaume-Uni.

⁸⁵⁸ 5 *U.S.C.* 7323.

⁸⁵⁹ 5 *U.S.C.* 7324.

⁸⁶⁰ 5 *U.S.C.* 7325.

⁸⁶¹ 5 *U.S.C.* 7323 (a)

⁸⁶² 5 *U.S.C.* 7323 (a) notamment par des sollicitations adressées aux usagers. Cf. BLOCH (S. J.), *ibid.*, pp. 241-245.

⁸⁶³ Une liste est établie au 5 *U.S.C.* 7323 (b) (2) (B).

⁸⁶⁴ 5 *U.S.C.* 7323 (b) (2) (A) précisé par le 5. *C.F.R.* §§ 734.409-734.411.

⁸⁶⁵ *Blaylock v. United States Merit Sys. Board*, 851 *F. 2d* 1348, (11ème Cir. 1988) et *Biller v. U.S. Merit Sys. Board*, 863 *F.SD*1079 (2d Cir. 1988).

B. Une interdiction globale en Grande Bretagne confirmant l'existence d'un statut politique militaire.

La législation britannique interdit aux militaires d'adhérer aux partis politiques. Alors que le Royaume-Uni est considéré comme organisant le système de neutralité politique des agents civils le plus exigeant, les restrictions imposées aux membres des forces armées ne trouvent pas d'équivalent dans le statut des agents civils. Dès lors le système anglais confirme la singularité du *status politique* du militaire.

1. Une interdiction s'appliquant essentiellement aux militaires.

Les restrictions appliquées aux membres des forces armées du Royaume prennent trois formes différentes. En premier lieu, le droit britannique interdit l'adhésion ou la participation aux activités d'un parti politique aux militaires. En second lieu, ils ne doivent pas participer à des marches ou à des manifestations politiques.⁸⁶⁶ En troisième lieu, la présence aux meetings est néanmoins autorisée si l'uniforme n'est pas porté et que cela ne porte pas atteinte au fonctionnement régulier du service.⁸⁶⁷ L'organisation des partis politiques britanniques peut néanmoins poser problème. En effet, le parti travailliste peut recevoir des

⁸⁶⁶ *Queen's Army regulation* 1975, Part 14, J5.581 a) "Regular Service personnel are not to take any active part in the affairs of any political organisation, party or movement. They are not to participate in political marches or demonstrations".

⁸⁶⁷ *Queen's Army regulation* 1975, Part 14, J5.581 b) No restriction is to be placed upon the attendance at political meetings of such personnel provided that uniform is not worn, Service duties are not impeded, and no action is taken which would bring the Service into disrepute.

adhésions indirectes à travers les affiliations des syndicats. Or les membres des forces armées peuvent adhérer à des syndicats. Il faut toutefois rappeler que la double adhésion n'est plus obligatoire depuis 1927.⁸⁶⁸ Ces interdictions se distinguent de celles pesant sur les agents du *civil service*. La rupture entre le régime des agents civils et des militaires est ici patente. Pour ceux-là, le régime est déterminé suivant un schéma similaire à celui qui établit leur droit d'être candidat à des élections.⁸⁶⁹ En principe, le droit d'adhérer à un parti est autorisé.⁸⁷⁰ Seuls les officiers de police sont globalement privés de ce droit.⁸⁷¹ Il s'agit d'« éviter qu'un policier ne fasse quoi que ce soit qui affecte son impartialité ou son apparence d'impartialité »⁸⁷². De façon plus spécifique, les emplois « vitaux pour les intérêts de l'Etat » ne doivent pas être occupés par des agents appartenant ou ayant appartenu à des organisations qui ont tenté de remettre en cause la démocratie parlementaire.⁸⁷³

Des restrictions peuvent néanmoins être apportées à l'exercice actif de ce droit aux « activités politiques ». Le *Civil service management code* les définit de la façon suivante : « a) au niveau national : exercer une fonction dans l'organisation d'un parti politique

⁸⁶⁸ DUVERGER (M.), *Les partis politiques*, Points, 1981, 565 p., p. 137.

⁸⁶⁹ Cf. *Civil service management code* § 4.4.

⁸⁷⁰ BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Pearson Longman, 13ème éd., 2003, 880 p., p. 280 et FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Londres, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2002, p. 791. Les cadres des collectivités locales disposent de ce droit même si elles ne peuvent pas l'exercer de façon active. Le *Local Government Housing Act* du 16 novembre 1989 étant resté muet sur la question ; Le paragraphe 1^{er} des *Local Government Officers (Political Restrictions) Regulations* du 4 octobre 1990, *Statutory Instrument*, n°851 reprennent les restrictions posées par *Civil service management code*. Cf. *NALGO v. Environment Secretary*, et EWING (K. D.), *Industrial Law Journal*, 1990, t. 19, p. 111 surtout p. 119.

⁸⁷¹ *Police Regulations* du 5 mars 2003, *Statutory Instruments*, n°527, Sch. 1 n°1.

⁸⁷² *Champion v. Chief Constable of Gwent* [1990], 1 *All. E.R.*, 116 : « to prevent a police officer doing anything which affects his impartiality or his appearance of impartiality ».

⁸⁷³ Politique explicitée par une réponse écrite du Premier ministre J. Major en 1994 à une question d'un membre de la Chambre des Communes. *HC. Debs.*, vol. 251, colonnes, 764-6, 15 décembre 1996. Cf. MORRIS (G. S.), « Political activities of civil servants and freedom of expression », in LOVELAND (J.), *Importing the First Amendment*, Oxford Evanston, p. 200.

qui concerne partiellement ou en totalité la politique du parti touchant le Parlement ou le Parlement européen ; s'exprimer publiquement sur des questions qui font l'objet d'une controverse nationale ; exposer une opinion sur de telles questions dans des lettres à la presse des livres ou des tracts ; être annoncé publiquement comme candidat au Parlement ou au Parlement européen ; faire du démarchage électoral au nom d'un candidat ou d'un parti politique : et b) au niveau local : être candidat ou être coopté pour une autorité locale ; exercer une fonction dans l'organisation locale d'un parti politique qui concerne partiellement ou en totalité la politique locale d'un parti ; s'exprimer publiquement sur des questions qui font l'objet d'une controverse locale ; exposer une opinion sur de telles questions dans des lettres à la presse des livres ou des tracts ; faire du démarchage électoral au nom d'un candidat à une élection locale ou d'une organisation politique locale ». ⁸⁷⁴

Ces activités politiques ne sont pas également restreintes pour les agents publics civils britanniques. Comme en matière d'éligibilité, la liberté reconnue aux *civil servants* en matière d'« activités politiques » dépend de la catégorie à laquelle ils appartiennent. En premier lieu, les agents d'exécution des ministères peuvent participer à ce type d'activité aussi bien au niveau local que national. En second lieu, ceux de la catégorie intermédiaire, peuvent être autorisés à exercer des responsabilités dans un parti politique, soit par leur réglementation collective soit sur décision individuelle s'ils interviennent dans un

⁸⁷⁴ *Civil service management code* § 4.4.1 : « a. at national level: holding, in a party political organization, office which impinges wholly or mainly on party politics in the field of Parliament or the European Parliament; speaking in public on matters of national political controversy; expressing views on such matters in letters to the Press, or in books, articles or leaflets; being announced publicly as a candidate for Parliament or the European Parliament; and canvassing on behalf of a candidate for Parliament or the European Parliament or on behalf of a political party; and b. at local level: candidature for, or co-option to, local authorities; holding in a party political organization, office impinging wholly or mainly on party politics in the local field; speaking in public on matters of local political controversy; expressing views on such matters in letters to the Press, or in books, articles or leaflets; and canvassing on behalf of candidates for election to local authorities or a local political organization ».

domaine sensible⁸⁷⁵. En dernier lieu, seuls les *Senior Civil Service Servants* et les corps de responsabilité équivalente se voient interdire –en principe- toute activité politique nationale. Cette interdiction s’applique qu’il s’agisse de prendre une responsabilité dans un parti politique ou de s’exprimer sur une question, objet d’une controverse politique. Ces agents peuvent néanmoins demander la permission de prendre part à des activités politiques locales.

2. Une différence relevant le caractère institutionnel de la restriction pesant sur les militaires.

Le régime des agents publics civils est donc beaucoup plus libéral que celui qui s’applique aux militaires. De plus, la finalité des limitations en vigueur peut difficilement être rapprochée avec celle des militaires. En effet, il est clair que pour les *civil servants* ces limitations sont essentiellement destinées à assurer la neutralité des agents qui sont en contact avec les éléments extérieurs au système administratif. Ces éléments extérieurs sont au nombre de trois selon la doctrine : membres du Cabinet, usagers, médias.⁸⁷⁶ En revanche, la limitation du droit d’adhérer à un parti politique concerne tous les militaires. Donc, pour les membres des forces armées, cette restriction n’est pas déterminée par la fonction mais par la qualité. En outre, l’absence d’« usager » de l’institution militaire conduit à penser que la limitation imposée n’est pas orientée vers l’extérieur. En effet, l’institution militaire se caractérise par l’absence de « contacts »⁸⁷⁷ directs. Contrairement aux autres administrations, il n’existe donc pas d’usagers⁸⁷⁸. Dès lors, les limitations

⁸⁷⁵ Décision qui doit être motivée et qui est susceptible d’appel devant le *Civil Service Appeal Broad*, qui intervient également en matière de candidatures.

⁸⁷⁶ En ce sens : BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *op. cit.* et FELDMAN, *op. cit.*.

⁸⁷⁷ En ce sens cf. par exemple BRACONIER (S.), *Droit des services publics*, 2003, PUF, 531 p., p. 209.

⁸⁷⁸ A moins que dans un système de conscription il ne soit considéré que les appelés sont des usagers, ce qui semble assez discutable au regard du droit positif qui les assimilait généralement aux militaires professionnels notamment pour les règles disciplinaires et en

de l'activité politique ne peuvent être fondées sur la simple neutralité imposée à l'agent public civil. Il ne peut exprimer son opinion politique afin de préserver la liberté de l'utilisateur avec lequel il est en contact. Il faut donc chercher une autre finalité à la limitation des droits politiques des militaires. Celle-ci prend toute son envergure si l'on s'intéresse au rôle des partis politiques dans les trois systèmes constitutionnels étudiés.

Section II. La portée unifiante de cette restriction.

Le caractère spécifique de la limitation des droits politiques des militaires est confirmé si l'on prend en compte la fonction de « structuration de la vie politique »⁸⁷⁹ qui est attribuée aux partis politiques dans les démocraties contemporaines. La science politique distingue trois rôles : « agents de socialisation », « forums publics » et machines « électorales ».⁸⁸⁰ Ce sont surtout les implications en matière électorale qui sont déterminantes⁸⁸¹. La limitation apportée à l'adhésion aux partis politiques a pour conséquence d'aligner le statut des militaires

matière de pension. Cf. soutenant ce point de vue CHEVALLIER (J), , in LETERRON (R.), *La liberté d'expression des militaires en uniforme*, Economica, 2000, 569 p., pp. 81-85.

⁸⁷⁹ DENQUIN (J.-M.), *Science politique*, PUF, 5^{ème} éd., 1996, 496 p., p. 356.

⁸⁸⁰ Cf. par exemple BRAUD (Ph.), *Sociologie politique*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2004, 710 p., p. 448.

⁸⁸¹ Ce choix est déterminé par l'objet de la recherche mais également par l'atrophie des autres rôles cf. DENQUIN (J.-M.), *op. cit.*, pp. 366 et s.

dans les trois Etats étudiés. En effet, combinée aux restrictions sur le droit de candidature, l'interdiction aboutit à l'inéligibilité des membres des forces armées dans les trois systèmes. Cela suppose de démontrer au préalable le rôle déterminant des partis politiques dans les trois systèmes. De cette uniformité, il est enfin possible de commencer à démontrer l'existence d'un statut politique du militaire incompatible avec le statut d'élus.

A. Le rôle déterminant des partis politiques dans les trois systèmes

Le quasi monopôle des partis dans le processus de sélection des candidats se vérifie particulièrement aux Etats-Unis où les organisations politiques se sont construites autour de cette finalité.⁸⁸² Cette fonction ne s'est développée réellement au Royaume-Uni qu'à partir du moment où les deux forces majeures -Conservateurs et Libéraux- ont dû se transformer au moins partiellement en partis de masse à la fin du XIXe siècle.⁸⁸³ Or la désignation des candidats aux élections par les organisations politiques se combine avec une tendance électorale pour devenir un moment essentiel du processus électoral Aux Etats-Unis comme au Royaume-Uni, la participation à la sélection des candidats au sein des partis est plus déterminante encore que les élections compte tenu de la stabilité d'une partie importante des circonscriptions. Ce phénomène de relative stabilité revêt une signification particulière aux Etats-Unis du fait de son instrumentalisation par les organisations politiques elles-mêmes. Le choix des candidats, notamment ceux qui postulent à la Chambre des Représentants⁸⁸⁴ et aux organes législatifs

⁸⁸² AVRIL (P.), *Essais sur les partis politiques*, Petite Bibliothèque Payot, 1990, 222 p., pp. 55-59.

⁸⁸³ *Ibid*, pp. 56-57.

⁸⁸⁴ Et pas au Sénat puisque les membres de la Chambre Haute américaine sont élus au scrutin nominal à un tour sur l'ensemble de l'Etat. LAUVAUX (Ph.), *op. cit.*, p. 296.

étatiques y est d'une particulière importance. En effet, le *gerrymandering*⁸⁸⁵ est utilisé pour assurer la stabilité des mandats. Cette pratique, prend la forme d'entente entre les deux principaux partis⁸⁸⁶ dans les législatures des États.⁸⁸⁷ L'entente obtenue permet alors de déterminer des circonscriptions électorales qui en principe seront favorables à l'un ou l'autre parti.

Or le *political gerrymandering* semble en effet se développer de façon croissante.⁸⁸⁸ Il semble concerner 60% des circonscriptions électorales⁸⁸⁹. De plus, alors que le développement des sondages facilite⁸⁹⁰ cette pratique, la Cour suprême par une décision *Vieth v Jubelirer*⁸⁹¹ a confirmé l'immunité de cette pratique contre une éventuelle sanction juridictionnelle. Dans cette décision rendue à cinq voix contre quatre, le juge suprême américain a considéré qu'il revenait au Congrès de lutter contre de telles pratiques. C'était attribuer la compétence aux républicains et aux démocrates de limiter la sécurité de leurs mandats. Toutefois, ce phénomène est bien sur modéré par l'institutionnalisation des primaires. Surtout, il a été remarqué que l'investiture n'impliquait pas nécessairement l'adhésion préalable à un parti. Il arrive que postulent aux primaires des individus qui n'ont pas de véritable passé militant.⁸⁹² Le cumul de ces dispositions devrait donc être favorable aux militaires. Toutefois, il faut rappeler que le droit américain vient briser cette logique. Comme il a été montré précédemment, l'article

⁸⁸⁵ Dont les finalités pouvaient être autres comme le maintien de clivage racistes Cf. ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 1999, 642 p., p. 512 et 514-518.

⁸⁸⁶ LEVINSON (D. J.) et PILDES (R. H.), "Separation of Parties not Powers", *Harvard Law Review*, 2006, vol. 119, p. 2335.

⁸⁸⁷ LAUVAUX (Ph.), *op. cit.*, p. 293.

⁸⁸⁸ ISSACHAROFF (S.), « Gerrymandering and Constitutional Cartels », *Harvard Law Review*, 2002, pp. 612-630.

⁸⁸⁹ LEVINSON (D. J.) et PILDES (R. H.), *op. cit.*, p. 2380.

⁸⁹⁰ PILDES (R. H.), "The Supreme Court 2003 Term. A foreword : The Constitutionalization of Democratic Politics", *Harvard Law Review*, 2004, vol. 118, p. 56.

⁸⁹¹ 124 S.C. 1769 (2004) C'était la deuxième occasion où la Cour se prononçait en la matière. La première décision datait de 1986 : *Davis v. Bandemer*, 418 U.S. 109 cité in PILDES (R. H.), *ibid*, p. 56.

⁸⁹² Cf. par exemple BECQUART-LECLERCQ (J.), « Les partis politiques aux Etats-Unis. Force et faiblesse d'une organisation territoriale », *R.D.P.*, 1982, p. 696.

4.2. de la *Directive of Department of Defence* n°1344.10 pose pour principe l'interdiction d'être candidat à une fonction électorale.

De l'autre côté de l'Atlantique, le Parlement britannique a progressivement mis fin à la pratique anglaise du *gerrymandering* en confiant le découpage des circonscriptions à une commission indépendante.⁸⁹³ Néanmoins, le rôle des partis reste également déterminant. Dans le système britannique, les candidatures indépendantes sont en principe également vouées à l'insuccès.⁸⁹⁴ Ainsi, aux élections parlementaires de 2001 un seul siège a été gagné par un candidat indépendant.⁸⁹⁵ De plus, l'organisation des circonscriptions aux élections parlementaires fait de la sélection des candidats un moment déterminant du processus électoral. En effet, la stabilité électorale des opinions politiques a pour conséquence que plus de la moitié des sièges sont des « *safe seats* ». ⁸⁹⁶ Dans ces circonscriptions l'un des deux partis dispose d'une majorité lui assurant une victoire quasi systématique. Dès lors l'investiture devient le moment essentiel dans la désignation des parlementaires.⁸⁹⁷ Le rôle déterminant de cette phase pré-électorale dans le processus de désignation du Parlement est pris en compte par la réglementation de la situation des militaires. En effet, comme aux Etats-Unis, ils se voient interdire de rechercher une investiture.⁸⁹⁸ Le rôle des partis ne s'épuise pas toutefois dans les élections. En conséquence, la restriction portée à la participation des militaires s'en trouve élargie. En premier lieu, les partis politiques jouent un rôle fondamental la nomination des nouveaux membres à la Chambre des Lords.⁸⁹⁹ En second lieu, dans le système britannique contemporain, la configuration

⁸⁹³ LAVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 3^{ème} éd., 2004, pp. 504-506.

⁸⁹⁴ LAVAUX (Ph.), *ibid.*, p. 540.

⁸⁹⁵ BRADLEY (A. W.) et EWING (K. D.), *op. cit.*, p. 155.

⁸⁹⁶ MENY (Y.), *op. cit.*, p. 205.

⁸⁹⁷ CHARLOT (M.), *Le pouvoir politique en Grande-Bretagne*, PUF, 2^{ème} éd., 1998, 361 p., p. 196.

⁸⁹⁸ Cf. *supra*

⁸⁹⁹ BRADLEY (A. W.) et EWING (K. D.), *op. cit.*, p. 155.

du pouvoir -dans laquelle le Cabinet est à la fois un prolongement et l'état-major de la majorité parlementaire⁹⁰⁰- fait de la participation à la structure du parti un élément essentiel du système. Ainsi, Dicey expliquait en 1915 que l'accroissement du rôle des partis constituait un des changements essentiels dans la structure constitutionnelle anglaise : la composition du Cabinet était désormais déterminée par les hommes qui conduisaient le parti majoritaire.⁹⁰¹

Le système français est celui dans lequel l'importance des partis dans le processus électoral semble le plus difficile à saisir par une analyse institutionnelle. Des phénomènes tels que le *gerrymandering* sont difficiles à appréhender. En effet, cette notion n'a pas acquis de statut juridique en France. Cela s'explique notamment par la réticence du juge électoral français à intervenir en la matière. L'ensemble des juridictions compétentes en la matière raisonnent de façon identique.⁹⁰² D'autre part, l'intégration des partis politiques en tant qu'organes publics a été explicitement écartée.⁹⁰³ La domination des partis sur la sélection des candidats serait donc uniquement un fait sociologique. Toute une série de données juridiques peuvent même être interprétées comme allant à l'encontre d'une participation des partis au processus électoral : l'interdiction du mandat impératif⁹⁰⁴, le recours au scrutin uninominal majoritaire pour l'élection des députés, la première interprétation de l'article 4 de la Constitution⁹⁰⁵. Pourtant d'autres indices montrent bien que les partis sont reconnus comme étant des acteurs essentiels des

⁹⁰⁰ Cf. BAGEHOT, *La constitution anglaise*, 1867, (trad.), Germer Baillière, 1869, pp. 14-17.

⁹⁰¹ DICEY (A. V.), *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 8^{ème} éd., 1915, (rééd., Etats-Unis, Indianapolis, Liberty Found, 1982), 435 p., p. LXXXIII.

⁹⁰² ZOLLER (E.), *op. cit.*, pp. 519-524.

⁹⁰³ Cf. AVRIL (P.), p. 142.

⁹⁰⁴ Interdiction qui a donc été réorientée : AVRIL (P.), *op. cit.*, pp. 126-127.

⁹⁰⁵ Cf. BIDEGARAY (C.), « « Du confessionnal et du diable », Réflexions sur le statut des partis politiques quarante ans après la fondation de la Ve République », *R.D.P.*, 1998, pp. 1810-1830, p. 1813 et GOHIN (O.), « L'encadrement des partis en droit français », BOUTIN (C.) et ROUVILLOIS (F.) (dir.), *Partis politiques et démocratie – Inséparables mais incompatibles ?*, François Xavier de Guibert éd., 2005, 348 p., pp. 207-210.

opérations électorales.⁹⁰⁶ Comme aux Etats-Unis⁹⁰⁷ et au Royaume-Uni⁹⁰⁸, la pièce maîtresse⁹⁰⁹ du processus réside l'encadrement du financement des campagnes. Plus précisément, la prépondérance du rôle des partis est garantie par le monopôle qui leur est accordé –au sein des personnes morales- pour financer les candidats aux élections suivant l'article 52-8 du Code électoral⁹¹⁰. Dès lors, la sélection des candidats, notamment aux élections nationales, est l'affaire des organisations. La mutation de ceux-ci de « partis de notables » en « partis de masse » n'a pas essentiellement modifié les choses : pour les élections nationales, le centre de décision s'est déplacé du niveau local au niveau national.⁹¹¹

Il reste que comme aux Etats-Unis, l'adhésion à un parti politique est une condition nécessaire pour pouvoir obtenir le soutien d'un parti politique. C'est la sociologie politique qui permet alors de comprendre le système de contraintes qui empêche le militaire de se présenter aux élections. Certes, il existe des phénomènes d'investitures de candidats

⁹⁰⁶ Accès privilégié aux médias (art 167-1 C. électoral), règle des 500 signatures pour l'élection présidentielle COLLIARD (J.-C.), « Les partis politiques oubliés des libertés publiques », in *Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Pédone, 1984, pp. 405-422, pp. 410 et 414.

⁹⁰⁷ Ainsi le *Federal Elections Campaign Act* de 1972 a eu pour effet d'accroître le rôle des partis dans les campagnes électorales puisqu'ils pouvaient bénéficier plus facilement des dons particuliers alors que les candidats eux-mêmes étaient désormais limités. Cf. FALLON (R. H.), *The dynamic constitution*, New-York, Cambridge University Press, 2004, 336 p., p. 222.

⁹⁰⁸ Au Royaume-Uni, les candidats aux élections parlementaires sont depuis longtemps limités dans les dépenses qu'ils peuvent réaliser lors des campagnes électorales. En revanche, les partis politiques ne connaissaient pas ce genre de limite jusqu'à ce que soit voté le *Political Parties Referendums and Elections Act 2000 ("PPERA")*. Afin de favoriser l'aspect individuel des élections et de réduire la place des campagnes nationales menées par les partis, une proposition de réforme a été réalisée en 2004. Le projet proposé restreindrait les dépenses autorisées pour les partis mais augmenterait le plafond imposé aux candidats. Cf. ROWBOTTOM (J.), « the electoral commission's proposals on the funding of political parties », *Public Law*, 2005, pp. 468-475, pp. 469-470.

⁹⁰⁹ En ce sens COLLIARD (J.-C.), « La liberté des partis politiques », in ROBERT (X.), *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, 569 p., pp. 81-99, p. 86.

⁹¹⁰ Etabli par la loi du 19 janvier 1995 : « Les personnes morales, à l'exception des partis ou groupements politiques, ne peuvent participer au financement de la campagne électorale d'un candidat, ni en lui consentant des dons sous quelque forme que ce soit, ni en lui fournissant des biens, services ou autres avantages directs ou indirects à des prix inférieurs à ceux qui sont habituellement pratiqués ». Selon la loi antérieure, les personnes morales de droit privé pouvait contribuer mais de façon restreinte, sous réserve de respecter un plafond qui n'existait pas pour les partis politiques. Cf. CAMBY (J.-P.), *Le Conseil constitutionnel juge électoral*, Dalloz, 2004, 224 p., p. 156.

⁹¹¹ MENY (Y.), *op. cit.*, p. 201.

hétérogènes.⁹¹² Deux modèles d'accès à l'investiture peuvent être distingués.⁹¹³ D'un côté, existe l'idéal-type d'un cursus progressif qui implique un avancement dans les différents échelons du parti politique. De l'autre côté, l'accès à la candidature peut résulter d'une adhésion directe au sein des organes de direction.

Toutefois, ces investitures extérieures passent par l'adhésion formelle au parti. D'autre part, ce type de pratique constitue l'exception. En effet, l'endorecrutement des candidats constitue une des conditions essentielles de maintien des partis politiques. L'investiture de militants internes constitue l'un des éléments de cohésion d'une formation politique. Comme cela a pu être démontré, l'investiture constitue la rétribution maximale. Parce qu'elle constitue la motivation ultime du militant, elle permet de perpétuer sa présence dans l'appareil.⁹¹⁴ Or les membres des forces armées, ne peuvent adhérer que quinze jours avant le début des campagnes électorales : en conséquence ils sont exclus d'une investiture –notamment pour les élections nationales- qui sera par principe réservée aux candidats ayant déjà milité pendant des années. Privés en principe du soutien des partis politiques, les militaires ne pourront donc pas participer réellement aux élections politiques qu'en tant qu'indépendants dans un ordre juridique électoral construit pour assurer la médiation obligatoire des partis. En conséquence, les statuts des forces armées des trois Etats étudiés pris comme un ensemble aboutissent au même résultat : l'inéligibilité organisée directement ou indirectement.

B. Des restrictions obérant la participation des militaires à la désignation des représentants.

⁹¹² CAPORAL (S.), « Robert Michels : actualité de l'oligarchie dans les partis », in BOUTIN (C.) et ROUVILLOIS (F.) (dir.), *Partis politiques et démocratie – Inséparables mais incompatibles ?*, François Xavier de Guibert éd., 2005, 348 p., pp. 191-192.

⁹¹³ BRAUD (Ph.), *Sociologie politique*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2004, 710 p., p. 513.

⁹¹⁴ GAXIE (D.), « Economie des partis et rétributions du militantisme », *R.F.S.P.*, 1977, pp. 123-154, pp.139-140.

La limitation apportée au droit d'adhérer à un parti politique a en principe un effet important également sur la liberté du choix des gouvernants. En effet, si les partis politiques désignent les candidats, c'est de plus en plus par des procédures démocratiques internes. Il est vrai néanmoins que ces procédures sont partiellement limitées par des phénomènes annexes. D'un côté, le rôle des partis dans la sélection des candidats a été fortement neutralisé par l'étatisation des primaires aux États-Unis. De l'autre, la « loi d'airain de l'oligarchie » en oeuvre dans les partis politiques relativise la distinction « partis de masse » sur celle des « partis de cadres ». Cet alignement permet alors une analyse générale du rôle des militants dans la désignation des candidats. Dans les trois systèmes constitutionnels étudiés, les organes dirigeants jouent un rôle déterminant dans la sélection des candidats. Au regard de ce dernier phénomène, la diminution de la capacité politique des militaires joue encore puisqu'ils ne peuvent pas participer à ce processus de sélection oligarchique.

La critique démocratique⁹¹⁵ des procédures de sélection interne que représentaient les *caucus* puis les *conventions* a conduit à la généralisation des primaires⁹¹⁶ à partir du début du XXe siècle.⁹¹⁷ Dès lors, le rôle des structures des partis est désormais assez restreint suivant que les candidats internes aux élections primaires sont désignés par une convention du parti ou par pétition déposée par un nombre déterminé d'électeurs⁹¹⁸ et qu'il s'agisse d'un système de primaires fermées (choisies dans une vingtaine d'Etats actuellement⁹¹⁹) ou de primaires ouvertes (utilisées dans la moitié des Etats désormais⁹²⁰). L'influence de l'appareil des partis varie toutefois suivant le système choisi. Lors des

⁹¹⁵ AVRIL (P.), *op. cit.*, pp. 49-52.

⁹¹⁶ On sait que les tentatives d'étatiser un tel système a échoué faute d'un réel consensus en France. Cf. MAUS (D.), « Les primaires privées face à la Constitution », in *Mélanges Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, pp. 373-387.

⁹¹⁷ SEURIN (J.-L.), *La structure des partis politiques*, A. Colin, 1958, 267 p., p. 12.

⁹¹⁸ LAUVAUX (Ph.), *op. cit.*, p. 362.

⁹¹⁹ LEVINSON (D. J.) et PILDES (R. H.), *op. cit.*, p. 2381

⁹²⁰ LEVINSON (D. J.) et PILDES (R. H.), *ibid.*.

primaires ouvertes, aucune preuve d'affiliation n'est exigée.⁹²¹ En principe les électeurs interviennent librement dans les désignations des candidats. Toutefois, l'appartenance à un parti politique est plus importante lorsqu'il s'agit de primaires fermées. Pour pouvoir participer à celles-ci, l'électeur doit en effet manifester son adhésion de façon publique.⁹²² La technique utilisée est généralement celle du « challenge ». Les institutions qui utilisent cette technique exigent un engagement public comme préalable à l'inscription sur les listes en question. Les militaires ne sont véritablement diminués dans l'exercice de leur droit de vote que dans une des deux techniques qui est utilisée pour mettre en place ces élections : celle de l'enrôlement. Lorsque les primaires sont organisées sur ce modèle, alors l'électeur doit s'inscrire d'abord sur les registres du parti.⁹²³ Or cette dernière opération est en principe exclue pour les membres des forces armées. En somme, la restriction apportée aux droits politiques des militaires resterait assez relative puisqu'elle ne concerne essentiellement que les primaires fermées.

La portée de la limitation apportée au droit des militaires est toutefois en train de prendre une toute autre envergure. Depuis la décision *California Democratic Party v. Jones*⁹²⁴ de 2000, les partis politiques peuvent écarter les primaires ouvertes comme étant inconstitutionnelles. En effet, la Cour a décidé dans cette décision que les partis politiques disposaient de la même liberté d'association que les autres groupements. Il en résulte que cette liberté implique le droit de décider qui pouvait devenir membre d'un parti politique.⁹²⁵ Une décision

⁹²¹ SEURIN (J.-L.), *ibid.*, p. 32.

⁹²² SEURIN (J.-L.), *ibid.*, p. 32.

⁹²³ SEURIN (J.-L.), *ibid.*, 257 p. 36. Ces différentes méthodes semblent avoir été maintenues. Cf. PERSILY (N.), « Toward a functional defence of political party autonomy », *New York University Law Review*, 2001, juin, pp. 750-810, p. 765.

⁹²⁴ 530 U.S. 567 (2000)

⁹²⁵ 530 U.S. 567, 577.

plus récente *Clingman v. Beaver*⁹²⁶ confirme cette tendance à concevoir les partis politiques comme des associations fermées. Dans cette décision, la Cour déclare constitutionnelle la législation de l'Oklahoma. Celle-ci empêchait les partis de cet Etat d'ouvrir leurs primaires aux électeurs affiliés à d'autres partis. Dans un premier sens, cette décision paraît aller à l'encontre des droits politiques des partis puisqu'ils ne peuvent pas déterminer librement les personnes qui peuvent participer à leurs élections primaires⁹²⁷. Néanmoins, le résultat obtenu est tout autre puisque cela revient à écarter les personnes non affiliées. Donc les relations entretenues internes à l'organisation deviennent déterminantes. En somme le rôle de la « machine »⁹²⁸, des cadres militants- est fortement renforcé dans la détermination des candidats aux élections. En conséquence, la liberté de choix des militaires -par principe exclus- est encore plus limitée.

Le droit anglais n'a pas établi de législation spécifique sur les partis. Tant qu'ils respectent les valeurs démocratiques, l'Etat n'intervient pas. Il est vrai qu'une telle implication se révèle difficile puisque les associations politiques peuvent prendre les formes qu'elles souhaitent. Ainsi le Parti conservateur a-t-il été structuré jusqu'en 1998 en un trinôme auquel la *Court of Appeal* a refusé la personnalité juridique.⁹²⁹ A côté du regroupement des parlementaires conservateurs et d'une structure légère –le *Conservative Central Office*- coexistait un ensemble d'associations nationales et locales dont l'unité n'était assurée que par le *party leader* élu parmi les membres du Parlement. La structure du Parti Travailleuse n'était pas à l'origine si éloignée. Certes dès 1918 cette organisation a pris la forme d'une association nationale. Toutefois,

⁹²⁶ 544 U.S. 581 (2005), 125 S. Ct. 2029

⁹²⁷ C'est d'ailleurs le sens de l'opinion dissidente du *Justice* 125 S. Ct. 2049

⁹²⁸ OSTROGORSKI (M.), *La démocratie et les parties politiques*, 1912, rééd. Fayard, 1993, 764 p., p. 496.

⁹²⁹ Une "unincorporated association", *Conservative and Unionist Central Office v Burrell* [1982] 2 All. E.R.1 (Court of Appeal).

cette association était composée de membres individuels mais également des *Trade Unions* et d'autres groupements.⁹³⁰

Or même au sein de ce système, les militaires sont exclus du choix des candidats puisqu'ils ne peuvent pas participer à la vie interne des associations politiques. En effet, ne participent à la désignation des candidats que les adhérents aux associations locales. Les règles internes des partis exigent que toute nomination ou désignation pour une candidature électorale ne puisse être accordée qu'à des membres des associations. Cela exclut donc les investitures extérieures.⁹³¹ Jusqu'aux années soixante, les procédures étaient assez proches pour les deux grands partis : une première sélection des postulants était réalisée par un groupe de responsables locaux avant que le choix définitif ne soit établi par un comité de circonscription sous réserve d'un certain contrôle du niveau national. Ce contrôle s'est en partie démocratisé, soit par l'utilisation de primaires fermées, soit par une intervention plus contrôlée du niveau central.⁹³² Toutefois, et dans le sens des recherches de R. Michels⁹³³, il ne faut pas donner une importance démesurée à l'organisation juridique de la sélection des candidats. Lorsque les statuts ne sont pas respectés, comme lors de la désignation de J. Major comme successeur de M. Thatcher, aucun recours n'a été déposé. En conséquence, la doctrine anglaise attribue une faible importance aux règles internes aux partis politiques.⁹³⁴

En France, d'un point de vue historique, le rôle des militaires dans la désignation des candidats des partis politiques n'a vraiment de sens que depuis la restauration de leur droit de vote en 1944. Sous la Quatrième République, si le rôle des partis est déterminant, les conclusions concernant la désignation des candidats sont difficiles à

⁹³⁰ CHARLOT (M.), *op. cit.*, p. 103.

⁹³¹ CHARLOT (M.), *ibid*, p. 102.

⁹³² CHARLOT (M.), *ibid*, pp. 195-203.

⁹³³ MICHELS (R.), *Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques de l'organisation*, 1911, trad. Française, Flammarion, 1971, 309 p.

⁹³⁴ LOVELAND (I.), *Constitutional Law*, Londres, Butterworth, 1996, p. 270.

établir. Il ne paraît pas pour autant possible d'en déduire immédiatement que la prohibition d'adhérer à un parti politique entraîne pour les militaires une restriction importante du droit de choisir les représentants. En effet, pour déduire que l'interdiction d'adhérer à un parti politique ait une conséquence sur la désignation des gouvernants⁹³⁵ dans un régime parlementaire, cela suppose que la majorité des élus au Parlement soient issus de partis pratiquant une forme de démocratie interne. Or celle-ci est loin d'être systématique. Ainsi, les formations politiques sous la Quatrième République ne pratiquaient pas de telles élections. Les petits partis –par essence oligarchiques- constituaient l'essentiel des organisations politiques.⁹³⁶

En revanche, la Cinquième République a inversé la logique. Les « partis de masse » ont progressivement joué un rôle primordial dans la détermination des gouvernants et par conséquent dans celle des candidats. Aujourd'hui, les statuts des deux grandes organisations politiques « de gouvernement » prévoient que la désignation des candidats est effectuée en grande partie par le vote des militants. Cette démocratisation interne vaut pour toutes les élections. La liberté politique des militaires est donc tout aussi limitée qu'au Royaume-Uni. En effet, les élus de ces deux partis représentent la majorité des parlementaires. Donc la désignation des candidats de ces formations politiques est une étape déterminante dans la détermination de la composition du Parlement. Or, ne pouvant adhérer aux partis politiques, les militaires français sont exclus des procédures formelles de désignation. De ce point de vue, les procédures formelles de désignation des candidats ont peu d'importance. Selon cette analyse la désignation des candidats est une

⁹³⁵ Gouvernants au sens large et par opposition aux gouvernés suivant la dichotomie posée par DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel: théorie générale de l'Etat*, A. Fontemoing, 1^{ère} éd., 1911, 2 vol. ; 2^{ème} éd., T. 1 (1921), T. 2 (1923), T. 3 (1923), T. 4 (1924), T. 5(1925) ; 3^{ème} éd., T. 1 (1927), T. 2 (1928)

⁹³⁶ AVRIL (P.), *op. cit.*, pp. 198-199. Encore que le Doyen Vedel ait insisté sur l'idée que le développement du scrutin proportionnel avait pour conséquence de favoriser les grands partis. VEDEL (G.), *Manuel de droit constitutionnel*, 1949, rééd. Dalloz, 2002, 616 p., p. 417.

prérogative des dirigeants des partis.⁹³⁷ Or les militaires sont exclus de la participation active à la vie de l'organisation. Dès lors, ils ne peuvent accéder aux fonctions dirigeantes au sein des partis. En conséquence, ils ne peuvent pas non plus participer à la désignation oligarchique des candidats. Cela est vrai quelle que soit la formulation de la restriction. S'agissant de la situation française, cela va de soi puisqu'ils ne peuvent pas adhérer donc ils ne peuvent exercer de responsabilités.⁹³⁸ La situation américaine peut pourtant être rapprochée de la configuration française par l'interdiction qui est faite aux militaires d'exercer une responsabilité au sein du parti. Par principe ils ne peuvent pas participer aux mécanismes informels de sélection des candidats tels qu'ils ont été dévoilés par la science politique.

De façon générale l'adhésion active ou passive à un parti politique constitue donc un élément essentiel pour pouvoir être candidat à des élections essentielles.⁹³⁹ Corrélativement, l'incapacité des militaires en la matière a pour effet général de les empêcher de participer aux processus de sélection des candidats qui pourront se présenter pour être réellement élus. D'un côté, en France, la limitation au droit d'adhérer a donc un effet direct sur le droit de candidature. Dans les Etats anglo-saxons étudiés, l'interdiction de militer dans un parti politique peut sembler secondaire puisque les textes prévoient déjà une inéligibilité complète pour les membres des forces armées. L'étendue des conséquences de cette limitation permet néanmoins de démontrer un résultat identique pour les trois législations. En effet au-delà de l'atteinte à la liberté d'association, est en jeu la composition des organes politiques.

⁹³⁷ Cf. pour la France SCHONFELD (W. R.), « La stabilité des dirigeants politiques. Le personnel des directions nationales du Parti socialiste et du mouvement gaulliste », *R.F.S.P.*, 1980, pp. 477-505.

⁹³⁸ Pour une rétrospective contemporaine du phénomène oligarchique en France cf. CAPORAL (S), *op. cit.*, pp. 188-194.

⁹³⁹ Même si des candidats peuvent être parfois désignés en dehors de l'appareil d'un parti. Cf. MENY (Y), *op. cit.*, p. 204.

C. Une restriction permettant de démontrer l'existence d'un statut politique des militaires.

La portée des démonstrations pourrait être jugée trop factuelle. Pourtant, la très forte restriction à la liberté d'adhésion à un parti politique permet de confirmer l'existence d'un *status politique* des militaires coexistant avec celui d'élu. Cela présuppose toutefois d'écarter une analyse classique de la liberté d'adhésion à un parti politique. Le rattachement de ce « droit d'adhérer à un parti politique » à la liberté d'association rend en effet très difficile la caractérisation du phénomène étudié. Il faut donc dans un premier temps écarter la compréhension classique illustrée par la jurisprudence européenne. C'est seulement ensuite que la véritable portée de l'interdiction peut être comprise.

a) Une restriction validée sur un fondement discutable par le juge européen

Le juge européen considère comme conforme à la Convention européenne des droits de l'homme la limitation du droit d'adhérer à un parti politique imposée par les Etats aux membres des forces armées. Il contrôle ces restrictions comme des restrictions au droit d'association garanti par l'article 11 de la Convention. Pour autant, cette subsumption des partis politiques dans la catégorie des associations pose des difficultés importantes. Ces incohérences permettent alors de rechercher une autre compréhension des partis politiques.

L'arrêt *Rekvenyi c. Hongrie*⁹⁴⁰ constitue le point de départ du raisonnement. Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme était saisie, notamment, de l'article 40/B § 4 de la Constitution hongroise qui prévoyait que « Les membres du personnel de carrière des forces armées, de la police et des services civils de la sécurité nationale ne peuvent être membres d'un parti ni exercer d'activité politique. ». Suivant la demande des requérants, le juge s'est prononcé sur la conformité de cette disposition à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il estime qu'il existe bien une ingérence dans le droit d'association des agents en uniforme. Mais il considère que cette ingérence est conforme à l'exception posée dans l'article 11§2 de la Convention. Elle utilise pour cela deux critères : l'un tient à la méthode, l'autre à la finalité. Posée dans la Constitution, l'interdiction a bien été édictée sous forme d'une « loi non ambiguë ». De plus, la seconde condition est également remplie : la neutralisation de la police est considérée comme nécessaire dans un Etat nouvellement démocratique.⁹⁴¹ Selon les commentateurs, ce choix permet de confirmer la large marge de manœuvre dont disposent les Etats en la matière⁹⁴².

Cet arrêt peut être analysé comme une application de la décision de principe s'agissant des partis politiques : l'arrêt *Parti communiste unifié contre Turquie* du 30 janvier 1998⁹⁴³. En effet, cette décision intègre les partis politiques comme une « forme d'association essentielle au bon fonctionnement de la démocratie ». La Cour considère qu'en conséquence les organisations politiques doivent bénéficier de la protection accordée aux associations par la Convention. Par voie de

⁹⁴⁰ Cf. supra.

⁹⁴¹ Cf. le § 60 de la décision qui renvoie aux §§ 41 et s.

⁹⁴² SUDRE (F.) (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 4^{ème} éd., 2007, 656 p., p. 635.

⁹⁴³ C.E.D.H. (Grande Chambre) 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie*, *Rec.*, 1998, I-1 ; *RTDH*, 1999, p. 301, note DUARTE (B.) ; *R.F.D.C.*, 2000, p. 876, chron. FLAUSS (J.-F.) ; *J.C.P.*, 1999, 105, n°53 ; *R.T.D.H.*, 1999, pp. 253-276, note KABOGLOU (I.) ; chron. SUDRE (F.) ; *Journal de droit international*, 1999, pp. 213-215, note WOHLFHART (S.) ; et SUDRE (F.) (dir.), *op. cit.*, n°6 et 53.

conséquence, la Cour assure en principe un contrôle plus strict sur les interdictions des partis politiques.⁹⁴⁴ Toutefois l'assimilation avec les autres associations ne convainc pas au regard de la jurisprudence de la Cour. Semble particulièrement significative la décision du 30 janvier 2007 *Yumak et Sadak c. Turquie*.⁹⁴⁵ En l'espèce, les demandeurs contestaient le mode d'élections des députés turcs. Ceux-ci sont élus au scrutin proportionnel. De plus la répartition des sièges n'était réalisée qu'entre les partis ayant obtenu un certain nombre de voix. Les requérants prétendaient que ce seuil minimum était excessivement haut. Il était reproché au droit électoral turc d'établir un seuil de représentativité qui écartait certains partis politiques de l'accès au Parlement. Le fondement de la requête constitue la première atteinte à l'appréhension des partis politiques comme des simples associations. En effet, l'affaire est introduite et jugée sur le fondement de l'article 3 du Protocole n°1 qui s'applique aux droits politiques et non sur le fondement de l'article 11. Ensuite, la juridiction européenne tire toutes les conséquences de l'article choisi pour référence. Elle considère que, dès lors que sont en cause les droits garantis par cet article, les Etats disposent d'une importante marge de manœuvre, tant dans la finalité poursuivie que dans la méthode choisie. Cette liberté des Etats est encore une fois qualifiée de supérieure à celle existant notamment en matière de liberté d'association.⁹⁴⁶ De même, dans une décision du 11 janvier 2007 *Parti conservateur russe des entrepreneurs contre Turquie*,⁹⁴⁷ est déclarée non conforme à l'article 3 du Protocole 1 de la Convention, le fait pour la Russie d'avoir refusé d'enregistrer différentes formations qui désiraient participer aux élections législatives nationales de 1999. Il convient de souligner que dans cette affaire, la Cour a pris la peine de

⁹⁴⁴ SUDRE (F), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, 715 p., p. 473.

⁹⁴⁵ C.E.D.H. 30 janvier 2007, *Yumak et Sadak c. Turquie*, Req 10226/03.

⁹⁴⁶ C.E.D.H. 30 janvier 2007, *Yumak et Sadak c. Turquie*, Req 10226/03, in fine §79.

⁹⁴⁷ C.E.D.H., 11 janvier 2007, *Parti conservateur russe des entrepreneurs contre Turquie et autres*, Req 55066/00 et 550638/00.

signaler qu'il s'agissait bien d'une atteinte aux droits politiques des partis et non à ceux des candidats qui composaient la liste.⁹⁴⁸

La portée de ces décisions doit toutefois être prise avec prudence. Il semble difficile d'affirmer que la Cour ait abandonné l'article 11 comme fondement de la protection des partis politiques. Dans une décision *Linkov c. République Tchèque* rendue quelques semaines auparavant⁹⁴⁹ le juge de Strasbourg a fait une application classique de sa jurisprudence *Parti communiste unifié de Turquie*⁹⁵⁰. Le juge déclare contraire à l'article 11 de la Convention le refus d'enregistrement d'un parti politique. Comment expliquer l'incohérence entre les décisions de début 2007 et celles de fin 2006 ? Le fondement de cette divergence pourrait résider dans le type d'activité qui est protégé par les articles en cause. L'article 11 concernerait l'existence des organisations alors que l'article 3 du Protocole, lui, concernerait uniquement les activités politiques. Cela paraît d'emblée peu convaincant. Il a été démontré que les deux articles peuvent être appliqués à une même mesure. Toutefois, même s'il existait une distinction entre ce qui serait de l'ordre de l'existence d'un parti et ce qui serait de l'ordre des activités électorales, l'argument n'en serait pas pour autant déterminant. Il est admis en doctrine que la fonction première, essentielle des partis politiques est de participer à la désignation des élus. C'est en ce sens qu'ils apportent une contribution « irremplaçable » au débat politique. La Cour peut affirmer que les partis politiques peuvent en principe mener librement leurs « activités politiques »⁹⁵¹, en soumettant leurs activités électorales à l'article 3 du Protocole n°1, elle n'en extrait pas moins les partis

⁹⁴⁸ C.E.D.H., 11 janvier 2007, *Parti conservateur russe des entrepreneurs contre Turquie et autres*, Req 55066/00 et 550638/00, § 5 ».

⁹⁴⁹ C.E.D.H. 7 décembre 2006, *Linkov c. République Tchèque* Req 10504/03.

⁹⁵⁰ C.E.D.H. 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie contre Turquie*, SUDRE (F.) (dir.), *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4^{ème} éd., 2007, n°61, pp. 626 et s.

⁹⁵¹ C.E.D.H. 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie contre Turquie*, § 44.

politiques du régime conventionnel des associations.⁹⁵² Donc le droit de participer à l'activité d'un parti politique doit s'analyser comme un droit politique en partie indépendant du droit d'association de façon générale y compris pour les militaires.

b) Une restriction confirmant l'existence d'un *status* militaire

La participation à un parti politique est d'une nature juridique distincte de la participation à une association. Or les militaires sont la seule catégorie significative d'agents publics à connaître une limitation aussi intense. Un tel degré d'intensité dans les restrictions ne peut être fondé sur la neutralité du service public tel qu'il existe pour les autres agents publics. En effet, elle cherche à atteindre le militaire par-delà les périodes de service. Elle révèle en réalité l'existence de deux *status* politiques au sein des systèmes constitutionnels étudiés. D'un côté, les systèmes constitutionnels établissent le statut de l'élu de l'autre ils organisent un statut politique du militaire. Or ces deux statuts sont incompatibles. La théorie des *status* telle qu'elle a pu être développée par Jellinek permet de comprendre plus précisément cette séparation.⁹⁵³ Il est vrai que les *status* de l'auteur autrichien s'appliquent à tous les individus. L'auteur ne semble pas avoir reconnu la possibilité d'une pluralité de statuts au sein d'une société étatique donnée. Ceci s'explique sans doute parce que cette théorie est conçue comme un moyen de classification des différents droits individuels⁹⁵⁴ plutôt que comme une façon de repenser les situations des individus.⁹⁵⁵ La situation des militaires peut plutôt être pensée –comme l'avançaient les théoriciens institutionnalistes- comme

⁹⁵² Il est même tentant d'aller au-delà : l'article 3 du Protocole n°1 accordant une plus grande liberté aux Etats, il en découle que son application aux activités électorales a pour conséquence de placer l'activité essentielle des partis politiques dans un statut plus faible que les simples participations non électorales au débat politique.

⁹⁵³ JELLINEK (G.), *Théorie juridique de l'Etat*, (trad. Franç.), Fontemoing, 1913, 593 p., pp. 51-61.

⁹⁵⁴ Pour une recension des critiques cf. RAMBAUD (T.), « Actualité de la pensée constitutionnelle de Georg Jellinek (1851-1911) », *R.D.P.*, 2006, P. 1707.

⁹⁵⁵ *Ibid.*

une preuve du pluralisme de situations juridiques au sein d'une société : en l'occurrence celui du citoyen et celui du militaire.⁹⁵⁶ La théorie du maître autrichien peut néanmoins être utilisée ici de façon complémentaire. Elle permet d'analyser les droits à partir de leur finalité globale. Certes, cette finalité peut ne pas être définie. Il en est ainsi du *status negativus*. Pour celui-ci, la seule finalité consiste dans la non-ingérence de l'Etat. En revanche, le *status activus* se définit lui par sa finalité : la « participation à l'Etat »⁹⁵⁷. Ce *status* serait nécessairement reconnu aux individus dans un régime démocratique. Cette participation ne se confond pas avec le simple droit de suffrage puisqu'elle comprend également l'accès à la fonction publique.⁹⁵⁸

Suivant cette conception, le droit de participer à un parti politique s'intègre donc dans la catégorie des droits politiques. Cette prérogative contribue à l'expression politique pour une raison essentielle : elle permet de participer efficacement à la désignation des représentants.⁹⁵⁹ Dès lors il est possible d'expliquer que le droit d'adhérer à un parti politique participe à la constitution de la souveraineté politique.⁹⁶⁰ C'est donc un droit politique par sa finalité.⁹⁶¹ En conséquence, la prise en compte de cette prérogative élargit le spectre des droits susceptibles d'être qualifiés de politiques. La finalité objective –la souveraineté

⁹⁵⁶ Cf. supra Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II. De façon générale SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, 576 p., pp. 393-394.

⁹⁵⁷ JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *A.J.D.A.*, 1998, pp. 45.

⁹⁵⁸ JOUANJAN (O.), *Ibid.*

⁹⁵⁹ Si cette limitation est déterminante et sera seule traitée ici, il pourrait être également soutenu que l'atteinte à l'exercice de la souveraineté a également une dimension matérielle et non pas seulement institutionnelle. En effet, exclus des partis, les militaires ne pourront par principe pas participer à l'élaboration des programmes électoraux et plus largement ils ne pourront pas participer à la fonction de formalisation des attentes sociales auxquels les partis contribuent. Cf. AVRIL (P.), *op. cit.*, p. 60.

⁹⁶⁰ Cf. DICEY, *op. cit.*, p. 285.

⁹⁶¹ Une telle approche permet d'améliorer la définition des droits politiques pourtant souvent négligée comme le rappelle J. Morange in MORANGE (J.), *Droits civils et politiques*, in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p. 537. Celle-ci est souvent établie de façon générale comme étant les droits liés à la démocratie (Cf. par exemple alors même que l'ouvrage expose de façon approfondie la théorie des droits fondamentaux, GREWE (C.) et RUIZ (F.), *Droits constitutionnels européens*, PUF ; 1995, p. 249) et procède ensuite à une énumération restrictive autour du droit de vote (Cf. par exemple FAVOREU (L.) (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2005, p. 834).

politique- devient l'élément déterminant de la définition. Cela implique que la qualification du type de souveraineté n'ait pas uniquement une dimension explicative mais également une dimension normative. Deux conséquences alors peuvent en être tirées du point de vue spatial et du point de vue chronologique. Ainsi aux Etats-Unis, le rôle dévolu au referendum, conséquence de la prégnance de la théorie de la Souveraineté populaire, explique que ce droit soit particulièrement protégé pour les militaires puisque les limitations touchant les campagnes pour des élections ne sont pas maintenues en ce qui concerne les campagnes pour les referendums normatifs.⁹⁶² Ces campagnes sont considérées comme des activités non politiques qui ne seraient pas liées aux partis politiques.⁹⁶³ A l'opposé, l'importance du dogme de la souveraineté parlementaire au Royaume-Uni permet de comprendre que si le droit d'adhérer à un parti politique puisse être réglementé, le droit de participer à des referendums ne le soit pas⁹⁶⁴.

L'interdiction d'adhérer à un parti politique confirme donc l'idée que les trois Etats étudiés cherchent à écarter les militaires de l'expression de la souveraineté politique, qu'à côté du *status* de l'élu – représentant du souverain- il existe un *status* de militaire qui est partiellement séparé. Cette mise à l'écart des organes représentatifs est renforcée par la très forte limitation en matière de droits syndicaux.

⁹⁶² Mais non pour les procédures de *recall*.

⁹⁶³ Directive du Ministère de la Défense du 2 août 2004, DOD 1344.10 E.2.1.5. « Non political activities: [...] issues relating to constitutional amendments, referendums, approval of municipal ordinances and other of similar character are not consider under this directive as specially being indentified with national or State political parties”.

⁹⁶⁴ L'édiction du *Elections and Referendum Act* de 2000 n'emporte pas en effet de conséquences majeures au regard d'un système qui reste essentiellement représentatif et dans lequel le référendum demeure profondément secondaire et est dépourvu d'autorité juridique. Cf. BRADLEY (A. W.) et EWING (K. D.), *op. cit.*, pp. 75-76 et LAUVAUX (Ph.), *op. cit.*, pp. 468-471.

Titre II : Une privation de liberté syndicale complémentaire mais fondamentale

La liberté syndicale est une notion largement reconnue dans les constitutions des Etats libéraux. Elle est y est néanmoins multiforme. A l'instar du droit électoral, elle a à la fois une dimension individuelle et une dimension collective.⁹⁶⁵ En ce qui concerne les membres des forces armées, la limitation de la liberté syndicale constitue encore un point commun qui relie les trois systèmes étudiés. Elle est également une spécificité propre aux Etats-Unis, à la France et au Royaume-Uni.⁹⁶⁶ Le cas de l'Allemagne offre le parfait exemple du choix contraire, qui a été fait par la plupart des autres Etats. La Loi Fondamentale n'ignore pas les restrictions de droits civiques fondés sur les droits de l'homme. L'article 17a-1 dispose que « Les lois relatives au service militaire et au service de substitution peuvent prévoir pour les membres des forces armées et du service de substitution, pendant la durée de leur service, des limitations

⁹⁶⁵ COLLIARD (C.-A.) et LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2005, 569 p., p. 517 et FAVOREU (L.) (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2007, 622 p., p. 261.

⁹⁶⁶ DANSE (M.), « Les droits de l'homme dans les forces armées. Liberté de réunion et liberté d'association », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *Les droits de l'homme dans les forces armées*, Bruxelles, 1978, 1047 p., pp. 345-370.

au droit fondamental d'exprimer et de diffuser librement leur opinion par la parole, par l'écrit et par l'image (article 5, al. 1, première partie de la 1^{re} phrase), au droit fondamental de la liberté de réunion (article 8) et au droit de pétition (article 17), dans la mesure où celui-ci confère le droit d'adresser des requêtes ou des recours conjointement avec d'autres ». ⁹⁶⁷ Or la liberté syndicale est garantie par l'article 9-3 de la Constitution allemande. ⁹⁶⁸ Si la Constitution habilite le législateur à restreindre les droits des militaires, elle exclut en revanche le droit syndical des droits pouvant être limités.

Les systèmes ici étudiés ne connaissent pas de telles limitations. L'étude des techniques de restriction est véritablement révélatrice. Par leur analyse, il est possible de démontrer que les trois systèmes constitutionnels étudiés cherchent à limiter la fonction représentative que comporte le droit de se syndiquer. Les militaires des trois systèmes voient leurs droits syndicaux fortement restreints (Chapitre I). Cette limitation a pour finalité la suppression de la fonction politique des droits syndicaux (Chapitre II).

⁹⁶⁷ « Gesetze über Wehrdienst und Ersatzdienst können bestimmen, daß für die Angehörigen der Streitkräfte und des Ersatzdienstes während der Zeit des Wehr- oder Ersatzdienstes das Grundrecht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (Artikel 5 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz), das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Artikel 8) und das Petitionsrecht (Artikel 17), soweit es das Recht gewährt, Bitten oder Beschwerden in Gemeinschaft mit anderen vorzubringen, eingeschränkt werden ».

⁹⁶⁸ Selon lequel : « Le droit de fonder des associations pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques est garanti à tous et dans toutes les professions », « Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet ».

Chapitre I : Une limitation complète propre aux militaires

La limitation complète des droits syndicaux des militaires est construite de façon proche pour les membres des forces armées des trois Etats (I). C'est une exception propre aux militaires des trois Etats qui en fait une catégorie à part d'agents publics (II).

Section I. Une limitation commune aux trois systèmes étudiés

La limitation des droits syndicaux des militaires est intervenue à une époque assez récente (A). Elle y est établie de façon très stricte (B).

A. Une limitation récente dans les trois Etats

La limitation des droits syndicaux dans les trois Etats a été édictée définitivement par voie législative au XXe siècle. Elle semble établie de façon stable en France et aux Etats-Unis, alors qu'elle vient d'être renforcée au Royaume-Uni.

1. Une interdiction stabilisée en France et aux Etats-Unis

Si la limitation des droits syndicaux s'est stabilisée progressivement en France, elle a été construite de façon très soudaine aux Etats-Unis.

a) La lente construction de la limitation en France

Les décisions du Conseil d'Etat du 26 septembre 2007, Rémy⁹⁶⁹ et du 11 décembre (Section) 2008, *Association de défense des droits des militaires*,⁹⁷⁰ ont validé l'interdiction faite aux militaires d'avoir une activité syndicale telle que posée dans l'article L 4121-4 du Code de la Défense. Dans la première affaire, il est jugé qu'un militaire a pu, sur ce fondement, recevoir légalement l'ordre de démissionner d'une activité défendant les intérêts des militaires. Dans la seconde, l'interdiction de l'article L 4121-4 du Code de la Défense est jugée conforme à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces arrêts ne sont pas surprenants : ils tirent les conséquences d'une longue histoire.

La question des droits syndicaux pour les militaires –comme pour tous les agents publics- ne se posait pas dans le champ juridique⁹⁷¹ avant l'édiction du Préambule de 1946 et de la reconnaissance constitutionnelle du droit de grève.⁹⁷² Toutefois, face à l'essor du mouvement syndical au sein de l'Etat⁹⁷³, les pouvoirs publics avaient commencé à prendre position dès avant la Seconde guerre mondiale. Dans un premier temps,

⁹⁶⁹ *A.J.D.A.*, 2007, p. 1846 ; *AJFP*, 2008, p. 87.

⁹⁷⁰ *A.J.D.A.*, 2008, p. 2369 ; *JCPA*, 2008, act., 1070 ; *A.J.D.A.*, 2009, p. 148 et p. 961 ; *A.J.F.P.*, 2009, p. 148 ; *D.A.*, 2009, mars, comm. n°42.

⁹⁷¹ Les syndicats d'agents civils étaient tolérés par la pratique mais exclus par les juridictions. Cf. LAUBADERE de (A.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif, La fonction publique*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2000, 229 p., p. 167

⁹⁷² AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.), TAILLERFAIT (A.), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, 758 p., p. 97 ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. II, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, 797 p., pp.254-256.

⁹⁷³ CHAPUS (R.), *op. cit.*, pp. 253-256 ; DORD (O.), *Droit de la fonction publique*, PUF, 2007, 340 p., p. 238.

le Conseil d'Etat s'est exprimé dans une décision *Taunay* de 1920.⁹⁷⁴ La Haute juridiction a considéré que « la liberté d'association consacrée par la loi du 1^{er} juillet 1901 ne pouvait pas trouver son plein et entier effet dans l'armée car l'autorité militaire doit disposer, dans l'intérêt supérieur du service, du pouvoir d'édicter à l'égard de ses ressortissants, les restrictions au droit d'association qu'elle estime nécessaires au maintien de la discipline ». Dans un second temps, un décret du 1^{er} avril 1933 a codifié cette interdiction.⁹⁷⁵

L'extension de la liberté syndicale aux autres fonctionnaires a néanmoins renouvelé la question. Le législateur de 1946 s'est effectivement interrogé sur la possibilité de permettre aux militaires de bénéficier de la liberté syndicale.⁹⁷⁶ Encore une fois, le Conseil d'Etat a mis un terme à la réflexion. Dans un avis de 1949, il a précisé, notamment, que si le sixième alinéa du Préambule de la nouvelle Constitution accordait le droit de se syndiquer aux travailleurs, les constituants « n'ont pas entendu accorder le droit syndical aux militaires » car ce droit « est incompatible avec les règles propres à la discipline militaire ».⁹⁷⁷ Cet avis s'intégrait pleinement dans le système juridique alors en place. De façon générale, la liberté d'association était très restreinte. Les membres des forces armées devaient soumettre leur

⁹⁷⁴ C.E. 25 juin 1920, *Taunay*, R. 630.

⁹⁷⁵ Art. 30 du décret du 1^{er} avril 1933.

⁹⁷⁶ HERRY (J.-L.), *La fonction militaire : évolution statutaire*, Berger Levrault, 1976, 285 p., p. 212.

⁹⁷⁷ Publié au *B.O.*, 1949, p. 2490. Comme l'analyse M. HERRY (J.-L.) *op. cit.*, p. 213, le Conseil d'Etat –suivant des méthodes qu'il a fort éprouvé à l'époque (arrêt *Dame Lamotte* par exemple) se livre alors à un important travail d'interprétation créative, faute de texte pertinent pour perpétuer la limitation : considérant que la notion de syndicat professionnel, telle qu'elle résulte des dispositions législatives qui ont institué pour les travailleurs le droit de se syndiquer, est incompatible avec les règles propres à la discipline militaire ; que cette incompatibilité a pour conséquence d'interdire aux militaires en activité de former des syndicats professionnels ou d'adhérer à des groupements syndicaux ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, si en introduisant dans le préambule de la Constitution le principe énoncé à l'alinéa 6 susmentionné dudit préambule, les constituants, qui n'avaient d'ailleurs en vue que la protection des travailleurs ont proclamé le droit, pour tous les citoyens, d'assurer la défense de leurs intérêts professionnels en adhérant à des formations syndicales, ils n'ont pas entendu accorder le droit syndical aux militaires en activité ; que dès lors, les dispositions de l'article 30 du décret du 1^{er} avril 1933 interdisant aux militaires de l'armée active de faire partie des groupements constitués pour soutenir des revendications d'ordre professionnel ou politique ne sauraient être regardées comme rendues caduques sur l'effet du principe rappelé »

adhésion à n'importe quelle association à une autorisation ministérielle.⁹⁷⁸

Mais le régime de la liberté d'association des militaires a été assoupli par le statut de 1972. Dans la logique de cette libéralisation, des députés ont proposé d'autoriser l'établissement d'associations professionnelles dans les armées.⁹⁷⁹ Sollicité par les associations d'anciens combattants, le Doyen Vedel a expliqué dans une consultation que l'interdiction totale que portait le projet de loi était inconstitutionnelle par sa portée.⁹⁸⁰ Il a considéré que le Parlement pouvait certes interdire l'adhésion des militaires aux syndicats. Cette position était partagée par une grande partie de la doctrine. Des auteurs éminents, comme le Président J. Robert⁹⁸¹, postulaient que l'adhésion à des syndicats ne pouvait être admise parce que ce type de groupements avait pour mode d'action principale la grève. Or le droit de grève ne pouvait être admis pour les membres des forces armées. En revanche, pour le Doyen Vedel, la possibilité d'adhérer à des groupements professionnels semblait indispensable. Les militaires devaient pouvoir constituer des associations qui auraient pu agir en justice et procéder à des réclamations hiérarchiques. Cela lui semblait nécessaire pour que le projet de loi soit conforme à « l'esprit de la Constitution ».⁹⁸²

Malgré ces débats, le droit d'adhérer à des « groupements professionnels », qu'ils soient syndicaux ou non, a été proscrit par l'article 10 de la loi. Le nouveau statut voté en 2005 ne rompt pas avec cette interdiction générale, puisque l'article 6 al. 6 « prévoit que l'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical, ainsi que l'adhésion des militaires en activité de service à des groupements professionnels sont incompatibles avec les règles de la

⁹⁷⁸ HERRY (J.-L.), *op. cit.*, p. 226.

⁹⁷⁹ *J.O.A.N.*, 4 mai 1972, pp. 1279 et s.

⁹⁸⁰ Cité in BECET (J.-M.), « La loi 72.662 du 13 juillet 1972 », *Annuaire français des droits de l'homme*, vol I, Université de Besançon, Ed. A. Pédone, 1974, 549 p., p. 423.

⁹⁸¹ ROBERT (J.), « Les libertés publiques de l'homme en uniforme », *Annales de l'Université de Sciences sociales de Toulouse*, 1977, pp. 57-83, p. 65.

⁹⁸² Repris par J. Le Theule, rapporteur de la commission, *J.O., Déb., A.N.*, p. 1232 et A. Ver, député socialiste, p. 1245.

discipline militaire ». Le maintien de cette interdiction était soutenu par la commission⁹⁸³ qui avait préparée le texte. Reprenant le raisonnement classique, la commission a estimé que l'interdiction d'adhérer à un syndicat devait « évidemment » être maintenue. La reconnaissance d'un tel droit risquait de porter atteinte à la discipline pour trois raisons.

Elle pourrait d'abord conduire à l'apparition d'un « pouvoir concurrent de la hiérarchie ». La syndicalisation pourrait ensuite mettre en cause la « cohésion des unités ». Enfin, si les militaires se voyaient reconnaître le droit de se syndiquer, cela pourrait également mettre en cause leur « devoir de loyalisme ». De plus, la commission a estimé que cette interdiction devait également être maintenue pour les associations professionnelles. Celles-ci comportaient les mêmes risques que les syndicats. Malgré ce consensus, le vote de cette disposition a donné lieu à des critiques assez modérées par certains députés.⁹⁸⁴

b) Une interdiction élaborée rapidement aux Etats-Unis

L'adhésion aux syndicats est interdite pour les militaires aux Etats-Unis de façon particulièrement radicale⁹⁸⁵. Depuis une loi du 8 novembre 1978⁹⁸⁶, l'adhésion ou la tentative d' enrôlement dans des « *Labor Organizations* » est déclarée illégale pour le personnel militaire.⁹⁸⁷ Mais cette loi établit un champ d'application encore plus large. Le même texte interdit à un civil de tenter de faire adhérer un

⁹⁸³ DENOIX de SAINT-MARC (R.) (Président), *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires*, 29 octobre 2003, 83 p., p. 9.

⁹⁸⁴ Pour une retranscription des débats cf. BELLESCIZE de (R.), « La réforme du statut général des militaires », *R.D.P.*, 2006, pp. 313 et s.

⁹⁸⁵ Le texte de référence est le *Title 10 - Subtitle A - Part II - Chapter 49 § 976* de l'*U.S.C.* ci-dessous désigné comme *10 U.S.C. 976*.

⁹⁸⁶ *Public Law 95-610* publiée 92 *Stat.* 3085, amendée par les *Public Laws* 98-525 du 19 octobre 1984, 99-661 du 14 novembre 1986, 100-26 du 21 avril 1987 et 105-85 du 18 novembre 1997.

⁹⁸⁷ *10 U.S.C. 976 b.* « It shall be unlawful for a member of armed forces, knowing of the activities or objectives of a particular military labor organization- to join or maintain membership in such organization, or to attempt to enrol any other member of the armed forces as a member of such organization? ».

membre des forces armées à une organisation professionnelle.⁹⁸⁸ Une telle rigueur trouve son origine dans le contexte historique d'élaboration de la loi. Cet *Act* est d'abord une conséquence du *G.I Movement* qui s'est développé pendant la Guerre du Vietnam. Ce mouvement – soutenu par des organisations radicales de gauche⁹⁸⁹ – s'est présenté dans un premier temps comme un mouvement syndical. Toutefois, ses membres ont rapidement reconnu que le but recherché était la cessation du conflit. L'assimilation des deux finalités, sociale et politique, allait peser dans l'adoption du texte. Dans un second temps, en 1975, des syndicats civils, tels l'*American Federation of Government Employees*, ont commencé à faire savoir qu'ils souhaitaient intégrer les personnels militaires dans leurs rangs. Ce projet a été officialisé par C. Webber, ancien président de l'*American Federation of Government Employees*, lors de son audition devant la *Defense Manpower Commission*.⁹⁹⁰

Le motif essentiel avancé était la professionnalisation. Selon C. Webber, cette réorganisation devait conduire à un rapprochement entre les forces armées et l'administration fédérale. Ce rapprochement devait se traduire par une négociation commune concernant les salaires.⁹⁹¹ A ceci s'est ajouté le fait que, début 1976, l'*Association of civilian Technicians* a commencé à recruter des réservistes en situation d'activité. Ils s'adressaient particulièrement aux « *military technicians* »

⁹⁸⁸ 10 U.S.C. 976 c 1 "Il est illégal pour toute personne d'enrôler dans une organisation professionnelle tout membre des forces armées ou de solliciter une cotisation auprès de lui », « to enroll in a military labor organization any member of the armed forces or to solicit or accept dues or fees for such an organization from any member of the armed forces »

⁹⁸⁹ Notamment la *Students for a Democratic Society*, et le *Trotskyite Socialist Workers Party*.

⁹⁹⁰ Cette commission trouve son origine dans l'inquiétude des membres du Congrès face au développement croissant des dépenses en personnel dans le budget américain. En effet, le Congrès avait opté pour le *All Volunteer Forces*, c'est-à-dire l'armée de métier. En 1973, lors du débat sur le budget de 1974, plusieurs sénateurs s'étaient inquiétés de savoir si cette tendance n'allait pas mettre en péril les programmes d'armement en cours. Pour mieux prendre en compte les effets de la professionnalisation, il a alors été décidé de procéder à l'établissement d'une commission indépendante. Cette commission a été établie le 19 avril 1974. Elle était composée de sept membres trois nommés par le Président et sept par le Congrès.

⁹⁹¹ Cité in POOLE (W. T.), « Unionization of military », *Heritage Foundation Issue Bulletin*, 1977, n°12, 7 p.

qui constituait un cas particulier. D'une part, il s'agissait de personnel travaillant pour les Etats, mais rémunérés sur le budget du Congrès fédéral. D'autre part et surtout ces personnels avaient une nature mixte. En temps normal, il s'agissait de personnels civils chargés de l'entretien quotidien des équipements des gardes nationales. Toutefois, leur contrat prévoyait que ces agents civils devenaient des agents militaires lorsqu'ils s'entraînaient avec les militaires de réserve en situation d'activité ou lorsqu'ils participaient aux opérations.

A partir de ce moment, le sujet est devenu l'objet d'un débat national. De nombreux articles de presse ont été écrits pour soutenir la possibilité pour les militaires de se syndiquer. Dans une troisième phase, les syndicats nationaux ont enfin annoncé qu'ils allaient procéder au recrutement de militaires professionnels au sein de leurs organisations.⁹⁹² Le principal argument avancé était également d'ordre politique. Les soldats auraient eu besoin « du garde-fous que constituent les syndicats contre les actions oppressives et illégales de leurs commandants ».⁹⁹³ Une contre-offensive a alors été organisée par le sénateur républicain S. Thurmond. Le 4 mars 1976, il déposait un projet de loi interdisant l'adhésion des membres des forces armées aux syndicats. Mais ce projet fut neutralisé par la fin de la législature du quatre-vingt quatorzième Congrès. Parallèlement l'*American Federation of Government Employees* décidait de modifier ses statuts afin d'accueillir des militaires en septembre. La première réaction réelle a alors été purement interne à l'institution militaire. Par une *directive* du 6 octobre 1977⁹⁹⁴, le Secrétaire de la Défense a interdit l'adhésion des membres des forces armées aux syndicats. Il a également interdit à ces personnels de

⁹⁹² SMITH (M. E.), « Major General Wilton Burton Persons, Jr. United States Army (Retired) The Judge Advocate General of The Army (1975-1979), *Military Law Review*, 1996, pp. 177-244, particulièrement p. 230.

⁹⁹³ « Needed the safeguard that the union could give them against oppressive and unlawful actions by their commanders », *Ibid.*

⁹⁹⁴ *Departement of Defense Directive n°1354.1, Relationships with Organizations which Seek to Represent Members of the Armed Forces in Negotiation or Collective Bargaining*, 42 *Fed. Reg.* 55, 209 1977 codifiée au paragraphe 143 de la Section 32 du C.F.R.

participer à des activités qui auraient pu être simplement « liées » aux syndicats.⁹⁹⁵

Pendant ce temps, le Congrès a repris son travail. Le Sénateur S. Thurmond a déposé un nouveau projet le 18 janvier 1977 devant le *Senate Committee of Armed Service*.⁹⁹⁶ Toutefois, ce texte n'a pas rencontré un soutien suffisant au sein de la commission. De ce fait, une proposition similaire était déposée le 15 mars de la même année par le président du *Committee*, le sénateur J. Stennis. Ce texte n'était pas très différent sur le fond. Toutefois il a bénéficié de l'autorité attachée au rôle du président. Pressés par l'activisme des syndicats, les sénateurs n'ont ensuite procédé qu'à deux auditions : celle du *Secretary of Defense* H. Brown et celle du *Secretary of the Navy* G. Claytor alors qu'aucune audition n'était menée par la Chambre des représentants. La loi a ainsi pu être promulguée le 8 novembre 1978.⁹⁹⁷ Les motifs inscrits en tête de la loi⁹⁹⁸ ne reprennent toutefois pas les objectifs initiaux, notamment la crainte d'une instrumentalisation politique. Deux finalités peuvent être dégagées des alinéas 1, 5 et 6.⁹⁹⁹ D'une part, le législateur souhaite par ce

⁹⁹⁵ ENGLAND (Th. F.), « The Active Guard/Reserve Program : A New Military Personnel Status », *Military Law Review*, 1984, pp. 1-76 particulièrement, p. 9.

⁹⁹⁶ Sur l'historique cf. POOLE (W. T.), « Unionization of military », *Heritage Foundation Issue Bulletin*, 1977, n°12, 7 p.

⁹⁹⁷ Public Law 95-610, 92 *Stat.* 3085 codifiée par la Public Law 96-107 du 9 novembre 1979, 93 *Stat.* 820, amendée par la Public Law 98-525 du 19 octobre 1984, 98 *Stat.* 2519, par la Public Law 99-661 du 14 novembre 1986, 100 *Stat.* 3992, par Pub. Law 100-26 du 21 avril 1987, 101 *Stat.* 284, par la Pub. L. 105-85, du 18 novembre 1997. Ces amendements ne sont pas majeurs ils modifient la structure du texte.

⁹⁹⁸ Section 1 de la Public Law 95-610.

⁹⁹⁹ Respectivement :

a)

(1) Members of the armed forces of the United States must be prepared to fight and, if necessary, to die to protect the welfare, security, and liberty of the United States and of their fellow citizens.

[...]

(5) Unionization of the armed forces would be incompatible with the military chain of command, would undermine the role, authority, and position of the commander, and would impair the morale and readiness of the armed forces.

(6) The circumstances which could constitute a threat to the ability of the armed forces to perform their mission are not comparable to the circumstances which could constitute a threat to the ability of Federal civilian agencies to perform their functions and should be viewed in light of the need for effective performance of duty by each member of the armed forces.

dispositif assurer la préservation de la chaîne de commandement. D'autre part, le préambule précise que, par cette loi, les *Congressmen* ont souhaité préserver la capacité opérationnelle des forces armées américaines.

2. Une interdiction confirmée récemment au Royaume-Uni

Le régime applicable à la liberté syndicale des militaires anglais a été posé par une ordonnance de 1975.¹⁰⁰⁰ Ce texte est pris en application d'une habilitation accordée par le Parlement dans les *Armed-Forces Acts*. Ces lois sont la forme moderne des *Mutiny acts*. Elles habilent l'exécutif à adapter les règles en matière de discipline militaire sous le contrôle du Parlement.¹⁰⁰¹ La discussion du *Armed Forces Bill* de 2006¹⁰⁰² a toutefois permis de confirmer, au niveau du Parlement, les restrictions élaborées par le pouvoir réglementaire. Pendant la préparation de la loi, les parlementaires ont discuté de la possibilité pour les militaires de constituer un syndicat. Ce débat est nouveau en Grande-Bretagne. En effet, il n'existe nulle trace d'une telle proposition dans la discussion des *Armed Forces Bill* précédents.¹⁰⁰³ A la différence de la France, mais comme aux Etats-Unis, le débat devant le Parlement a été suscité par la crainte d'une politisation des institutions militaires. La discussion s'insère dans les suites de l'engagement britannique en Irak. Différents scandales ont effet conduit le commandement à déférer les personnels de rang subalterne concernés à la justice militaire. Cette

(b) The purpose of this Act [enacting this section] is to promote the readiness of the armed forces to defend the United States »

¹⁰⁰⁰ *Queen's Army regulation 1975*, Part 14, J. 5.588.

¹⁰⁰¹ BRADLEY (A. W.) et EWING (K.), *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Pearson Longman, 14^{ème} éd., 2007, 872 p., p. 344.

¹⁰⁰² Publié le 28 novembre 2006, <http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2006/20060052.htm>

¹⁰⁰³ Cf. par exemple : House of Commons, Select Committee on Armed Forces Bill, *Special Report for Session 2000-2001*, Londres, Stationery Office Books, 2 tomes, 2001. Consultable à l'adresse suivante : <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm/cmarmed.htm>.

décision a suscité un certain mécontentement parmi les membres des forces armées. Ce n'était pas tant le fait d'engager des poursuites pour crime de guerre qui était critiqué. Il était en réalité reproché à ces décisions d'avoir été provoquées par le gouvernement uniquement pour des raisons politiques. Certains militaires retraités ont donc proposé de créer une association professionnelle ayant pour finalité la protection des membres des forces armées.¹⁰⁰⁴ Cette proposition a commencé à devenir objet de débat lorsqu'un membre de la Chambre des Lords a posé une question écrite en ce sens au Gouvernement.¹⁰⁰⁵ A cette question le Sous-secrétaire d'Etat à la Défense a répondu qu'une association professionnelle ne pouvait être autorisée que par la loi.¹⁰⁰⁶ Suite à une série de lettres envoyées aux parlementaires¹⁰⁰⁷, la Chambre des Communes s'est emparée de la question.

Certains membres soutenaient la nécessité de créer une *Federation*. Ils prétendaient, par ce terme, écarter la notion de *trade union* au profit de celle d'association professionnelle. Les députés britanniques favorables à une telle mesure voulaient s'inspirer du modèle existant dans les forces de police du Royaume-Uni.¹⁰⁰⁸ Le choix des termes était en réalité purement rhétorique. En effet, les membres qui ont défendu cette proposition ont tout au long du débat utilisé

¹⁰⁰⁴ GILLAN (A.) et NORTON-TAYLOR (R.), « Angry soldiers demand 'trade' federation - Courts martial and equipment failures fuel rank and file discontent », *The Guardian*, 26 janvier 2006,

¹⁰⁰⁵ Lord Garden, 9 janvier 2006, HL 3245 : « Whether there is any bar to serving members of the Armed Forces forming an association along the lines of the Police Federation ».

¹⁰⁰⁶ Lord Drayson, Parliamentary Under-Secretary of State, Ministry of Defence, « The Police Federation of England and Wales was established by the Police Act 1919, under which it has a statutory responsibility to represent its members in all matters affecting their welfare and efficiency. There is no similar basis under which members of the Armed Forces could form an association along these lines », *House of Lords Hansard Debates, Written Answers*, Column 143.

¹⁰⁰⁷ Révélée par le *private member* Key, Question 403, le 16 février 2006, lors de l'audition du Général Sir Michael Walker, House of Commons, Select Committee on the Armed Forces Bill, *Special Report of Session 2005-2006*, Londres, Stationery Office Books, tome II, Evidence, 69.

¹⁰⁰⁸ DEAKIN (S.) et MORRIS (G. S.), *Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 1177 p., p. 183.

indifféremment le terme de *Federation* et celui d'*Union*.¹⁰⁰⁹ Dès lors, il n'y pas lieu de distinguer l'association professionnelle du syndicat dans l'analyse des débats.

Lors des auditions, cette initiative a été soutenue par le *Steering Group for a British Armed Forces Federation*.¹⁰¹⁰ Ce groupe regroupait d'anciens membres des forces armées. La proposition des députés a en revanche rencontré une forte opposition des officiers généraux auditionnés. Le Chef d'Etat-major de la Défense –plus haute autorité militaire- s'est montré explicitement hostile à une telle évolution.¹⁰¹¹ Cette opposition n'a pourtant pas empêché le parlementaire Jones, favorable à une telle mesure, de proposer l'amendement suivant : « Clause 23 : (1) Il doit être établie une *Fédération des Forces Armées Britanniques* [...] (2) L'adhésion à cette Fédération doit être ouverte à tous les membres en service ou à la retraite des Forces armées – professionnelles et de réserve- de Sa Majesté. (3) Les principaux objectifs de la Fédération doivent être : (a) encourager et promouvoir le bien être professionnel, et les autres intérêts légitimes de ses membres ». ¹⁰¹² Par cette formule large, les défenseurs de l'amendement voulaient faire comprendre que l'association professionnelle devait intervenir en matière de conditions de vie des familles, sur les conditions de travail et qu'elle devait apporter une expertise juridique à ses

¹⁰⁰⁹ Question 410 du député Jones, « I think the Dutch Armed Forces, for example have, I do not know what it is called, a trade union, a federation [l'équivalent anglais d'une association professionnelle] », *ibid*, Evidence 70.

¹⁰¹⁰ Cette intervention a pris la forme d'un *Memorandum* transmis aux députés le 23 janvier 2006, *ibid*, Evidence 189-190.

¹⁰¹¹ Question 404 notamment J Sheridan “ Do you think that there is a role for the Armed Forces Federation and if so, what would it be ?”

Réponse du General Sir M. Walker, « The answer is I do not », *ibid*, Evidence, 69. L'hypothèse d'une association professionnelle a également été rejetée par le *Director General of Service Policy* qui représentait le Secrétaire d'Etat à la Défense, *ibid*, Evidence, Q726, *ibid*, Evidence, 117.

¹⁰¹² « New Clause 23 British Armed Forces Federation (1) There shall be a British Armed Forces Federation [...] (2° Membership of the Federation shall be open to all serving and retired members of Her Majesty's Armed Regular and Reserve Armed Forces. (3) The Federation's primary purpose shall be to –(a) foster and promote the professional welfare, (b) welfare, and (c) other legitimate, interest of its members », *ibid*, Annexe, 30 mars 2006, colonne 207.

membres.¹⁰¹³ Les défenseurs de l'amendement ont également évoqué l'existence de telles associations professionnelles dans d'autres Etats.¹⁰¹⁴

Mais, tout comme aux Etats-Unis et en France, à ces arguments le Gouvernement a opposé la nécessité de préserver la hiérarchie et l'existence de moyens alternatifs de représentation.¹⁰¹⁵ En dernier lieu, le Sous-secrétaire d'Etat à la Défense a donc obtenu le retrait de cet amendement, en conformité avec les pouvoirs qui lui sont reconnus par le droit parlementaire britannique.¹⁰¹⁶ L'exemple anglais confirme donc la proximité des trois systèmes étudiés. Mais le cas britannique montre aussi la complexité des restrictions puisqu'il était essentiellement question, non d'un syndicat à part entière, mais d'une association professionnelle à vocation plus restreinte. Ces nuances n'ont pourtant pas conduit à des régimes profondément différents dans les trois Etats étudiés.

B. Des techniques de limitation proches

L'analyse des restrictions apportées à la liberté syndicale des militaires permet de démontrer la proximité des statuts dans les trois systèmes malgré une apparente divergence de principe. En effet, les militaires britanniques semblent disposer d'une certaine liberté d'adhésion syndicale par opposition aux membres des forces armées américains et français qui connaissent une interdiction absolue.

¹⁰¹³ *Ibid*, colonne 208-2.

¹⁰¹⁴ *Ibid*, colonnes 210-212.

¹⁰¹⁵ *Ibid*, colonnes 211-214.

¹⁰¹⁶ Sur ce point MAUGUIN HELGESON (M.), *L'élaboration parlementaire de la loi- Etude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*, Dalloz, 2006, 528 p., p. 201.

Toutefois, cette dualité n'est qu'apparente comme le prouve l'analyse détaillée des interdictions imposées dans les trois régimes.

1. L'apparent libéralisme du système anglais

Les législations américaine et française interdisent la participation des membres de leurs forces armées à toute sorte d'association ayant pour but de défendre les intérêts professionnels. En revanche, le régime britannique admet l'adhésion aux *trade unions* civils.

L'unité du régime des associations professionnelles et des syndicats met en évidence la proximité des systèmes américains et français. Dans les deux cas, le type d'association pour lequel l'adhésion est interdite est défini de manière particulièrement large. Les associations professionnelles sont une sorte d'organisation professionnelle. Toutefois à la différence de « syndicats de branche », cette organisation est indépendante des syndicats nationaux. Cette distinction peut avoir un intérêt pratique. Elle semble permettre d'introduire un échelon intermédiaire entre la liberté d'adhésion au syndicat de son choix et l'interdiction complète.

Ainsi, en France, lors de la récente réforme du statut des militaires, des sénateurs d'opposition ont tenté d'utiliser la distinction établie entre syndicats et associations professionnelles afin d'introduire par voie d'amendement la possibilité pour les militaires de disposer d'associations professionnelles. Néanmoins cette tentative a échoué. Les amendements ont été rejetés et ce de façon expresse par le Ministre de la Défense lors du débat législatif à propos de la réforme du statut législatif.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁷ Aux sénateurs qui proposaient les amendements, le Ministre de la Défense a répondu : « il n'y a pas lieu de distinguer l'association professionnelle et le syndicat, c'est la même chose car le but est le même », *J.O., débats Sénat*, séance du 2 février 2005, p. 656.

De même, la section 976 de l'*United States Code* ne se réfère pas aux *Unions* –c'est-à-dire aux syndicats. Le texte américain proscriit les « *labor organizations* » dont la définition couvre ce qui en France pourrait être qualifiée d'organisation professionnelle étant donné le contenu large qui est donné à cette notion. L'interdiction concerne les « organisations professionnelles : (A) qui s'engagent ou essaient de s'engager dans une négociation ou une discussion avec tout employé ou cadre civil ou avec tout membre des forces armées- au nom de membres des forces armées- s'agissant des termes ou conditions du service militaire de ces membres ; (B) qui s'engagent ou essaient de s'engager dans la représentation individuelle de membres des forces armées – devant tout employé ou cadre civil ou tout membre des forces armées- concernant toute doléance ou réclamation à propos des termes ou conditions du service militaire de ce membre ; (C) qui s'engagent ou essaient de s'engager dans une grève, un piquet de grève, une marche, une manifestation, ou dans toute action concertée qui a pour but d'obliger un cadre ou un employé civil ou un membre des forces armées : soit à négocier ou discuter les termes et conditions du service militaire de tout membre des forces armées ; soit de les obliger à reconnaître une organisation comme étant représentative des membres des forces armées en relation avec les recours et les réclamations qu'ils soulèvent à propos de leurs termes et conditions de service militaire, soit de les obliger à modifier les conditions du service militaire de membres des forces armées »¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁸ 10 U.S.C. 976 (a) 2 The term “military labor organization” means any organization that engages in or attempts to engage in— (A) negotiating or bargaining with any civilian officer or employee, or with any member of the armed forces, on behalf of members of the armed forces, concerning the terms or conditions of military service of such members in the armed forces; (B) representing individual members of the armed forces before any civilian officer or employee, or any member of the armed forces, in connection with any grievance or complaint of any such member arising out of the terms or conditions of military service of such member in the armed forces; or (C) striking, picketing, marching, demonstrating, or any other similar form of concerted action which is directed against the Government of the United States and which is intended to induce any civilian officer or employee, or any member of the armed forces, to— (i) negotiate or bargain with any person concerning the terms or conditions of military service of any member of the armed forces, (ii) recognize any organization as a representative of individual members of the armed forces in

En revanche, les dispositions américaines et françaises diffèrent partiellement sur les personnes dont la liberté d'adhésion est restreinte. Outre les militaires qui voudraient adhérer ou fonder un syndicat, les dispositions législatives en cause ont vocation à s'appliquer à certains civils. Elles intègrent dans le champ des délinquants potentiels les personnes qui voudraient faire adhérer un membre des forces armées à un syndicat ou qui voudraient fonder un syndicat avec des membres des forces armées.¹⁰¹⁹ En revanche en France, l'interdiction étant posée dans le texte statutaire, elle ne concerne que les militaires. Toutefois, le champ d'application reste assez large puisque l'interdiction s'applique aux militaires professionnels ainsi qu'aux militaires de la réserve opérationnelle¹⁰²⁰. Une même logique est appliquée aux Etats-Unis. L'interdiction d'adhérer à un syndicat concerne les militaires de carrière en service qu'ils soient directement affectés aux forces armées fédérales ou aux gardes nationales des Etats. De plus, l'interdiction s'applique également aux réservistes de façon très étendue. Lorsqu'ils sont en service ils sont assimilés aux personnels de carrière. Ils sont donc placés implicitement dans le cadre de cette loi. Toutefois, le Congrès a voulu aller plus loin. Il a étendu l'interdiction de l'application aux périodes d'entraînement alors même que les personnels de réserve sont considérés comme n'étant pas en service pendant ces périodes.¹⁰²¹ Cette conception

connection with complaints and grievances of such members arising out of the terms or conditions of military service of such members in the armed forces, or (iii) make any change with respect to the terms or conditions of military service of individual members of the armed forces

¹⁰¹⁹ 10 U.S.C. 976(f) "Whoever violates subsection (b), (c), or (d) shall be fined under title 18 or imprisoned not more than 5 years"

¹⁰²⁰ Article 2 de la loi 2005-270 *portant statut général des militaires* : « Le présent statut s'applique aux militaires de carrière, aux militaires servant en vertu d'un contrat, aux militaires réservistes qui exercent une activité au titre de l'engagement dans la réserve opérationnelle ou au titre de la disponibilité et aux fonctionnaires en détachement qui exercent, en qualité de militaires, certaines fonctions spécifiques nécessaires aux forces armées »

¹⁰²¹ 10 U.S.C. 976 (a) 1 précise que "The term "member of the armed forces" means : (A) a member of the armed forces who is serving on active duty, (B) a member of the National Guard who is serving on full-time National Guard duty, or (C) a member of a Reserve component while performing inactive-duty training"

très large va au delà de ce qui est en vigueur en matière de droit de candidature, situation dans laquelle seuls les personnels en situation d'activité étaient concernés par les restrictions.

En comparaison, le droit du Royaume-Uni semble beaucoup plus libéral. Le droit britannique autorise l'adhésion des militaires aux *Trade Unions* civiles ainsi qu'à des associations professionnelles civiles.¹⁰²² Pourtant, l'étude du dispositif permet de comprendre que c'est un droit d'adhésion très restreint qui leur est accordé. Tout d'abord cette liberté n'est pas garantie par la loi. Le texte qui organise la liberté syndicale au Royaume-Uni – le *Trade Union Labour Relations [Consolidated] Act* de 1992- dispose que les militaires sont exclus de son champ d'application.¹⁰²³ Dès lors, si les militaires sont libres d'adhérer au syndicat de leur choix, c'est uniquement sur le fondement d'une autorisation administrative qui peut être abrogée à tout moment sans que puisse lui être opposé une garantie législative quelconque. De plus, cela implique que le Gouvernement peut définir librement la portée de la liberté syndicale ainsi reconnue. Cet esprit fort restrictif a été confirmé récemment. *De facto*, il n'existait pas de syndicat militaire ou même de section syndicale pour les militaires.¹⁰²⁴ Désormais, par les débats qui se sont tenus à la Chambre des Communes lors de la discussion du *Armed Forces Act*, il est clair que le législateur interdit la création de tels syndicats.¹⁰²⁵ Tout comme en France et aux Etats-Unis, le législateur britannique n'a pas souhaité distinguer suivant qu'il s'agisse d'une association professionnelle à vocation restreinte ou d'un syndicat proprement dit. Il s'agit là d'une conséquence du principe suivant lequel les obligations de service s'imposent aux membres des réserves.¹⁰²⁶ De

¹⁰²² *Queen's Army regulation* 1975, Part 14, J. 5.588 a "Regular Service personnel may become members of civilian trade unions and professional associations"

¹⁰²³ *Trade Union Labour Relations [Consolidated] Act*, 1992, § 274, 1992, chapitre 52., http://www.legislation.gov.uk/acts/acts1992/pdf/ukpga_19920052_en.pdf consulté le 23 août 2007.

¹⁰²⁴ BELLESCIZE de (R.), *op. cit.*, pp. 313 et s.

¹⁰²⁵ Cf. ce chapitre Section I, I. A. *supra*.

¹⁰²⁶ House of Commons, Select Committee on the Armed Forces Bill, *Special Report of Session 2005-2006*, Londres, Stationery Office Books, tome II, Evidence, 136.

façon plus explicite encore, la « *new clause 23* » prévoyait la possibilité pour les réservistes de participer à cette association à côté des militaires en situation d'activité. Or la clause a été rejetée dans son ensemble. Donc l'interdiction s'applique aux deux catégories de personnel. Comme dans les deux autres Etats, la dimension catégorielle de ce droit est donc niée alors même qu'elle est en principe la justification de l'existence des syndicats¹⁰²⁷. Ce rapprochement des législations est encore plus avéré lorsqu'est analysée la restriction de la liberté d'action syndicale.

2. Un particularisme neutralisé en ce qui concerne les moyens d'action syndicaux

Après avoir affirmé la possibilité pour les membres des forces armées d'adhérer à un syndicat civil, le texte britannique précise que cette adhésion peut uniquement avoir pour objet leur formation professionnelle et leur reclassement.¹⁰²⁸ Ainsi, le seul véritable droit syndical qui leur soit reconnu est le droit de se rendre aux réunions de leur syndicat ou de leur association professionnelle.¹⁰²⁹ L'ensemble des autres activités leur est expressément interdit.

Il convient en premier lieu de détailler le droit de grève. Celui-ci peut être analysé comme un droit du travailleur qui n'est pas nécessairement impliqué par la liberté syndicale. En effet, de nombreuses

¹⁰²⁷ CHAPUS (R.), *op. cit.*, p. 253 : « Il est normal que les agents publics veuillent s'unir en groupements grâce auxquels, l'union faisant la force, ils pourront atténuer leur position d'infériorité par rapport à celle de la puissance publique ».

¹⁰²⁸ *Queen's Army regulation 1975*, Part 14, J. 5.588 a "Regular Service personnel may become members of civilian trade unions and professional associations in order to enhance their trade skills and professional knowledge and as an aid to resettlement into civilian life."

¹⁰²⁹ *Queen's Army regulation 1975*, Part 14, J. 5.588 b "No restriction is to be placed upon the attendance at meetings of civilian trade unions or professional associations or at courses of instruction run by such organisations where attendance at such a meeting or course is intended to enhance trade skills and professional knowledge"

constitutions attribuent ce droit au travailleur et non aux syndicats¹⁰³⁰. Cette conception est explicitée en France par la Cour de Cassation. Elle considère que ce droit appartenait aux individus et non aux syndicats.¹⁰³¹ Pourtant, en ce qui concerne les militaires des trois Etats étudiés, le droit de grève est appréhendé uniquement dans sa relation avec la liberté syndicale.¹⁰³² Ainsi bien en France¹⁰³³, qu'aux Etats-Unis¹⁰³⁴ et qu'au Royaume-Uni¹⁰³⁵ le droit de grève est interdit aux membres des forces armées.

Les trois systèmes sont également proches dans les interdictions qu'ils posent au « droit de négociation collectif ». Cette formulation peut être rapprochée de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 suivant lequel « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective de ses conditions de travail ».¹⁰³⁶ Ce droit « pour les partenaires sociaux de déterminer de façon collective les conditions de travail ou de rémunération » est plus communément intégré à la liberté syndicale.¹⁰³⁷ Le système nord-américain et le système britannique procèdent de façon très proche en la matière. Comme le *Trade Union Labour Relations Act* qui garantit ces droits n'est pas applicable aux militaires, le Gouvernement britannique dispose d'un pouvoir discrétionnaire très étendu en la matière. Or la *Queen's Army Regulation* en vigueur ne prévoit pas de présence des *Trade Unions* dans les instances disciplinaires ni dans les institutions qui prévoient des

¹⁰³⁰ Espagne, Italie, Portugal, cf. FAVOREU (L.) (dir.), *op. cit.*, p. 267.

¹⁰³¹ Cass. Soc., 9 novembre 1982, 2 espèces, *Droit social*, 1983, note SAVATIER, COLLIARD (Cl.-A.) et LETTERON (R.), *op. cit.*, p. 545 et MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2004, 574 p., p. 346.

¹⁰³² La rédaction française est en l'occurrence la plus explicite : L'Article 6 de la loi 2005-270 portant statut général des militaires pose l'interdiction de faire grève déclarée « incompatible avec l'état militaire » dans son premier alinéa pour évoquer ensuite dans le second alinéa du même article l'interdiction d'adhérer à un syndicat.

¹⁰³³ Article 6 al 1 de la loi 2005-270 portant statut général des militaires.

¹⁰³⁴ 10 U.S.C. 976 f Section 1 (a) (4) "Strikes, slowdowns, picketing, and other traditional forms of job action have no place in the armed forces"

¹⁰³⁵ *Queen's Army regulation* 1975, Part 14, J. 5.588 a "They (Members of armed forces) are not to participate in industrial action"

¹⁰³⁶ En ce sens FAVOREU (L.), (dir), *op. cit.*, 272.

¹⁰³⁷ *Ibid.*

requêtes concernant les conditions de travail.¹⁰³⁸ La doctrine britannique en déduit que ce droit est exclu pour les membres des forces armées.¹⁰³⁹

Parallèlement, toute tentative de négociation collective peut être qualifiée de *mutiny* c'est-à-dire de mutinerie.¹⁰⁴⁰ Il s'agit d'une des plus graves infractions prévues par le droit pénal militaire anglais. En effet, l'*Armed Forces Act* place la mutinerie au même niveau que l'entente avec l'ennemi ou encore la désertion.¹⁰⁴¹ De la même manière, aux Etats-Unis, la législation prévoit que toute tentative collective de négociation implique pour le groupe qui s'y destinerait d'être qualifié de « *military labor organization* » au sens de la loi. Donc tout membre d'un groupe qui s'y livrerait se placerait dans l'illégalité.¹⁰⁴² La législation française est moins explicite et plus difficile à analyser sous l'angle du droit de représentation. L'article 18 du statut voté en 2006 prévoit qu' « il est institué un Conseil supérieur de la fonction militaire qui est le cadre institutionnel dans lequel sont examinés les éléments constitutifs de la condition de l'ensemble des militaires ». Cette organisation a été instaurée en 1969 pour l'ensemble des forces armées. Elle a par la suite été institutionnalisée dans chaque composante des forces armées.¹⁰⁴³ Toutefois, les membres de ces conseils ne sont pas élus. Ces conseils reflètent néanmoins une particularité française qu'il conviendra d'analyser ci-dessous.

Les régimes concernant la liberté syndicale se rapprochent également dans la sanction prévue en cas de non respect de l'interdiction. Toutefois, cette proximité est plus marquée pour le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Les deux systèmes sont très voisins dans la rigueur des

¹⁰³⁸ *Queen's Army regulation* 1975, Part 6.

¹⁰³⁹ En ce sens DEAKIN (S.) et MORRIS (G. S.), *op. cit.*, p. 183.

¹⁰⁴⁰ House of Commons, Select Committee on the Armed Forces Bill, *Special Report of Session 2005-2006*, Londres, Stationery Office Books, tome II, Evidence, 44.

¹⁰⁴¹ Part 1 « offenses », Section 6, *Armed Forces Act*, 28 novembre 2006, <http://www.opsi.gov.uk/ACTS/20060052/htm>, consulté le 17 août 2007.

¹⁰⁴² 10 U.S.C. 976 (a) (2) (A) et (B) cf. traduction *supra*.

¹⁰⁴³ Il existe donc désormais un Conseil pour l'Armée de l'Air, l'Armée de Terre, la Marine nationale, la Gendarmerie nationale, la Direction générale de l'armement, le Service de Santé des armées, le Service des essences des armées.

peines dont ils sanctionnent le non-respect de cette interdiction. Dans le droit nord-américain, l'efficacité de la séparation entre institution militaire et syndicats est assurée par la rigueur du dispositif législatif. En effet, la loi prévoit une sanction très stricte en cas d'infraction. Elle peut être prononcée aussi bien contre les civils que contre les militaires qui ne respecteraient pas une telle interdiction. Tout contrevenant peut être condamné à une peine maximale de cinq ans.¹⁰⁴⁴ De même, le droit britannique prévoit une sanction privative de liberté lorsqu'un membre des forces armées ne respecte pas les limitations posées. En effet, comme cela a été précisé ci-dessus, toute coalition¹⁰⁴⁵ est qualifiée de mutinerie. L'*Armed Forces Act* précise dans le quatrième alinéa de la section consacrée à cette infraction qu'un tel comportement peut donner lieu à une sentence d'emprisonnement à vie.¹⁰⁴⁶

En droit français, la sanction ressort en principe du droit disciplinaire.¹⁰⁴⁷ Toutefois, lorsque le problème s'est réellement posé, la solution a été toute différente.¹⁰⁴⁸ En 1975, des appelés liés aux mouvements d'extrême gauche et bénéficiant du soutien de sections de la C.F.D.T. ont constitué des « comités de soldats » dans différentes unités. Ces « comités » ont d'abord fait connaître des revendications matérielles. En novembre de la même année, ils ont ensuite tenté de se présenter comme un mouvement syndical des appelés. La réaction du gouvernement ne s'est pas limitée aux actions disciplinaires : les personnes concernées furent déférées à la Cour de sûreté de l'Etat.¹⁰⁴⁹ Une situation équivalente s'est produite en 1988. Des appelés du

¹⁰⁴⁴ 10 U.S.C. 976 (f).

¹⁰⁴⁵ Au sens d'une action collective de salariés afin de défendre leurs intérêts professionnels.

¹⁰⁴⁶ "any sentence of imprisonment imposed in respect to the offence may be for life" Part 1 « offenses », Section 6 (4), *Armed Forces Act*, 28 novembre 2006, <http://www.opsi.gov.uk/ACTS/20060052/htm>

¹⁰⁴⁷ THOMAS-TUAL (B.), *Le droit de la fonction militaire*, Ellipses, 2004, 126 p., pp. 77-78.

¹⁰⁴⁸ Cf. HERRY (J.-L.), *op. cit.*, p. 235.

¹⁰⁴⁹ Dont la composition, les motifs de compétence n'étaient pas sans prêter flanc aux critiques jusqu'à la loi 81.737 du 4 août 1981 *portant suppression de la Cour de sûreté de l'Etat*, *J.O.R.F.*, 5 août 1981, p. 2142. Sur l'instrumentalisation de la Cour en l'espèce cf. MORANGE (J.), *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 5^{ème} éd, 2000, 460 p., pp. 164-166.

contingent avaient refusé de conduire des autobus destinés à pallier une grève des personnels de la Régie autonome des transports parisiens. Parallèlement, d'autres appelés ont refusé de conduire des camions destinés au ramassage des ordures ménagères alors que les agents chargés de ce service s'étaient mis en grève. La réaction des autorités militaires est allée au-delà de simples mesures disciplinaires. Les faits ont été qualifiés de « refus d'obéissance ». Il s'agissait là d'un délit militaire. Les personnes inculpées ont alors été déférées devant le tribunal permanent des forces armées. La juridiction militaire a prononcé des condamnations de six mois de prison qui ont du être accomplies dans un centre pénitentiaire militaire.¹⁰⁵⁰

Toutefois, les sanctions peuvent être plus limitées. C'est ce que montre le cas de l'association « de défense des droits des militaires ». Ce groupement essaye de se positionner comme une association de défense des militaires professionnels. Face à cette situation, le ministère de la Défense a défini la façon dont devait s'appliquer l'interdiction prévue par le statut. Dans une note interne¹⁰⁵¹, l'administration procède en trois phases. D'abord elle qualifie l'association en cause comme une « association à caractère syndical ». Dès lors, elle réitère l'interdiction faite aux militaires d'y adhérer. Ensuite, elle ouvre une alternative pour les agents qui deviendraient membres de cette association : soit démissionner, soit se soumettre aux sanctions disciplinaires. L'ordre établi par la note semble privilégier la démission plutôt que les sanctions.

Il ressort donc de ces développements que, d'un point de vue interne, les trois systèmes constitutionnels étudiés limitent fortement la liberté syndicale. Ces restrictions rendent quasi inexistante la liberté d'adhésion, interdisent toute forme d'action collective et sanctionnent de

¹⁰⁵⁰ PARISOT (R.), « intervention au colloque sur l'homme en uniforme et les droits de l'homme », *Annuaire français des droits de l'homme*, t. I, 1974, p. 443.

¹⁰⁵¹ Note DEF/CAB/SDBC/CPAG n°16119 du 28 novembre 2002, citée in CHRISTIAN (L.), « La liberté syndicale des personnels militaires : une vérité juridique à affirmer », *A.J.F.P.*, 2005, pp. 198 et s.

façon très rigoureuse. L'unité des régimes étudiés est encore plus marquée si l'on analyse ces restrictions d'un point de vue externe, c'est-à-dire si elles sont comparées au régime de la liberté syndicale dans des institutions proches.

Section II. Une limitation des droits sociaux propre aux militaires relevant des systèmes étudiés

Cette spécificité est aussi bien interne qu'externe. D'un côté elle ne concerne essentiellement que les militaires relevant des trois systèmes étudiés. D'un autre côté une limitation aussi rigoureuse n'existe pas dans d'autres démocraties libérales.

A. Une limitation fortement restreinte pour les autres agents publics

Dans les trois systèmes, la liberté syndicale dont bénéficient les agents publics est le résultat de la très grande liberté laissée aux agents civils d'adhérer à un syndicat combinée à la très faible interdiction du droit de grève.

1. Une liberté syndicale largement reconnue

La proximité des trois systèmes devient indiscutable si l'on compare la situation des agents publics civils. La technique d'organisation est différente suivant le système étudié. Alors qu'en

France et en Angleterre¹⁰⁵² la liberté syndicale des agents publics a été reconnue par la voie législative, aux Etats-Unis l'initiative a été prise par l'exécutif. Les employés fédéraux américains ont obtenu le droit de négocier collectivement leurs conditions de travail pour la première fois par un *Executive Order* du président Kennedy. Cet acte disposait que « les agents fédéraux doivent avoir le droit d'être protégés dans l'exercice de celui-ci, de former, de joindre et d'assister librement une organisation professionnelle sans recevoir d'amende ou de sanction disciplinaire ». ¹⁰⁵³ Dans un second temps, la Cour suprême est intervenue pour affirmer l'égalité entre agents publics et employés du secteur privé en matière de droits syndicaux. Dans une décision *Abood v. Detroit Board of Education*, ¹⁰⁵⁴ elle a considéré que « les différences entre les négociations collectives dans le secteur public et dans le secteur privé n'entraînent pas de différence dans les droits du Premier amendement ». Enfin, dans un dernier temps, le Congrès est intervenu pour donner valeur législative à cette liberté syndicale à travers le vote du titre 7 du *Civil Service Reform Act* de 1978¹⁰⁵⁵ qui reprend la même formulation.¹⁰⁵⁶ Cette loi reconnaît le droit d'adhérer librement à un syndicat pour les agents civils. De la même manière en droit français autorise les agents publics civils, en application des droits constitutionnels précités, à « librement créer des organisations

¹⁰⁵² D'un point de vue général : les employés du public ont été placés sous le droit commun du travail. Cf. DEAKIN (S.) et MORRIS (G. S.), *op. cit.*, p. 744.

¹⁰⁵³ *Executive order n°10988*, 17 janvier 1962, 27 *Federal Register* 193. Section I : «employees of the Federal Government shall have, and shall be protected in the exercise of the right, freely and without fear of penalty or reprisal, to form, join and assist any employee organization ».

¹⁰⁵⁴ Cour suprême, *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 *U.S.C.* 209, 232 (1977) : «The differences between public-and private-sector collective bargaining simply do not translate into differences in First Amendment rights».

¹⁰⁵⁵ *Public law 95-454*, 13 octobre 1978, 92 *Stat. Law* 1192. Pour une approche plus générale de cette loi cf. CONAC (G), « Les fonctionnaires et les libertés publiques aux Etats-Unis » in *Mélanges Colliard*, Ed. Pédone, 1984, p. 431 et plus récemment CALVES (G), « La réforme de la fonction publique aux États-Unis : un démantèlement programmé ? », in *Rapport public du Conseil d'Etat – 2003. Perspectives pour la fonction publique*, 2003, pp. 389-398.

¹⁰⁵⁶ 5 *U.S.C.* 7102 : «Each employee shall have the right to form, join, or assist any labor organization, or to refrain from any such activity, freely and without fear of penalty or reprisal»

syndicales » et à « y adhérer et à en exercer les mandats » suivant la formulation de l'art. 8 du Titre I de la loi du 13 juillet 1982.¹⁰⁵⁷

2. Une conception restrictive des limitations

a) Les restrictions très limitées en matière de liberté d'adhésion

Les Etats-Unis comme le Royaume-Uni admettent l'interdiction d'adhérer à un syndicat pour certaines catégories d'agents. C'est une distinction certaine avec le système français dans lequel cette liberté n'est pas limitée pour les agents civils de par leur qualité. En France, seuls les préfets et les sous-préfets se voient interdire de créer ou d'adhérer à un syndicat.¹⁰⁵⁸ Ainsi, au Royaume-Uni, si la liberté d'adhésion¹⁰⁵⁹ est la règle, l'interdiction reste une exception parfois utilisée.¹⁰⁶⁰ Aussi en 1984, le Gouvernement a-t-il interdit l'adhésion aux syndicats pour les agents chargés des télécommunications gouvernementales.¹⁰⁶¹ Cette décision, contestée en justice, a été validée par la Chambre des Lords, alors même qu'une telle décision avait été édictée au mépris de l'obligation existante de consulter les syndicats sur les modifications des *conditions of service*.¹⁰⁶² Plus généralement, les membres des forces de sécurité ne peuvent pas adhérer aux *Trade*

¹⁰⁵⁷ AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.), TAILLERFAIT (A.), *op. cit.*, 95 ; CHAPUS (R.), *op. cit.*, pp. 256-257 ; DORD (O.), *op. cit.*, pp. 238-241 ; LAUBADERE de (A.), GAUDEMET (Y.), *op. cit.*, p. 167.

¹⁰⁵⁸ Décret n°64-805, articles 15 et 18.

¹⁰⁵⁹ Après la Première Guerre Mondiale, l'administration britannique a même encouragé l'établissement de syndicats afin de favoriser les négociations collectives avec les employeurs. De même la Chambre des Communes a voté en 1946 une résolution disposant que tout co-contractant du gouvernement devait garantir la liberté syndicale pour pouvoir postuler aux appels d'offres. EWING (K.), « Freedom of Association », in Mc CRUDDEN (Ch.) et CHAMBERS (G.) (éd.), *Individual Rights and the Law in Britain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 728 p. pp. 239-264, pp. 242-243.

¹⁰⁶⁰ DEAKIN (S.) et MORRIS (G. S.), *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁶¹ Au sein du *Government Communications Headquarters*.

¹⁰⁶² *Council of Civil Service Unions v. Minister for Civil Service* [1985] A.C. 374, [1984] 3 All. E.R. 935, H.L.

Unions.¹⁰⁶³ Pourtant les *Police Federation* –associations professionnelles autorisées- peuvent exercer toutes les fonctions de représentation qui reviennent normalement aux syndicats au sein des institutions de concertations policières.¹⁰⁶⁴ Par ailleurs, en France, l'existence de certains syndicats peut être interdite parce qu'ils poursuivent un but illicite comme le soutien d'un parti politique ou le soutien à une politique discriminatoire.¹⁰⁶⁵

b) Une limitation plus facilement admise de l'action syndicale

De façon générale, les limitations concernent plus certains modes d'exercice de la liberté syndicale. Le Congrès américain, dans la même période où il organisait la liberté syndicale des agents fédéraux, a très rapidement interdit le droit de grève pour ses agents. Ainsi une loi de 1966 dispose qu' « une personne ne doit pas accepter ou exercer une fonction dans le Gouvernement des Etats-Unis [...] si elle [...] (3) participe à un grève si elle soutient une grève contre le Gouvernement des Etats-Unis ». ¹⁰⁶⁶ La Cour suprême a rejeté les recours intentés contre cette disposition dans une décision *United Federation of Postal Workers v. Blount*.¹⁰⁶⁷ La Haute juridiction nord-américaine a estimé qu'il n'était pas « irrationnel ou arbitraire pour le Gouvernement de conditionner un recrutement à l'engagement de ne pas cesser le travail collectivement et d'interdire les grèves pour les agents publics, que ce soit au titre de ses prérogatives de souveraineté, ou au motif d'un sens élevé du service public, afin d'assurer le fonctionnement continu du Gouvernement sans

¹⁰⁶³ art. 64 du *Police Act*, 1996

¹⁰⁶⁴ Art. 59 du *Police Act*.

¹⁰⁶⁵ Cour de cassation, Chambre Mixte, 10 avril 1998, *Syndicat Le Front National de la Police c. Syndicat national des policiers en tenue*, cité in FAVOREU (L.) (dir.), *op. cit.*, p. 264

¹⁰⁶⁶ Pub. L. 89-554 du 6 septembre 1966, 80 Stat. 524, codifiée 5 U.S.C. 7311 (3)

¹⁰⁶⁷ Cour suprême *United Federation of Postal Workers v. Blount* 404 U.S. 802 (1971)

interruption, de protéger la salubrité ou la sécurité ou pour d'autres raisons »¹⁰⁶⁸.

Le droit français admet également facilement la limitation du droit de grève. Cette limitation peut être le fait du législateur au titre du principe constitutionnel de continuité des services publics¹⁰⁶⁹ ou de la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens¹⁰⁷⁰. Le juge français retient donc les mêmes justifications aux restrictions que le juge américain. De plus, le droit français admet qu'en l'absence de législation, les autorités hiérarchiques limitent le droit de grève par voie de règlements voire de circulaires.¹⁰⁷¹ Comme aux États-unis, ce sont essentiellement les corps régalien qui sont privés du droit de grève : les agents affectés aux Compagnies Républicaines de Sécurité¹⁰⁷², les fonctionnaires de police¹⁰⁷³, les magistrats de l'ordre judiciaire¹⁰⁷⁴ ainsi que les personnels extérieurs des services de l'administration

¹⁰⁶⁸ « it is not irrational or arbitrary for the Government to condition employment on a promise not to withhold labor collectively, and to prohibit strikes, whether because the prerogatives of the sovereign, some sense of higher obligation associated with public service, to assure the continuing functioning of the Government without interruption, to protect public health and safety or for other reasons », *ibid*, 884

¹⁰⁶⁹ Conseil constitutionnel, décision 79-105 du 25 juillet 1979 *Droit de grève à la radio et à la télévision*, *Recueil*, p. 33. *RJC*, p. 1-71, FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, 1065 p., n°25 ; *Pouvoirs*, 1979 (11), p. 196, chr. AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) ; *Semaine juridique (J.C.P.)*, 1981, II, 19547. ; BÉGUIN (J.-C.) ; *Dalloz*, 1980, p. 333, « Grève et continuité du service public : mirage de la conciliation ou modalité de l'arbitrage », HAMON (L.) ; *Actualité juridique droit administratif*, 1980, p. 191, note LEGRAND (A.) ; *Revue administrative de l'Est de la France*, 1980, p. 87, commentaire JARNEVIC (J.P.) ; *Droit social*, 1980, p. 7, commentaire, LEYMARIE (C.) ; *Dalloz*, 1980, note p. 101. PAILLET (M.) ; *Droit social*, « Le droit de grève face à un nouveau principe à valeur constitutionnelle » TURPIN (D.), p. 441.

¹⁰⁷⁰ Conseil constitutionnel, décision 80-117 DC du 22 juillet 1980 DC, *Protection des matières nucléaires*, *R.J.C.*, I, p. 81 ; *Pouvoirs*, 1980 (15), p. 172, chr. AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) ; *Revue du droit public*, 1980, p. 1652, note, FAVOREU (L.) ; *Dalloz*, 1981, II, p. 65., note FRANCK (C.).

¹⁰⁷¹ C.E. Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Rec.* p. 426 confirmé notamment par C.E. section, 17 mai 1997, *Hotz et autres et F.N.S.P.I.E.N.G., A.J.D.A.*, 1997, note BELLEGUE (M.) et DARCY (G.) ; AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.), TAILLERFAIT (A.), *op. cit.*, p. 98 ; CHAPUS (R.), *op. cit.*, p. 267 ; DORD (O.), *op. cit.*, p. 248 ; LAUBADERE de (A.), GAUDEMET (Y), *op. cit.*, 177

¹⁰⁷² Loi du 17 décembre 1947.

¹⁰⁷³ Loi du 28 septembre 1948.

¹⁰⁷⁴ Ordonnance du 22 décembre 1958.

pénitentiaire¹⁰⁷⁵ et les personnels des services de transmission du ministère de l'intérieur¹⁰⁷⁶.

Parallèlement, le droit de négociation collective a parfois pu être également interdit pour certaines catégories d'agents. Ainsi, certains Etats fédérés ont pu proscrire ce droit pour certaines catégories d'agents comme les pompiers ou les membres des forces de l'ordre.¹⁰⁷⁷ Ces interdictions ont été validées par la Cour suprême à plusieurs reprises. Ainsi, dans une décision *Atkins v. City of Charlotte*,¹⁰⁷⁸ la Cour a estimé que l'Etat de Caroline du Nord avait pu valablement établir une loi invalidant tous les contrats passés entre les syndicats et le département de lutte contre le feu. Toutefois, le principe, notamment au niveau fédéral, est de reconnaître aux agents publics la possibilité de négocier leurs conditions de travail selon le *Federal Service Labor Management Relations Statute*.¹⁰⁷⁹ La reconnaissance du droit de négociation est en revanche réalisée au niveau constitutionnel en France. Ce droit de négociation est formulé de façon explicite par l'alinéa 8 du Préambule de 1946 qui dispose que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective de ses conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Après une période d'incertitude¹⁰⁸⁰, la valeur juridique de cet alinéa a été définitivement établie par le Conseil constitutionnel dans sa décision *Emploi des jeunes* de 1977.¹⁰⁸¹ Ce droit est reconnu également aux agents publics. Ainsi,

¹⁰⁷⁵ Ordonnance du 5 août 1958.

¹⁰⁷⁶ Loi du 31 juillet 1968.

¹⁰⁷⁷ Comme l'Etat du Montana cité in SIEMER (D. C.) HUT (A. S.), DRAKE (G. E.), « Prohibition on military unionization : a constitutional appraisal », *Military Law Review*, vol. 78, 1978, pp. 1-47.

¹⁰⁷⁸ Cour suprême, *Atkins v. City of Charlotte*, F. Supp., 1068, (1969), XXX

¹⁰⁷⁹ Cf. RENDER (E.), « United States of America », in BLANPAIN (R.), *The actors of collective bargaining : a world report : XVII World Congress of Labour Law and Social Security*, Montevideo, September 2003, 353 p., p. 304.

¹⁰⁸⁰ Cf. FAVOREU (L.), *op. cit.*, p. 274.

¹⁰⁸¹ Conseil constitutionnel, décision 77-79 DC du 5 juillet 1977, *Emploi des jeunes*, R.J.C., I, p. 48, *Pouvoirs*, 1977 (3), p. 179, chr. AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) ; *Semaine juridique (J.C.P.)*, 1979, II, 19186, note, DEBENE (M.) ; *Revue du droit public*, 1978, p. 825, « La décision du 5 juillet 1977 dans l'affaire relative à l'emploi des jeunes », FAVOREU (L.) ;

l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit la possibilité d'orienter l'évolution des rémunérations par des négociations avec les syndicats de fonctionnaires.¹⁰⁸² Pour ceux-ci, ce droit est concrétisé par les conseils supérieurs des fonctions publiques et par les commissions mixtes paritaires.¹⁰⁸³ Donc aussi bien dans l'étendue des limitations que dans les techniques de limitation, l'état syndical des militaires ne se confond pas avec celui des agents publics civils.

B. Une limitation propre aux trois systèmes constitutionnels étudiés

La spécificité du statut des militaires ne ressort pas uniquement de la comparaison avec les agents civils. Elle ressort aussi de la mise en perspective au regard de la situation dans la plupart des démocraties occidentales européennes particulièrement au regard de l'état du droit dans d'autres systèmes de *common law*. Cette comparaison est d'autant plus utile qu'elle a été utilisée dans les trois Etats lors des débats législatifs concernant l'établissement ou le maintien¹⁰⁸⁴ des limitations en matière de liberté syndicale.

1. Une limitation ne correspondant pas à la pratique européenne

La particularité des trois systèmes étudiés est parfaitement illustrée par les prises de position de certaines institutions européennes. L'Assemblée de l'Union de l'Europe occidentale a été la première à

Dalloz, 1979, Jur., p. 41., chr. HAMON (L.) ; *Annales de Clermont*, 1977 (14), pp. 192-193, note MONTGROUX (P.) et CHIROUX (R.).

¹⁰⁸² AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.), TAILLERFAIT (A.), *op. cit.*, p. 102 ; LAUBADERE de (A.), GAUDEMET (Y.), *op. cit.*, pp. 73-75 et 77-81..

¹⁰⁸³ CHAPUS (R.), *op. cit.*, p. 258; DORD (O.), *op. cit.*, pp. 175-181.

¹⁰⁸⁴ Pour le Royaume Uni cf. l'intervention du *Private Member* M. Jones à la Chambre des Communes, intervention du 30 mars 2006 in House of Commons, Select Committee on the Armed Forces Bill, *op. cit.*, col. 207-208.

prendre position en la matière. En novembre 1974, le Comité des « Affaires de défense et d'armement » a présenté un rapport sur la comparaison des conditions de rémunération et sur les termes et conditions de service des forces des Puissances alliées¹⁰⁸⁵. Un questionnaire avait été adressé à treize Etats.¹⁰⁸⁶ Ce questionnaire comportait une série d'interrogations concernant la liberté syndicale.¹⁰⁸⁷ Il résultait des réponses qu'aucun Etat consulté ne rendait obligatoire l'adhésion à un syndicat. En revanche, l'adhésion aux syndicats était permise dans cinq de ces Etats.¹⁰⁸⁸ Quatre Etats interdisaient une telle liberté.¹⁰⁸⁹ Il ressort clairement de ce rapport que les Etats Européens, à l'exception de la France et du Royaume-Uni, autorisaient l'adhésion aux syndicats. L'Assemblée en avait alors déduit qu'il fallait procéder à une harmonisation.¹⁰⁹⁰

Plus récemment, la Commission permanente de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a pu condamner la position française et désormais la position britannique. Dans sa recommandation 1572 du 3 septembre 2002,¹⁰⁹¹ la Commission condamne l'exclusion générale de la liberté syndicale pour les membres des forces armées. Elle se prononce également contre les systèmes –tels que le Royaume Uni– dans lesquels, malgré une reconnaissance de principe, les militaires se voient imposer des restrictions trop rigoureuses. Par cette résolution,

¹⁰⁸⁵ Publié sous la cote suivante, Assemblée de l'U.E.O., 20^{ème} session, 14 novembre 1974, Document 650.

¹⁰⁸⁶ Belgique, Canada, Danemark, Etats-Unis, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, République Fédérale d'Allemagne, Royaume-Uni, Turquie.

¹⁰⁸⁷ « M.2 (a) L'adhésion à une organisation représentative du personnel militaire (syndicats) est-elle interdite ? Permise ? Obligatoire ? (b) Lorsque de telles organisations existent quelle est la proportion de militaires qui en sont membres ? (Donner séparément la proportion d'officiers et d'autres catégories) Ces organisations sont elles également ouvertes aux officiers et aux autres catégories de personnels ou alors existe-t-il des organisations séparées ? »

¹⁰⁸⁸ Allemagne, Belgique, Danemark, Luxembourg, et Norvège.

¹⁰⁸⁹ A côté de la France, le Canada, l'Irlande et la Turquie interdisaient de telles pratiques.

¹⁰⁹⁰ Elle a adressé cette recommandation au Conseil de l'U.E.O. le 26 mai 1975. Elle a obtenu du Conseil qu'il transmette ses conclusions au Secrétaire général de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord et aux autorités de la Communauté européenne.

¹⁰⁹¹ Résolution 1572 (2002), *Droit d'association des membres professionnels des forces armées*,

<http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta02/frec1572.htm>,

consulté le 17 août 2007.

l'Assemblée parlementaire réitère en réalité une recommandation 903 du 30 juin 1988.¹⁰⁹² Toutefois, le fondement de la recommandation n'est pas la même. En 1988, est avancé le fait que les militaires demeurent des « citoyens en uniforme ».¹⁰⁹³ Cette formulation générale a pour finalité de pouvoir remettre en cause les limitations imposées aussi bien aux « professionnels engagés » qu'aux membres des forces armées qui « accomplissent leur service ».¹⁰⁹⁴ En 2002, il n'est plus question de « citoyens en uniforme ». La Commission prend acte du fait que les « armées de certains Etats membres sont passées d'un système de conscription à un système purement professionnel ».¹⁰⁹⁵ Il en résulte pour elle une banalisation de l'état militaire, « les membres du personnel militaire deviennent de plus en plus des employés « ordinaires » »¹⁰⁹⁶.

Dès lors, il faudrait donc appliquer l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, la Commission n'appelle pas à un alignement complet du statut des militaires. En 1988, elle expliquait que la reconnaissance de la liberté syndicale des militaires ne devait pas remettre en cause les principes suivant lesquels « les membres des forces armées devraient toujours observer et accepter l'ordre hiérarchique ».¹⁰⁹⁷ La grève est identifiée aux autres droits syndicaux. En revanche, en 2002 la Commission estime que seule cette prérogative peut être limitée.¹⁰⁹⁸ Toutefois, ce libéralisme est tempéré par une autre proposition. Selon elle, les droits syndicaux ne doivent être reconnus et librement exercés qu'en période normale.¹⁰⁹⁹ Il semble que cette période

¹⁰⁹² Résolution 903 (1988) *Relative au droit d'association des membres du personnel professionnel des forces armées*, <http://assembly.coe.int/mainf.asp?link=http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/TA88/fres903.html>, consulté le 17 août 2007.

¹⁰⁹³ Résolution 903 (1988) al 4.

¹⁰⁹⁴ Résolution 903 (1988) al 5.

¹⁰⁹⁵ Résolution 1572(2002), al4.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

¹⁰⁹⁷ Résolution 903 (1988) al6.

¹⁰⁹⁸ Résolution 1572(2002) al 1.

¹⁰⁹⁹ Résolution 1572(2002), al 1 : L'Assemblée parlementaire [...] invite tous les Etats membres du Conseil de l'Europe à accorder, dans des circonstances normales, aux

normale doit être comprise comme celle dans laquelle les forces armées ne se trouvent pas engagées en opération.¹¹⁰⁰ La position de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe reflète bien la position de la plupart des démocraties européennes.

A côté de la France et du Royaume-Uni, trois États seulement restreignent la liberté syndicale des militaires : l'Espagne, l'Italie et le Portugal. Le cas espagnol est particulièrement significatif de la proximité avec le régime des trois démocraties principalement étudiées. En premier lieu, conformément à l'article 28¹¹⁰¹ de la Constitution, la loi organique du 11 août 1985 relative à la liberté syndicale dispose que le droit de se syndiquer pour promouvoir ses intérêts économiques et sociaux est garanti à tous les travailleurs, à l'exception des membres des forces armées.¹¹⁰² Cette loi organique valide *a posteriori* le Titre V des ordonnances du 11 juillet 1978. L'article 181 précise que « les membres des Forces armées, dont les intérêts sont protégés par l'État, ne peuvent

membres professionnels des forces armées, le droit d'association, avec interdiction du droit de grève »

¹¹⁰⁰ Résolution 1572(2002), al5 « Les membres des forces armées, en tant que «citoyens en uniforme», devraient pleinement jouir du droit, lorsque l'armée n'est pas engagée dans une action, de créer des associations spécifiques visant à protéger leurs intérêts professionnels dans le cadre d'institutions démocratiques, d'y adhérer et d'y participer activement tout en exerçant leurs fonctions ».

¹¹⁰¹ Article 28 al. 1 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978, « Tous ont le droit de se syndiquer librement. La loi pourra limiter ou exclure de l'exercice de ce droit les forces armées ou les instituts militaires ainsi que les corps soumis à la discipline militaire et réglera son exercice pour les fonctionnaires publics », (« Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos »).

¹¹⁰² Ley organica 11/85 du 2 août 1985 *Liberté syndicale* Article 1^{er} al 3 « Tous les travailleurs ont le droit de se syndiquer librement pour promouvoir et défendre leurs intérêts économiques et sociaux. 2 Dans cette loi sont des travailleurs, les individus qui sont placés dans une situation d'employés ainsi que ceux qui sont placés dans une relation de caractère administratif ou statutaire au service des Administrations publiques. 3 Sont exclus de l'exercice de ce droit les membres des forces armées et les instituts de caractère militaire », (« Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. 2 A los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas. 3 Quedan exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las fuerzas armadas y de los Institutos Armados de carácter militar. »), http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo11-1985.t1.html, consulté le 23 août 2007.

participer à des syndicats ou associations à finalité revendicative. Ils ne pourront pas non plus, dans aucun cas, conditionner l'exécution de leurs missions à une meilleure satisfaction des intérêts personnels ou professionnels, ni recourir à aucune des modalités directes ou indirectes de grève »¹¹⁰³. Cette interdiction a été contestée par une association de militaires, la *Hermandad de personal militar en situación ajena al servicio activo*. Dans son recours en *amparo*, le groupement requérant faisait valoir que l'administration avait violé sa liberté d'association en refusant d'enregistrer une modification de ses statuts au motif que la dite association avait un caractère syndical. Selon le groupement, cette décision n'était pas valide parce que les ordonnances du 11 juillet 1978 violaient l'article 22 de la Constitution, garantissant la liberté d'association, qui –contrairement à l'article 28- ne prévoit pas de limites. Saisi en 2001 sur ce fondement, le Tribunal constitutionnel espagnol a partiellement refusé de se prononcer.¹¹⁰⁴

Toutefois le juge valide implicitement la constitutionnalité de la restriction. En effet il considère que le droit constitutionnel de l'association a bien été violé par le refus de l'administration d'enregistrer

¹¹⁰³ Ley 85/1978, du 28 décembre 1978, de *Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas*, article 181 Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa. Tampoco podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga.

Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social »

L'article 182 le complète « Tout choix politique ou syndical qui est garanti par l'ordre constitutionnel sera respecté par les composantes des Armées. Le militaire préserve sa neutralité en ne participant pas à des activités politiques ou syndicales, en refusant que les enceintes militaires ne soient le cadre d'actions ou de manifestations des groupes politiques ou syndicaux. Il ne pourra pas être membre d'un groupe politique ou d'un syndicat ou collaborer avec un tel groupe, ni assister à ses réunions », (« Cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos. El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales, no tolerando aquellas que se refieren al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, dentro de los recintos militares. No podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical »),

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/185-1978.13t5.html, consulté le 23 août 2007.

¹¹⁰⁴ Sentencia du 31 octobre 2001, *Hermandad de personal militar en situación ajena al servicio activo*, <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2001/STC2001-219.html>, consulté le 23 août 2007.

la modification statutaire.¹¹⁰⁵ Mais pour atteindre ce résultat, le Tribunal prend soin de préciser que « Les fins de la *Hermandad* [...] servent de fondement pour la qualification de la *Hermandad* comme association revendicative. Pourtant son contenu ne justifie pas que ses fins soient qualifiées de syndicales ou para-syndicale. Certes, la *Hermandad* comme les syndicats de travailleurs [...] poursuit la satisfaction d'intérêts économiques et sociaux ; mais cette finalité ne fait pas de la *Hermandad* un syndicat ». ¹¹⁰⁶ En somme, la décision administrative viole la Constitution, non parce qu'elle est mal fondée en droit, mais parce qu'elle a mal qualifié les finalités de l'association. Pour atteindre ce résultat, le juge vérifie lui-même si l'association a un caractère syndical. Il procède à la qualification de l'association. Il applique donc les ordonnances de 1978. De plus, dans un second temps, il établit même une réserve d'interprétation de la loi. Il précise que « des fins statutaires, on ne peut déduire que la *Hermandad* ne se constitue comme un contre-pouvoir face à l'administration militaire » ¹¹⁰⁷. Par cette précision, le Tribunal interprète l'interdiction posée par les ordonnances de 1978 de façon restrictive. Ne peuvent être considérées comme syndicales au sens de ce texte que les organisations qui visent à s'opposer à l'administration militaire. Implicitement, le Tribunal militaire valide donc sous réserve l'interdiction des associations syndicales militaires. Le gouvernement a d'ailleurs tiré toutes les conséquences de cette décision. En effet, la loi

¹¹⁰⁵ Sentencia du 31 octubre 2001,pt 12 c : le refus de procéder aux modifications statutaires demandées par la *Hermandad* [...] manque de fondement constitutionnel. Cela parce que l'administration ne peut établir de façon absolue [...] que la *Hermandad* requérante soit une association dont l'inscription puisse être refusée en conformité à la Constitution », (« la denegación por la Administración del acceso de las modificaciones estatutarias de la Hermandad [...] carece de justificación constitucional. Y ello porque no puede en absoluto establecerse, [...] que la Hermandad recurrente sea una asociación cuya inscripción pueda impedirse al amparo de la Constitución ») *ibid.*

¹¹⁰⁶ Sentencia du 31 octubre 2001,pt 1b) « los fines de la Hermandad, [...] sirve de fundamento para la calificación de la Hermandad como asociación reivindicativa. Sin embargo, su contenido no justifica que dicho fin sea calificado como sindical o parasindical. Ciertamente, no cabe duda de que la Hermandad, al igual que los sindicatos de trabajadores [...] persigue la satisfacción de intereses económicos y sociales; pero esta afinidad no hace a la Hermandad un sindicato ni permite la confusión »

¹¹⁰⁷ « de los fines estatutarios no se deduce que la Hermandad se constituya en contrapoder frente a la Administración militar », *ibid.*

organique sur la liberté d'association de 2002 prévoit que les lois militaires peuvent déroger à l'article 22 de la Constitution.¹¹⁰⁸

A l'instar de l'Espagne, l'Italie a également supprimé la liberté syndicale des militaires. La loi du 11 juillet 1978¹¹⁰⁹, qui pose les principes de discipline militaire, prévoit que les militaires de carrière n'ont pas le droit d'adhérer ou de fonder des syndicats. Cette interdiction a été jugée constitutionnelle par la Cour constitutionnelle italienne dans une décision de 1999.¹¹¹⁰ La Cour a estimé que la liberté syndicale était incompatible avec la « cohésion intérieure » et la neutralité des forces armées.

Enfin, le Portugal a également supprimé la liberté syndicale des militaires. Le fondement de ces restrictions est établi par l'article 270 de la Constitution portugaise, introduit par une révision de 1982. Cet article dispose que la loi peut limiter les libertés fondamentales des militaires dans la « stricte mesure de leurs fonctions ». A partir de cette disposition, l'article 31A de la loi interdit l'adhésion des militaires aux syndicats existants et comme pour la France, le Royaume-Uni, l'Espagne et l'Italie, leur interdit le droit de grève. Néanmoins, la loi organique du 29 août 2001¹¹¹¹ a précisé que les membres des forces armées portugaises peuvent adhérer à des associations professionnelles neutres politiquement et non liées aux syndicats militaires.¹¹¹²

Mais ces trois exemples constituent une exception au regard de la situation commune aux autres Etats européens. Ainsi, le personnel de la

¹¹⁰⁸ Ley Orgánica 1/2002, du 22 mars 2002, *Reguladora del Derecho de Asociación*, article 3 alinéa 3, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2002.html, consulté le 23 août 2007.

¹¹⁰⁹ Loi n°382

¹¹¹⁰ Sénat, *Les droits politiques et syndicaux des personnels militaires*, Les documents de travail du Sénat, série droit comparé, 2002, 33 p., p. 19.

¹¹¹¹ Loi n°39

¹¹¹² Cf. Sénat, *op. cit.*, p. 26.

Bundeswehr bénéficie-t-il de l'art 9-3¹¹¹³ de la Loi fondamentale qui garantit le droit de former des associations professionnelles. Encore ne faut-il pas donner une valeur particulièrement significative à la situation allemande. Les militaires allemands adhèrent principalement à la *Bundeswehr-Verband*, association qui dispose d'un quasi-monopole.¹¹¹⁴ Se voulant apolitique et indépendante des autres syndicats, elle se cantonne à un rôle d'association professionnelle.¹¹¹⁵

Dans une logique assez proche mais néanmoins différente, la législation belge¹¹¹⁶ avait organisé les relations entre les autorités publiques et les syndicats dont l'insertion dans l'institution militaire est ainsi garantie par un système d'agrément. Les militaires du cadre actif pouvaient s'affilier à deux types d'associations professionnelles. En application de l'article 16¹¹¹⁷ de la Loi du 14 janvier 1975 *portant règlement de discipline des forces armées*, ils pouvaient adhérer à une association de personnel militaire reconnue, soit à une organisation syndicale reconnue comme représentative du personnel de la fonction publique. A la différence du système allemand, le droit belge est donc indifférent à la nature politique du syndicat en cause. Cette absence de restriction était nécessaire car les organisations syndicales reconnues comme représentatives du personnel de la fonction publique font partie

¹¹¹³ Sénat, *op. cit.*, p. 6.

¹¹¹⁴ Cette réalité sociologique semble assez stable puisqu'elle est confirmée à vingt ans d'intervalle en 1976 et 1994 : d'une part HERRY (J.-L.), *op. cit.*, p. 217 ; d'autre part, GERTZ (B.), « Le droit d'association et la limitation de l'exercice du pouvoir dans les forces armées. L'exemple de la Bundeswehr », in HOFFMAN (G.) (dir.), *Les procédures de contrôle des forces armées en France et en Allemagne*, Centre de Sociologie de la Défense Nationale, Ministère de la Défense, 1994, 234 p., p. 125.

¹¹¹⁵ *Idem.*

¹¹¹⁶ Loi du 11 juillet 1978, citée in Sénat, *ibid.*, p. 10.

¹¹¹⁷ « Art. 16. § 1. Les militaires des cadres actifs des forces terrestre, aérienne et navale peuvent s'affilier soit à des associations de personnel militaire reconnues, soit à des organisations syndicales reconnues comme représentatives du personnel de la fonction publique.

§ 2. Les membres du personnel de la gendarmerie peuvent s'affilier à des associations professionnelles, agréées par le Roi, groupant exclusivement des membres de ce personnel en service actif ou pensionnés, et dont les statuts prévoient expressément que la majorité des membres du conseil d'administration sont des membres des cadres actifs en activité de service. », http://www.juridat.be/cgi_loi/arch_a.pl, consulté le 18 août 2007.

des confédérations très liées aux partis politiques.¹¹¹⁸ Toutefois ces restrictions ont été supprimées par une loi de 1994.¹¹¹⁹ Désormais, les militaires sont placés sous le régime général des agents publics. En revanche, le cas belge se rapproche du système français en ce qui concerne le droit de grève. L'article 16§3 de la loi interdit ainsi le droit de grève aux militaires belges.

A l'opposé de ces exemples limités, d'autres forces armées européennes bénéficient d'une liberté syndicale très étendue, notamment dans les droits dérivés comme le droit de grève. L'article 85 de Constitution danoise prévoit par exemple que les militaires bénéficient de la liberté d'association donc de la liberté syndicale, sous réserve des restrictions prévues par les lois militaires.¹¹²⁰

De ce point de vue, le droit norvégien se rapproche également beaucoup du système allemand. Mais, en réalité, l'habilitation ouverte au gouvernement norvégien de restreindre la liberté syndicale des militaires a été interprétée de façon très particulière puisque le gouvernement a rendu l'adhésion à l'association professionnelle quasi obligatoire.¹¹²¹ Parallèlement, le droit de grève n'est que partiellement interdit. Les statuts concernant les militaires n'en interdisent expressément l'usage que pour les militaires.¹¹²²

Mais c'est en Suède que les membres des forces armées bénéficient du système le plus libéral. La liberté syndicale accordée aux militaires suédois a conduit à une intervention beaucoup plus radicale des

¹¹¹⁸ FOBE (M.), « Rapport Belge », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *Les droits de l'homme dans les forces armées*, Bruxelles, 1978, 1047 p., p. 517.

¹¹¹⁹ Loi du 21 avril 1994, http://www.juridat.be/cgi_loi/arch_a.pl, consultée le 24 août 2007.

¹¹²⁰ Constitution du Danemark après sa révision complète du 5 juin 1953 Article 85. « Les dispositions des article 71, 78 et 79 ne sont applicables aux forces de la défense nationale qu'avec les restrictions résultant des lois militaires. » Or l'article 78 prévoit que « al. 1 Les citoyens ont le droit de former sans autorisation préalable des associations à toutes fins légitimes. », <http://mjp.univ-perp.fr/constit/dan.htm>, consulté le 24 août 2007.

¹¹²¹ BELLESCIZE de (R.), *op. cit.*, p. 313 et s

¹¹²² NYHOLM (S. B.), « Danish Report », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *op. cit.*, p. 620.

associations ainsi formées. Ces organisations interviennent notamment dans les décisions d'affectation des personnels.¹¹²³ De plus et surtout, les syndicats de militaires ont réussi à mettre en place une grève –droit qui leur était reconnu- en 1970.¹¹²⁴

2. La suppression de la liberté syndicale, une spécificité non reprise dans les systèmes de *common law*

La particularité du statut des militaires est également vraie par rapport aux systèmes juridiques issus de la même famille¹¹²⁵, mais qui se sont développés à l'extérieur du foyer européen. Trois références significatives méritent d'être étudiées : le droit israélien, le cas australien et, en raison de sa situation particulière, l'Afrique du Sud. Alors même qu'Israël est juridiquement très proche du droit britannique,¹¹²⁶ la législation de cet Etat ne s'inscrit pas du tout dans la logique britannique.¹¹²⁷ En premier lieu, les membres mêmes professionnels des forces armées israéliennes ont le droit d'adhérer au syndicat de leur choix. Comme en Belgique, la législation ne tient pas compte du caractère politique de ce syndicat. En second lieu, les militaires israéliens ont le droit de voter aux élections syndicales. En dernier lieu, ils peuvent également être candidats pour exercer des mandats syndicaux au niveau national. Comme dans la plupart des cas européens, les membres des Forces israéliennes de défense ne peuvent toutefois pas prétendre exercer le droit de grève. Le libéralisme israélien en la matière ne peut se comprendre que du fait de la part déterminante de la conscription dans

¹¹²³ BELLESCIZE de (R.), *op. cit.*, p. 313 et s.

¹¹²⁴ HERRY (J.-L.), *op. cit.*, p. 219.

¹¹²⁵ DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOZI (C.), *Grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2002, 600 p., pp. 15-23

¹¹²⁶ Selon C. Klein, « le système juridique israélien peut être défini comme une synthèse originale, combinant de fait plusieurs influences sous la forme de strates se superposant les unes aux autres. [...] La pensée juridique anglo-saxonne est largement dominante. », cf. KLEIN (C.), *Le droit israélien*, PUF, 1990, 127 p., p 3.

¹¹²⁷ Pour l'ensemble, LEVY (S.), « Humans rights in armed forces », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *op. cit.*, pp. 658 et 671.

les forces armées israéliennes.¹¹²⁸ La séparation entre citoyen et militaire est ici trop difficile à réaliser.

Mais même dans des circonstances moins exceptionnelles, les exemples anglais et américains sont peu suivis par les anciens *Dominions*, alors même que les phénomènes de mimétismes juridiques sont fréquents.¹¹²⁹ Le cas australien est assez proche du système allemand. Les membres des Forces armées australiennes peuvent adhérer à une association professionnelle, l'*Australian Defense Federation*. Celle-ci donne son avis sur les traitements et représente les militaires australiens lors des négociations collectives. De plus, cette association fournit un conseil juridique et éventuellement un soutien matériel à ses membres lorsqu'ils en ont besoin. Cette fédération bénéficie aussi du soutien de l'institution militaire.¹¹³⁰ Toutefois, cette liberté syndicale connaît deux restrictions. D'une part, les membres des forces armées ne peuvent traditionnellement s'engager dans des activités politiques qui seraient fomentées par un syndicat.¹¹³¹ D'autre part, l'exercice du droit de grève, même s'il n'est pas explicitement interdit, conduirait au même type de sanctions qu'au Royaume-Uni. Les membres de la Force de défense australienne seraient alors inculpés d'insubordination, voire de mutinerie.¹¹³²

Enfin, il convient d'accorder une certaine importance au cas sud-africain. S'il s'agit d'un système juridique appartenant à la famille de la *common law*, ce système possède ses particularités propres. A l'opposé des systèmes au cœur de l'étude, il s'agit d'un système pratiquant le

¹¹²⁸ VAN CREVELD (M.), *Histoire critique de la force israélienne de défense*, Editions du Rocher, 1998, 588 p., p. 370.

¹¹²⁹ Ne serait-ce qu'en matière constitutionnelle. Cf. d'un point de vue historique DALE (W.), "The Making and Remaking of Commonwealth Constitutions", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1993, Vol. 42, pp. 67-83.

¹¹³⁰ Cf. l'intervention du *Private Member Jones*, *op. cit.*

¹¹³¹ Cf. en ce sens déjà : LUSINK (T. J. C.), « Australian Report », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *op. cit.*, p. 497.

¹¹³² *Ibid.*

suffrage universel depuis peu d'années. De plus, cet Etat a mis en place dans sa nouvelle constitution une déclaration de droits très développée¹¹³³, à la différence des trois systèmes constitutionnels ici étudiés qui ont privilégié une rédaction en termes généraux des déclarations. En troisième lieu, cet Etat s'est doté d'une Cour constitutionnelle mais qui garanti le respect de la Constitution avec les juridictions ordinaires.¹¹³⁴ Enfin, dans la tradition juridique sud-africaine, les juges disposent d'un pouvoir assez étendu.¹¹³⁵ En somme, l'Afrique du Sud constitue un système juridique particulièrement topique des Etats de droit contemporains, tels qu'ils se sont développés à partir des traditions libérales. Or, les juges sud-africains ont eu l'occasion récemment de prendre position sur l'étendue de la liberté syndicale des militaires. Dans une décision récente de 2006 *South African National Defence Union v. Minister of Defence and Others*¹¹³⁶, la Supreme Court of Appeal of South Africa a pris une position très différente de celle des trois Etats étudiés. Par cet arrêt, la Cour suprême africaine s'aligne sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Celle-ci a considéré en 1999 dans une décision *South African National Defence Union v. Minister of Defence*¹¹³⁷ que les membres des forces armées sud-africaines devaient bénéficier des mêmes droits syndicaux que les autres individus.

La Cour constitutionnelle avait été saisie pour se prononcer sur la constitutionnalité de la section 126B du *Defence Act* de 1957. Cette

¹¹³³ LENOIR (N.), « Le nouvel ordre constitutionnel d'Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, n°1, pp. 37-40.

¹¹³⁴ PHILIPPE (X.), Présentation de la Cour constitutionnelle sud-africaine », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°9, pp. 41-52, particulièrement p. 42.

¹¹³⁵ Les juges sud-africains ont été parmi les premiers à essayer de donner une portée normative à la théorie de supra-constitutionnalité dans une décision *Harris v. Minister of the Interior*, 1952), T.L.R. 1245, cf. KLEIN (C.), *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, 217 p., pp. 178-185.

¹¹³⁶ Supreme Court of Appeal of South Africa, 31 août 2006, *South African National Defence Union v. Minister of Defence and Others*, [2006] S.C.A. 91 (R.S.A.), www.supremecourtofappeal.gov.za/judgments/sca_judg/sca_2006/307_05.pdf, consulté le 23 août 2007.

¹¹³⁷ Cour constitutionnelle sud-africaine, 25 mars 1999, *South African National Defence Union v. Minister of Defence*, 1999 (4) SA 469 (CC), <http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgiirsi/yMmQEdBCtj/MAIN/81930030/503/1455>, consulté le 2 août 2007..

disposition interdisait aux membres des forces armées d'adhérer à un syndicat et de faire grève.¹¹³⁸ Or, la Constitution sud-africaine de 1996 dispose en son article 23(2) que « tout travailleur a le droit (a) de créer et d'adhérer à un syndicat ; (b) de participer aux activités et programmes d'un syndicat ; (c) de faire grève ». ¹¹³⁹ Cependant, comme le soulignait le gouvernement, encore fallait-il que les membres des forces armées soient considérés comme des « travailleurs ». Plusieurs arguments pouvaient permettre de soutenir que les militaires n'étaient pas des travailleurs au sens de la Constitution. L'article 23 se réfère essentiellement au terme d' « employé ». Ceci suppose l'existence d'un contrat de travail. Or, comme aux Etats-Unis, la Cour considère que l'acte de recrutement n'est pas un contrat. On retrouve ici les thèses d'essence statutaire.¹¹⁴⁰ La distinction essentielle réside dans le fait que l'enrôlement conduit les militaires à être sujets du *Military Discipline Code* qui comporte des incriminations pénales.¹¹⁴¹

Toutefois, la Cour va retenir une application large de l'article 23(2). Elle va se fonder pour cela sur un argument historique. Les juges vont mettre en avant le fait que le régime de l'*Apartheid* avait interdit toute activité syndicale aux travailleurs noirs. En conséquence, par réaction, ils considèrent que l'article 23(2) de la Constitution du 7 février 1997 a une valeur particulièrement importante pour les travailleurs sud-

¹¹³⁸ Section 126B : A(1) A member of the Permanent Force shall not be or become a member of any trade union [...] (2) Without derogating from the provisions of sections 4(h) and 10 of the Military Discipline Code, a member of the South African Defence Force who is subject to the said Military Discipline Code, shall not strike [...]. (3) A member of the South African Defence Force who contravenes subsection (1) or (2), shall be guilty of an offence », *Defense Act* de 1957 cité aux points 2 et 3 de la décision.

¹¹³⁹ Section 23(2) « Every worker has the right (a) to form and join a trade union ; (b) ; (c) to participate in the activities and programmes of trade union ; and (c) to strike », http://www.servat.unibe.ch/law/icl/sf00000_.html, consulté le 22 août 2007.

¹¹⁴⁰ Cour constitutionnelle sud-africaine, 25 mars 1999, *South African National Defence Union v. Minister of Defence*, 1999 (4) SA 469 (CC) point 22 : « It is clear from reading section 23 that it uses the term Aworker@ in the context of employers and employment. It seems therefore from the context of section 23 that the term Aworker@ refers to those who are working for an employer which would, primarily, be those who have entered into a contract of employment to provide services to such employer. Members of the Permanent Force do not enter into a contract of employment as ordinarily understood. They “enroll” in the Permanent Force. »

¹¹⁴¹ *Ibid*, point 24.

africains. En conséquence, son application doit être particulièrement stricte.¹¹⁴² A l'appui de ce raisonnement, la Cour invoque la Convention 87 de l'Organisation internationale du travail du 9 juillet 1948. L'article 9(1) qualifie en effet les membres des forces armées de « travailleurs ».¹¹⁴³ Enfin, à l'instar du Tribunal constitutionnel espagnol, le juge considère que l'article 23(2) de la Constitution est applicable aux militaires car il ne remet pas en cause la discipline.¹¹⁴⁴ En revanche, le juge admet que les restrictions au droit de grève elles sont applicables aux militaires.¹¹⁴⁵

La *Supreme Court of Appeal* a donc tiré les conséquences de cette décision. Le syndicat de militaires sud-africains a en effet continué son combat juridique. Il a contesté la constitutionnalité du Chapitre XX des *General regulations for South African National Defence Force*. Ces dispositions limitaient le droit de négociation collective des membres des forces armées. Se fondant sur la décision de la Cour constitutionnelle de 1999, la haute juridiction considère qu'une telle disposition viole l'article 23 al 3 de la Constitution sud-africaine. Mais le juge de droit commun est allé plus loin que le juge constitutionnel. La *Supreme Court of Appeal* affirme dans un premier temps que « La Constitution ne distingue pas entre travailleurs ou entre syndicats suivant la nature de leur travail et le secteur où ils interviennent »¹¹⁴⁶. Dès lors, il en découle pour le juge une application large de la liberté syndicale : « Tous les travailleurs ont le droit constitutionnel de faire grève et tous les syndicats ont le droit

¹¹⁴² *Ibid*, point 20 «The inclusion of these rights in our Constitution is a clear recognition of their significance to South African workers»

¹¹⁴³ *Ibid* points 26 et s.

¹¹⁴⁴ *Ibid* point 29 : « It does not seem to me that the requirement of strict discipline will necessarily be undermined by holding, however that members of the Permanent Force constitute « workers » for the purpose of section 23(2) »

¹¹⁴⁵ Cour constitutionnelle sud-africaine, 25 mars 1999, *South African National Defence Union v. Minister of Defence*, 1999 (4) SA 469 (CC) point 33.

¹¹⁴⁶ Supreme Court of Appeal of South Africa, 31 août 2006, *South African National Defence Union v. Minister of Defence and Others*, [2006] S.C.A. 91 (R.S.A.), « The Constitution does not distinguish between workers or trade unions depending upon the nature of their work or the industry in which they function », *Ibid*, pt 5.

constitutionnel de représenter collectivement leurs adhérents »¹¹⁴⁷. Il en résulte que les syndicats militaires ont le droit de négocier les conditions de travail et que leurs membres ont le droit de faire grève »¹¹⁴⁸.

En somme, la Cour considère que le droit de faire grève constitue la garantie du droit de négociation. Dès lors, ces deux prérogatives constitutionnelles sont inséparables.¹¹⁴⁹ Néanmoins, après cette affirmation de principe, le juge de droit commun admet que le droit de grève soit interdit car cette interdiction est compensée par un circuit particulier de négociation collective. Dès lors, la Cour estime que toute limitation excessive de la liberté de négociation des syndicats est contraire à la Constitution. Ainsi le gouvernement n'avait pas le droit d'interdire aux syndicats de négocier des *Closed shop*. L'Afrique du Sud établit donc une conception particulièrement favorable à la liberté syndicale des militaires.

Comme pour les agents publics civils des trois Etats au cœur de cette étude, les militaires des Etats ici étudiés disposent donc d'une liberté syndicale assez étendue. Ils peuvent adhérer au syndicat de leur choix. Ces syndicats peuvent exercer le droit de négociation collective. En revanche, à la différence du régime des agents publics des trois systèmes constitutionnels ici étudiés, la plupart des Etats interdisent le droit de grève. Cette analyse confirme l'existence d'un statut particulier des militaires aux Etats-Unis, en France et au Royaume-Uni. En effet, le droit de grève y est strictement proscrit.¹¹⁵⁰ Limités dans leur droit

¹¹⁴⁷ « All workers have the constitutional right to strike and all trade unions have the constitutional right to engage in collective bargaining », *ibid*.

¹¹⁴⁸ « Members of the Permanent Force of the SANDF are workers for the purposes of section 23(2) of the Constitution. It follows that their trade unions have the constitutional right to engage in collective bargaining and that their members have the constitutional right to strike », *ibid*.

¹¹⁴⁹ *Ibid*, pt 6.

¹¹⁵⁰ Aux Etats-Unis, il est en est ainsi rappelé dans la section 1 (a) (4) que « les grèves, les ralentissements, les piquets de grèves et les autres formes traditionnelles d'action sociale n'ont pas leur place dans les forces armées » (« Strikes, slowdowns, picketing, and other traditional forms of job action have no place in the armed forces »). Au Royaume-Uni, après avoir reconnu le droit d'adhérer à une association professionnelle, le *Queen's Army regulation* 1975, Part 14, J. 5.588 a précisé que les militaires « ne sont pas autorisés à

syndical, dépourvus du droit de grève, les militaires anglais, français et nord-américains sont donc véritablement restreints dans l'exercice de leurs droits syndicaux. Il faut maintenant interpréter cette limitation.

participer aux actions sociales ou ni à aucune forme d'action politique organisées par les syndicats civils ou par les organisations professionnelles » (« They are not to participate in industrial action or in any form of political activity organised by civilian trade unions or professional associations »). Enfin, le statut français édicte de façon lapidaire à l'art. 6 al 6 que « l'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire ».

Chapitre II : Une limitation de la fonction représentative inhérente à la liberté syndicale

L'interprétation de la limitation de la liberté syndicale des militaires implique une démarche en deux étapes afin de démontrer que cette limitation constitue bien une séparation entre le représentant politique et le militaire. Il faut d'abord démontrer qu'il ne s'agit pas d'une limitation de pure opportunité, mais qu'elle est intégrée dans les systèmes constitutionnels étudiés. Cela passe par la démonstration du caractère juridiquement valide de cette limitation (I). Une fois établie l'intégration de cette limitation dans l'ordre juridique des trois Etats, il sera possible de démontrer qu'il s'agit d'une limitation visant uniquement à limiter la fonction politique des syndicats (II).

Section I. Une dérogation valide à une liberté fondamentale

Pour démontrer que cette limitation est inhérente aux systèmes constitutionnels existants, encore faut-il démontrer, dans un premier temps, que cette limitation fait bien partie de ce système. Il faut ainsi établir que cette limitation est conforme à la norme supérieure, et donc établir sa validité. Cela est d'autant plus nécessaire qu'une opinion, répandue uniquement dans la doctrine française, postule que cette limitation est contraire aux droits fondamentaux. Pourtant, il est possible d'établir que la limitation de la liberté syndicale des militaires est

conforme à la norme fondamentale en matière de droits de l'homme au Royaume-Uni. En l'espèce, elle est conforme à la Convention européenne des droits de l'homme (A). De la même manière, il est possible d'établir qu'une telle dérogation à la liberté syndicale est constitutionnelle aussi bien aux Etats-Unis qu'en France (B).

A. Une dérogation conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

La liberté syndicale n'est pas, et du reste ne saurait être, garantie constitutionnellement au Royaume-Uni, ni directement ni indirectement. La liberté d'association, qui peut recouvrir l'activité syndicale, ne bénéficie pas elle-même d'un statut particulier. Elle est donc autorisée tant que le législateur ne l'a pas limitée.¹¹⁵¹ Ce mode de raisonnement très libéral a toutefois conduit dans un premier temps le *Queen's Bench* à considérer que les *trade unions* étaient illégales car elles portaient atteinte à la liberté de commerce.¹¹⁵² Aussi, cette décision a amené le Parlement à voter le *Trade Union Act* de 1871. Cette loi, qui n'avait pour but que de renverser la décision *Hornby*, est considérée comme constituant le point de départ de l'intégration juridique du phénomène syndical. Désormais, la liberté d'association -y compris syndicale- est garantie au Royaume-Uni par le *Human Rights Act* qui intègre la Convention européenne dans le droit britannique.¹¹⁵³ Or, la Cour

¹¹⁵¹ EWING (K. D.), *op. cit.*, p. 241.

¹¹⁵² *Queen's Bench, Hornby v. Close* (1867) LR 2 QB 153, cité in EWING (K. D.), *op. cit.*, p. 242. Selon l'opinion du Court Justice Cockburn : "Here we find the very purposes of the existence of the society not merely those of a friendly society, but to carry out the objects of a trades' union. Under that term may be included every combination by which men bind themselves not to work except under certain conditions, and to support one another, in the event of being thrown out of employment, in carrying out the views of the majority. [...] the rules of such a society would certainly operate in restraint of trade, and would therefore, in that sense, be unlawful »

¹¹⁵³ Sur le processus, en cours cf. LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 3^{ème} éd., 2004, 1060 p., pp. 476-478.

européenne des droits de l'homme a justement eu l'occasion de se prononcer sur les restrictions apportées à la liberté syndicale en général et à la liberté syndicale des forces armées en particulier.

L'affaire des *Government Communications Headquarters* a permis de commencer à définir l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme à la limitation des droits syndicaux des militaires. Dans une décision *Council of Civil Service et autres*¹¹⁵⁴, la commission a pu se prononcer sur la portée de la limitation que les Etats peuvent apporter aux droits syndicaux. En l'espèce, même s'il ne s'agissait pas de militaires, la Cour raisonne par analogie avec les membres des forces armées.¹¹⁵⁵ Pour comprendre ce raisonnement, il faut d'abord reprendre l'argumentaire des requérants. Selon eux, un Etat ne pouvait restreindre les droits syndicaux d'un agent de l'Etat¹¹⁵⁶ que si l'exercice personnel de ces droits pouvait porter atteinte à une des finalités légitimes énoncées dans le premier élément de l'alinéa.¹¹⁵⁷ La commission a rejeté cet argument en considérant que la mission du *Government Communications Headquarters* impliquait la « sécurité nationale » dans son ensemble. De plus, elle a estimé que le caractère légitime de la restriction était jugé indépendamment des finalités énoncées dans le premier alinéa.¹¹⁵⁸ Dès lors, la restriction peut être portée à l'ensemble des agents de cette institution.¹¹⁵⁹ De plus, la commission a continué à privilégier la marge d'appréciation de l'Etat en estimant que l'interdiction d'adhérer un syndicat était impliquée par

¹¹⁵⁴ C.E.D.H., commission, 20 janvier 1987, *Council of Civil Service Union et autres*, D.R., 50, p. 244 et s.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 254.

¹¹⁵⁶ Article 11 al 2 Second élément : « Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat »

¹¹⁵⁷ Article 11 al 2 Premier élément : « L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

¹¹⁵⁸ C.E.D.H., commission, 20 janvier 1987, *Council of Civil Service Union et autres*, D.R., p. 257.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 254

l'expression de « restrictions légitimes ». ¹¹⁶⁰ *A fortiori* donc, la liberté syndicale des militaires peut donc être supprimée. ¹¹⁶¹

Cette position a été suivie par l'autre organe du Conseil de l'Europe en charge de la protection des droits sociaux. Se fondant sur la Charte sociale européenne, telle qu'elle a été révisée en 1996, le Comité européen des droits sociaux ¹¹⁶² a estimé que le statut des militaires français ne violait pas la Charte. ¹¹⁶³ Le recours avait été introduit par la Fédération européenne du personnel des services publics et la Confédération européenne des syndicats. Il est intéressant de noter qu'il ne s'agit pas d'organisations proprement françaises, mais de structures européennes. Les deux organisations reprochaient à l'Etat Français de contrevenir aux articles 5 et 6 de la Charte. L'article 5 garantit la liberté syndicale. L'article 6 protège le droit à la négociation collective. L'article 5 prévoit toutefois que la loi peut limiter la liberté syndicale pour les membres des forces de police et ceux des forces armées. Se fondant sur les travaux préparatoires, le Comité européen des droits sociaux admet la possibilité pour les Etats d'interpréter l'habilitation qui leur est reconnue par cette exception au sens maximal. La limitation peut aller jusqu'à la suppression. ¹¹⁶⁴ De la même manière, le Comité a

¹¹⁶⁰ *Ibid*, p. 256.

¹¹⁶¹ En ce sens, DEMEZY (C.), « La liberté syndicale et le droit de négociation des militaires », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 546 et s.

¹¹⁶² Ce Comité est constitué de neuf experts indépendants. Il assure le respect de leurs obligations par les Etats. Une fois sa décision prise, il transmet son avis au Comité intergouvernemental et au Comité des ministres qui se prononcent en dernier lieu. Depuis 1998, les syndicats, les organisations d'employeurs et certaines organisations non gouvernementales peuvent saisir le Comité européen des droits sociaux s'ils estiment que les droits de la Charte ont été violés. S'il estime la requête recevable et bien fondée, ce Comité saisit le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Celui-ci adresse une recommandation à l'Etat concerné pour mettre fin à cette violation. La France a accepté cette voie de recours.

¹¹⁶³ Déclarée recevable le 10 février 2000, la décision sur le bien-fondé de la réclamation n° 2/1999, adoptée le 4 décembre 2000, a été rendue publique le 23 mars 2001, après l'adoption de la résolution du Comité des ministres. Cf. DEMESY (C.), « La liberté syndicale et le droit de négociation collective des militaires (à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 4 décembre 2000, publiée le 23 mars 2001) », *RFDA* 2003 p. 546 et s.

¹¹⁶⁴ Point 27; Conclusions I, p. 32.

considéré qu'en l'absence de preuves suffisantes, le système français de concertation n'était pas contraire à l'article 6 de la Charte.

B. Une dérogation conforme à la Constitution aux Etats-Unis et en France

En France, comme aux Etats-Unis, le droit de se syndiquer a été reconnu comme un droit constitutionnel. Pourtant, la suppression de la liberté syndicale des militaires a été admise. Elle a été reconnue de façon explicite aux Etats-Unis. La validité constitutionnelle est, quant à elle, implicite en France.

a) Une constitutionalité implicite aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, la Cour suprême a donné valeur constitutionnelle à la liberté syndicale. Elle s'est appuyée sur le premier amendement de la Constitution dans la célèbre décision *N.A.A.C.P. v. Alabama*. Elle se fonde sur la liberté d'expression garantie par ce texte. Lorsque le texte énonce que « Le Congrès ne doit faire aucune loi qui [...] restreindrait la liberté de parole ou de presse », il en résulte que « le droit de s'associer pour la protection de ses croyances est inséparable de la liberté assurée par la Clause du *Due Process of Law* du XIVème amendement qui inclut la liberté d'expression ». La Cour a en outre précisé dans cette décision que cette liberté bénéficie notamment aux finalités économiques¹¹⁶⁵ dans lesquelles on peut légitimement inclure les droits des travailleurs, donc le droit de se syndiquer. S'agissant des membres des forces armées, une

¹¹⁶⁵ « ...freedom to engage in association for the advancement of beliefs and ideas is an inseparable aspect of the "liberty" assured by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, which embraces freedom of Speech. Of course, it is immaterial whether the beliefs sought to be advanced by association pertain to [...] economic [...] matters.», Cour suprême, *N.A.A.C.P. v. Alabama*, 357 U.S. 449, 460-461 (1958).

partie de la doctrine a pendant longtemps pensé que le premier amendement n'était néanmoins pas applicable aux militaires¹¹⁶⁶. Selon le *Chief Justice Warren*¹¹⁶⁷, cette position se fondait sur le précédent *Ex parte Vallandigham* de 1863¹¹⁶⁸. Le recours à cette jurisprudence est particulièrement intéressant. En effet, par cet arrêt, la Cour s'était reconnue compétente pour contrôler les décisions militaires par voie de *certiorari*¹¹⁶⁹. Le raisonnement était le suivant. Puisque le juge de droit commun est compétent pour censurer les jugements prononcés par des juridictions militaires à propos de personnes civiles, *a contrario* les juridictions ordinaires ne peuvent s'immiscer dans des affaires purement militaires. Toutefois, le *Chief Justice* considérait que cette jurisprudence, établie lorsque les forces armées n'étaient composées que d'une faible partie de la population, n'était plus soutenable dans un système de conscription. Le service militaire impliquait l'exercice de l'autorité

¹¹⁶⁶ En ce sens EMERSON (Th. I.), "Toward a General Theory of the First Amendment", *Yale Law Journal*, t. 72, 1963, pp. 877-956, p. 918. Pour D. F. Vagst professeur à Harvard, la non-application du premier amendement supposait l'intervention du Congrès pour procéder à une limitation proportionnée de la liberté d'expression des militaires. Cf. VAGTS (D. F.), « Free Speech in the Armed Forces », *Columbia Law Review*, vol. 57, 1957, pp. 186-218, p. 189-190.

¹¹⁶⁷ WARREN (E.), « The Bill of Rights and the Military », *New York University Law Review*, t. 37, 1962, pp. 181-204, pp. 186-187.

¹¹⁶⁸ Cour suprême, *Ex parte Vallandigham*, 68 U.S. (1 Wall.) 243 (1863).

¹¹⁶⁹ « Depuis l'origine, en 1789, et pour pratiquement un siècle durant, la juridiction d'appel de la Cour fut toujours obligatoire. La Cour pouvait être saisie soit par la procédure de l'appel, soit par une procédure distincte mais très proche, la procédure du *writ of error* [recours pour erreur de droit]. A la fin du XIX^e siècle, il est devenu évident que la Cour ne pouvait plus faire face au flot de tous les appels dont elle était saisie. C'est alors que le Congrès commença à limiter la juridiction d'appel obligatoire de la Cour en instituant avec la loi Evarts de 1891 deux nouvelles procédures d'appel. Soit l'appel serait formé par requête aux fins d'obtenir un *writ of certiorari*, et dans ce cas, la Cour aurait pouvoir discrétionnaire pour refuser de statuer, soit l'appel serait formé par requête en appel pur et simple (*appeal*), auquel cas la Cour devrait juger l'affaire dont elle est saisie. La distinction *appeal / certiorari* prit une grande importance avec la loi judiciaire de 1925 (*Judiciary Act of 1925*) qui, sur les pressantes recommandations des juges de la Cour, étendit si largement la compétence d'appel discrétionnaire de la Cour que les requêtes en *certiorari* atteignirent près de 80% des appels formés devant elle. Cette distinction entre l'*appeal* et le *certiorari* qui joua un rôle essentiel pendant près d'un siècle, a aujourd'hui perdu une grande partie de son intérêt depuis que, par une loi du 27 juin 1988, et toujours à l'invitation des juges suprêmes, le Congrès a fait de la requête en *certiorari* la procédure de droit commun pour saisir la Cour suprême d'une affaire en appel. Il en résulte que la Cour suprême a ce singulier pouvoir discrétionnaire de juger ou de ne pas juger les affaires qui lui sont présentées en appel », in ZOLLER (E.), « La Cour suprême des Etats-Unis - Présentation de la Cour suprême des Etats-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, n°5, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc5/ccc5somm.htm>, consulté le 29 août 2007.

militaire sur des personnes civiles pendant une période qui pouvait être exceptionnellement longue¹¹⁷⁰. En effet, l'*Universal Military Training and Service Act* de 1951 disposait que le service militaire devait durer deux ans et qu'à l'issue de ces deux ans le conscrit devait faire partie des forces de réserve pendant une durée de six ans.¹¹⁷¹

L'évolution de la jurisprudence postérieure lui a donné partiellement raison à travers la plume du *Chief Justice Renquist*. Dans la décision de principe *Parker v. Levy*¹¹⁷², la Cour suprême admet que si « la société militaire a été une société à part de la société civile »¹¹⁷³, « les membres des forces armées ne sont pas exclus de la protection garantie par le Premier amendement ».¹¹⁷⁴ Toutefois, la portée de cette affirmation est très restreinte. En effet, par la suite, la Cour précise que les critères de constitutionnalité des mesures contrôlées sont plus souples que ceux appliqués en matière civile : « la spécificité de la communauté militaire et de la mission militaire nécessite une application différente des protections garanties [par le Premier amendement]. Le besoin fondamental d'obéissance, et la conséquence qui en découle pour l'application de la discipline, peuvent rendre plus admissibles dans l'institution militaire ce qui serait inconstitutionnel à l'extérieur ».¹¹⁷⁵ Les restrictions apportées aux libertés des membres des forces armées sont donc évaluées au regard de la finalité poursuivie et de la nécessité de la mesure.¹¹⁷⁶ En effet, la jurisprudence *Parker v. Levy* a été appliquée

¹¹⁷⁰ WARREN (E.), *op. cit.*

¹¹⁷¹ §§4(b) et (d) de l'*Universal Military Training and Service Act*, 65 Stat. 78 (1951) codifié 50 U.S. 454.

¹¹⁷² Cour suprême, *Parker v. Levy*, 417 U.S. 783 (1974). Cf. ZOLLER (E.), «La liberté d'expression du fonctionnaire en uniforme aux Etats-Unis », in LETTERON (R) (dir.), *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁷³ «military society has been a society apart from civilian society», Cour suprême, *Parker v. Levy*, 417 U.S. 783, 744.

¹¹⁷⁴ «the members of the military are not excluded from the protection granted by the First Amendment», Cour suprême, *Parker v. Levy*, 417 U.S. 783, 754.

¹¹⁷⁵ «The different character of the military community and the military mission requires a different application of those [first amendment] protections. The fundamental necessity for obedience, and the consequent necessity of imposition of discipline may render permissible within the military that which would be constitutionally impermissible outside it» *Parker v. Levy*, 417 U.S. 783, 758.

¹¹⁷⁶ En ce sens SIEMER (D. C.) HUT (A. S.), DRAKE (G. E.), *op. cit.*

de façon stable par la Cour.¹¹⁷⁷ Dès lors, toute contestation d'une règle militaire fondée sur la violation du premier amendement est évaluée par rapport aux standards souples posés dans la décision de 1974. Dès lors, le recours est rejeté et la règle contestée est validée. Par sa généralité, ce raisonnement est en dernier lieu applicable à la législation supprimant la liberté syndicale des militaires.

Un autre moyen pourrait néanmoins être soulevé contre le dispositif mis en place. Un demandeur éventuel peut soulever la rupture d'égalité entre les associations syndicales et les autres associations auxquelles l'adhésion est autorisée. Pourrait être invoquée une violation de l'*equal treatment* garanti par le XVème amendement.¹¹⁷⁸ Toutefois ce moyen sera rejeté. En effet, dans une décision *Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union* de 1977¹¹⁷⁹, la Cour suprême a eu l'occasion de se prononcer sur un cas analogue. Les requérants prétendaient que le refus opposé aux membres d'un syndicat de détenus de se réunir était inconstitutionnel. L'administration aurait violé le droit à un égal traitement car ce refus n'était pas opposé aux autres associations. Dès lors, il y aurait eu rupture de l'*equal treatment* entre les syndicats et les autres associations. La Cour a soutenu la position de l'administration. Elle a estimé que cette clause ne s'appliquait pas au sein de l'enclavement de détention. Les prisons ne sont pas des *public forum* où doit pouvoir s'exercer la liberté d'expression. Les restrictions ainsi apportées à certaines catégories d'associations doivent pouvoir être établies de façon discrétionnaire par l'administration. Seule une rupture d'égalité entre deux associations similaires serait contraire à la Constitution¹¹⁸⁰. Il en résulte que l'administration pénitentiaire peut refuser à des syndicats d'exercer leurs activités au sein d'une prison.

¹¹⁷⁷ Cf. MAZUR (D. H.), « Rehnquist's Vietnam : Constitutional Separatism and the Stealth Advance of Martial Law », *Indiana Law Journal*, vol. 77, 2002, pp. 701-785.

¹¹⁷⁸ FALLON (R. H.), *The Dynamic Constitution*, New York, Cambridge University Press, 2004, 336 p., pp. 109 et s.

¹¹⁷⁹ Cour suprême, *Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union*, 433 U.S. 119, (1977).

¹¹⁸⁰ « The Courts should allow the prison administrators full latitude of discretion, unless it can be firmly stated that the two groups are so similar that discretion have been abused. That is surely not the case here », *id.*, 136.

Une telle analyse est applicable au domaine militaire. En effet, pour affirmer la constitutionnalité de la décision administrative, la Cour se fonde sur le précédent *Greek v. Jones*.¹¹⁸¹ Elle en reprend exactement la technique de contrôle. Or, cette décision concernait la liberté d'expression refusée à certaines catégories de personnes au sein des enceintes militaires.¹¹⁸² *A fortiori*, la jurisprudence *Jones* est donc applicable aux syndicats qui invoqueraient un traitement discriminatoire qui leur serait appliqué au regard des autres associations qui, elles, peuvent accueillir des militaires. En outre, l'arrêt *Jones* confirme également les interdictions plus précises adressées aux militaires comme la proscription de manifestation collective ou la prohibition des piquets de grève¹¹⁸³. En effet, la décision de la Cour suprême des Etats-Unis valide précisément l'interdiction de se réunir. Or, comme les manifestations ou les piquets de grève sont par essence des réunions, elles sont constitutionnellement interdites. Dès lors, comme la liberté syndicale est un démembrement de la liberté d'expression, et que la Cour suprême a admis que cette liberté soit fortement limitée afin de protéger l'institution militaire, la suppression de la liberté syndicale des militaires est donc conforme à la Constitution américaine.

b) Une constitutionnalité virtuelle en France

En France, les deux lois portant statut des militaires n'ont pas été soumises au contrôle de constitutionnalité. De nombreux auteurs se sont donc substitués au juge constitutionnel pour considérer que l'interdiction est contraire à la Constitution¹¹⁸⁴. Le Conseil, s'il était saisi, déclarerait

¹¹⁸¹ Cour suprême, *Greer v. Spock*, 428 U.S. 828, 838 (1976).

¹¹⁸² ZOLLER (E.), *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁸³ 10 U.S.C. 976 cf. Section I de ce Chapitre

¹¹⁸⁴ Voir classiquement LOCHAK (D.), « La liberté syndicale dans la fonction publique », *Droit ouvrier*, 1978, n°3, pp. 87 et s. Plus récemment CHRISTIAN (L.), « La liberté syndicale des personnels militaires : une vérité juridique à affirmer », *A.J.F.P.*, 2005, pp. 198 et s.

l'inconstitutionnalité. Il est vrai que le Préambule de la Constitution dispose en son alinéa 6 que « Tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». Le Conseil constitutionnel en a tiré la conséquence que la liberté syndicale avait pleinement valeur constitutionnelle¹¹⁸⁵ dans sa décision du 25 juillet 1989, *Prévention des licenciements économiques*¹¹⁸⁶. Toutefois, le raisonnement de la doctrine qui postule l'inconstitutionnalité des lois de 1972 et de 2005 sur ce point paraît mal fondé pour trois raisons.

La première réside dans l'apport de la doctrine contemporaine à l'étude des méthodes de la justice constitutionnelle. Il est désormais admis que l'interprète authentique de la Constitution dispose d'une importante liberté dans la détermination de la norme constitutionnelle.¹¹⁸⁷ Dès lors, il paraît pour le moins aventureux de soutenir que l'interdiction faite à un militaire d'exercer ses droits syndicaux est inconstitutionnelle. Une telle hypothèse pourrait toutefois être nuancée du fait de l'existence de contraintes externes qui pèseraient sur le juge constitutionnel. Ainsi, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait orienter le raisonnement du juge constitutionnel. Mais, ce n'est pas le cas. La Cour admet que les Etats procèdent à ce type de restriction pour les membres des forces armées.¹¹⁸⁸ Un troisième argument peut enfin être soulevé à l'appui de la thèse d'une constitutionnalité de la suppression de la liberté syndicale des militaires. Il s'agit de la non-saisine du Conseil constitutionnel. Il est désormais acquis que la réforme de 1974 a permis à l'opposition d'utiliser le contrôle de constitutionnalité comme une arme

¹¹⁸⁵ Cf. sur la liberté syndicale COLLIARD (C.-A.) et LETTERON (R.), *op. cit.*, p. 516 et s. ; FAVOREU (L.) (dir.), *op. cit.*, p. 262 ; MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, 791p., pp. 622 et s.

¹¹⁸⁶ Conseil constitutionnel, décision 89-257 DC du 25 juillet 1989, *R.J.C.*, I, p.358. Cf. *supra*.

¹¹⁸⁷ Deux références semblent particulièrement pertinentes : AVRIL (P.), *Les Conventions de la Constitution*, PUF, 1997, 200 p., pp. 53-65, TROPER (M.), « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, pp 69-83.

¹¹⁸⁸ Cf. *supra*.

contre les projets de la majorité.¹¹⁸⁹ Dès lors que le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi, il est possible d'expliquer qu'il existe un consensus entre la majorité et l'opposition sur la nécessité de cette mesure ou tout du moins que les doutes sur sa constitutionnalité ne sont pas majeurs.

Mais, il paraît possible d'aller plus loin ou de formuler les choses d'une autre façon. L'interdiction des droits syndicaux des militaires a été énoncée par deux fois sous forme législative. A ces deux occasions, le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi. Il existe ainsi un accord entre les différents organes pour considérer au minimum que cette loi est compatible avec la Constitution. Cette législation est appliquée de façon continue depuis 1972. Elle n'a donc pas été remise en cause par les différentes alternances. Il est possible de considérer qu'elle a été implicitement validée par la gauche. L'alternance de 1981 est particulièrement significative. En effet, peu de temps après le changement des majorités, le gouvernement Mauroy a procédé à des réformes majeures concernant l'institution militaire. Pourtant la nouvelle majorité n'a pas remis en cause cette disposition. Caractère stable de la règle, accord des organes, accord des forces politiques, les trois conditions semblent donc réunies pour reconnaître une convention de la Constitution.¹¹⁹⁰ Celle-ci postulerait que la loi est compatible à la Constitution. Cette hypothèse est particulièrement bien adaptée à la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 *portant statut général des militaires* en ce qui concerne le droit syndical. Lors du débat à propos des restrictions apportées à la liberté syndicale, M. Jean-Michel Boucheron a indiqué « que le groupe socialiste déposera quelques amendements techniques. Il a déclaré, à titre personnel, que le texte comportait de nombreux éléments positifs, se félicitant en particulier qu'il réaffirme à juste titre

¹¹⁸⁹ DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2^{ème} éd., 2006, 759 p. ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2006, 536 p., p. 72.

¹¹⁹⁰ ROSSETTO (J.), « A propos de la stabilisation conventionnelle de la Cinquième de la République », *R.D.P.*, 1998, n°spécial, pp. 1498-1506.

que les militaires ne sont pas des fonctionnaires comme les autres. La seule divergence tient au maintien de l'interdiction d'adhérer à un parti politique, qui devrait, lui semble-t-il, être levé, à la condition expresse qu'il ne puisse en être fait état. »¹¹⁹¹. Il y avait bien un consensus entre les principaux groupes politiques pour valider la restriction à la liberté syndicale. Ce consensus s'est d'ailleurs confirmé en deuxième lecture puisque la loi a été votée à l'unanimité par l'Assemblée nationale.¹¹⁹²

Dès lors, il convient de conclure que la limitation de la liberté syndicale des militaires dans les trois Etats constitue une dérogation valide à une liberté garantie au niveau constitutionnelle. Formellement, il semble donc que soit organisée une limite à une liberté individuelle. Toutefois, une analyse plus poussée permet de démontrer que cette restriction vise essentiellement la fonction représentative des syndicats.

Section II. Une limitation visant uniquement la fonction politique des syndicats

Pour justifier la limitation de la liberté syndicale dans les trois Etats, la préservation de la discipline a toujours été avancée. Toutefois, une analyse fonctionnelle démontre que le droit positif a entendu pallier partiellement la suppression de la liberté syndicale par des mécanismes institutionnels (A). Dès lors, il en découle que seule la fonction politique des syndicats est visée par cette interdiction (B).

¹¹⁹¹ TESSIER (G.), *Rapport fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n° 1741) portant statut général des militaires*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} décembre 2004, p. 49. www.assemblee-nationale.fr, consulté le 28 août 2007.

¹¹⁹² LATOUR (X.), *op. cit.*, p. 770.

A. Une limitation partiellement palliée par des mécanismes institutionnels

Une analyse fonctionnelle de la liberté syndicale suppose d'abord d'établir les fonctions que les associations professionnelles peuvent jouer. Historiquement la première fonction des syndicats a été d'assurer une certaine solidarité entre ses adhérents.¹¹⁹³ Cette fonction est assurée dans les trois systèmes étudiés par des associations d'entraide. La seconde fonction qui est retenue est celle d'une représentation interne, tant collective qu'individuelle des travailleurs. La dernière fonction consiste dans la participation des syndicats aux fonctions normatives gouvernementales. Pour les militaires seule cette dernière fonction n'est remplie par aucune autre institution. En effet, en ce qui concerne la représentation interne, il faut constater que le système anglais favorise un système de représentation individuelle alors que le système français a progressivement privilégié un système de représentation collective.

Dans les trois systèmes, la représentation des militaires est d'abord une mission qui incombe aux autorités hiérarchiques. En revanche, le Royaume-Uni se singularise en confiant la défense des intérêts matériels à une autorité administrative indépendante alors que les Etats-Unis et la France ont préféré établir des institutions internes aux compétences plus larges.

¹¹⁹³ EWING (K. D.), « The Functions of Trade Unions », *Industrial Law*, 2005, vol. 34, pp. 1-22 ; MAZEAUD (D.), *op. cit.*, p. 162.

1. Le recours commun à l'obligation de représentation hiérarchique

Dans les trois systèmes étudiés, les différents échelons de la hiérarchie ont l'obligation de protéger les conditions de travail de leurs subordonnés. Toutefois, ces obligations sont formulées de façon très différente. Le système français est le plus explicite. Ainsi, le premier alinéa de l'article 6 du statut de 2005 précise qu'il « appartient au chef, à tous les échelons, de veiller aux intérêts de ses subordonnés et de rendre compte, par la voie hiérarchique, de tout problème de caractère général qui parviendrait à sa connaissance »¹¹⁹⁴. Inscrite dans le même article qui supprime la liberté syndicale des militaires, cette obligation est donc présentée comme une contrepartie à cette limitation.

Le droit britannique procède d'une façon proche. Il ne crée pas d'obligation de représentation par rapport au niveau hiérarchique supérieur. Toutefois, il crée une obligation directe envers chaque commandant de garantir les bonnes conditions de vie de ses subordonnés. Ainsi, les *Queen's regulations for the Army* disposent qu'il est de la « responsabilité » de l'ensemble des autorités militaires de veiller au « bien être des familles et du personnel sous son commandement »¹¹⁹⁵. Un tel mécanisme existe également aux Etats-Unis. Le paragraphe 3583 du titre 10 de *United States Code* fait obligation aux commandants de « promouvoir et protéger [...] le bien-être général des sous-officiers et hommes du rang placés sous leur commandement »¹¹⁹⁶. Il faut néanmoins souligner que cette obligation est particulièrement récente puisqu'elle n'a été établie qu'en 1997¹¹⁹⁷. Quoi qu'il en soit de l'efficacité voire de

¹¹⁹⁴ Article 6 al 1 de la loi 2005-270 portant statut général des militaires.

¹¹⁹⁵ *Queen's regulations for the Army* (1975) § 3.001 : Common to all levels of command from independent sub units upwards is the responsibility of the commander for: [...]The general welfare of the families of personnel under command"

¹¹⁹⁶ *Section 3583, Title 10, United States Code (10 USC 3583) (4)* « All commanding officers and others in authority in the Army are required [...] to promote and safeguard [...] the general welfare of the officers and enlisted persons under their command"

¹¹⁹⁷ Loi du 18 novembre 1997, Pub. L. 105-85, div. A, title V, § 507(a)(1), 111 Stat. 1726.

l'effectivité, cette représentation hiérarchique est complétée dans les trois systèmes par d'autres mécanismes.

2. La protection des intérêts matériels des militaires britanniques par une autorité administrative indépendante

Au sein des forces armées britanniques, il n'existe pas de mécanismes de concertation. C'est un élément véritablement propre aux forces armées de cet Etat. En Europe, seul le Portugal semble procéder de la même façon en ne prévoyant pas de représentation. Le droit portugais se rapproche d'autant plus du droit anglais que, s'il exclut l'adhésion des militaires aux syndicats, il autorise les associations professionnelles à caractère social, déontologique ou socioprofessionnel et aux possibilités réduites¹¹⁹⁸. Néanmoins, la défense des intérêts collectifs des militaires ne repose pas pour autant uniquement sur la bienveillance de l'autorité militaire. Elle revient à l'*Armed Forces Review Pay Body*. Ainsi, interrogé sur la nécessité d'autoriser les militaires britanniques à établir une *Federation*, le General Sir Michael Walker – *Chief of the Defence Staff*¹¹⁹⁹ – a expliqué au *Select Committee on the Armed Forces Bill* de la Chambre des communes que ce comité est « l'un des éléments qui a le mieux permis de prendre en compte les conditions de rémunération et de service [...] qui constituent les principaux sujets des réclamations qui justifieraient l'établissement de fédérations. »¹²⁰⁰.

Une telle affirmation à propos de ce corps peut surprendre dans un premier temps. Par sa composition et sa situation administrative, ce

¹¹⁹⁸ Cf. Sénat, *Les droits politiques et syndicaux des militaires*, Documents de travail du sénat, Législation comparée, n°105, 2002, p. 27

¹¹⁹⁹ Equivalent français du Chef d'état-major des armées.

¹²⁰⁰ General Sir Michael Walker : "one of the things that serves us best in looking at our conditions and terms of service is the Armed Forces Pay Review Body [...] which are often the biggest cause of grievance for federations.", House of Commons, Select Committee on the Armed Forces Bill, *op. cit.*, séance du 16 février 2006, Q 404 Ev 69.

comité créé en 1971 ne semble pas à première vue pouvoir jouer un rôle quasi-représentatif. En premier lieu, cette autorité ne comporte pas de militaires d'active. L'*Armed Forces Pay Review Body* est composé de dix membres¹²⁰¹. Ses membres sont issus essentiellement de l'université et du secteur privé. Ils sont nommés par le *Secretary of Defence*. Ils exercent ou ont exercé des responsabilités en matière de gestion du personnel. Mais la distance par rapport à l'institution militaire n'est pas seulement personnelle. Elle est également organisationnelle. En effet, l'*Armed Forces Pay Review Body* est rattaché à l'*Office of Manpower Economic*. Il s'agit d'une autre autorité administrative indépendante qui regroupe l'ensemble des comités qui conseillent le gouvernement en matière de ressources humaines. L'*Armed Forces Pay Review Body* a donc pour mission principale de conseiller de façon indépendante le Premier ministre ainsi que le ministre de la Défense. Il peut également se saisir d'autres questions plus générales¹²⁰².

C'est justement cette configuration qui va permettre à cette autorité administrative de veiller aux intérêts matériels des militaires. Ayant accès au ministre et présentant un avis indépendant, sa position va être particulièrement forte. Ainsi, le Chef d'Etat-major des armées britanniques considère que cette institution constitue une alternative aux syndicats en ce que cette autorité « préserve les conditions de rémunération des militaires » et qu'elle a « accès directement au

¹²⁰¹ Les dix membres sont actuellement : Professor Alasdair Smith ; Mary Carter ; Professor Peter Dolton ; Paul Kernaghan CBE QPM ; The Very Revd Dr Graham Forbes CBE ; John Steele ; Judy McKnight CBE ; Vice Admiral (retired) Sir Richard Ibbotson KBE . Cf. http://www.ome.uk.com/AFPRB_Biographies.aspx

¹²⁰² Selon les termes de sa mission, l'AFPRB "a été créé pour fournir un avis indépendant au Premier ministre et au ministre de la défense quant aux rémunérations et charges des militaires de la Couronne. Dans l'élaboration de ses recommandations, il doit prendre en compte : — la nécessité de recruter, de fidéliser et de motiver des personnels aptes et qualifiés, au fait des contingences particulières de l'état militaire, — les politiques gouvernementales visant à améliorer le rendement des services publics, — les ressources financières du ministère telles que définies par le budget gouvernemental, — les projections d'inflation. Il s'efforcera d'établir une correspondance large entre les soldes militaires et le niveau des rémunérations dans la vie civile" cité in DENOIX de SAINT-MARC (R.) (président), *op. cit.*, p. 30

gouvernement. »¹²⁰³ Effectivement, les rapports annuels de cette institution sont publics et ils sont adressés au Premier Ministre. Ils donnent lieu à une réponse du gouvernement qui est également rendue publique. Progressivement, c'est par ce mécanisme qu'ont été modifiées les soldes des membres des forces armées du Royaume-Uni¹²⁰⁴.

La réception en France d'un tel mécanisme avait été recommandée par la Commission de révision du statut général des militaires réunie en 2003 sous la présidence de M. R. Denoix de Saint-Marc¹²⁰⁵. A l'instar de la commission¹²⁰⁶, il convient ici de ne pas confondre l'*Armed Forces Pay Review Body* avec les *médiateurs militaires*. Ce type d'institution trouve son premier modèle dans le *Militieombudsman* institué en Suède en 1915¹²⁰⁷ puis supprimé en 1967. Elu par le parlement suédois pour une durée de quatre ans non renouvelables, il avait pour rôle principal la protection des droits fondamentaux des militaires. Ce type d'institution fut notamment repris dans deux autres Etats : Israël et l'Allemagne. En Israël, un militaire a la

¹²⁰³ General Sir Michael Walker : "The Armed Forces Pay Review Body does look after the conditions and pay concerns and we would certainly lose the AFPRB and I am not sure we would get as much attention from the Government in terms of rewarding people.", House of Commons, Select Committee on the Armed Forces Bill, *op. cit.*, séance du 16 février 2006, Q 406, Ev 70.

¹²⁰⁴ Lettre du Député David Burrows : "Under successive Governments for many years the pay of the Armed Forces has been determined by the Government which responds to recommendations of the Armed Forces Pay Review Body (AFPRB). The AFPRB's report is published as a command paper and the Government's response published by means of a written Ministerial Statement.", House of Commons, Select Committee on the Armed Forces Bill, *op. cit.*, Ev. 216.

¹²⁰⁵ « Ce haut conseil de la fonction militaire, ou toute dénomination équivalente, aurait la mission permanente d'observer l'évolution de la condition militaire au regard de la situation constatée dans le monde civil, et notamment dans la fonction publique. Il en étudierait l'ensemble des aspects, favorables et défavorables, sans se limiter aux rémunérations, à la différence de l'AFPRB; il examinerait par exemple la fréquence des déploiements opérationnels et leurs conséquences sur la vie familiale, les conditions de logement ou encore la situation du recrutement. Il en ferait rapport au président de la République et au Premier ministre. Constitué d'un très petit nombre de personnalités civiles reconnues, nommées en conseil des ministres pour une durée assez longue et non renouvelable, il ne devrait comporter ni membre militaire, qui serait juge et partie, ni parlementaire, afin que la condition militaire ne puisse être l'enjeu de luttes politiques. L'institution de ce Haut conseil, souvent évoquée lors des auditions, serait sans aucun doute accueillie très favorablement par la communauté militaire. », DENOIX de SAINT-MARC (R.) (président), *op. cit.*, p. 31.

¹²⁰⁶ DENOIX de SAINT-MARC (R.) (président), *ibid.*, p. 31

¹²⁰⁷ LEGRAND (A.), *L'ombudsman scandinave*, LGDJ, 1970, 549 p., pp. 121 et s.

possibilité de saisir deux organes s'il considère qu'il fait l'objet d'un traitement illégal. D'un côté, il peut saisir l'avocat général militaire près du tribunal militaire. De l'autre, il peut également s'adresser au « *Military commissioner for Soldiers Complaints* ». Il s'agit là d'un délégué parlementaire à la Défense. C'est une institution très proche du délégué parlementaire à la Défense qui existe en République Fédérale allemande. Ce délégué parlementaire a été introduit en droit allemand en 1957¹²⁰⁸. Parallèlement à la restauration de la conscription, la loi du 26 juin 1957 crée un *Wehrbeauftragte des Bundestages*. Celui-ci est élu à la majorité absolue des membres du *Bundestag*. Outre cette obligation de *quorum*, la loi prévoit que les candidats à de telles fonctions ne peuvent être présentés que par la Commission de la Défense du *Bundestag*, par un groupe parlementaire ou bien par un nombre de parlementaires égal à l'effectif minimum d'un groupe parlementaire.¹²⁰⁹ Le délégué parlementaire à la Défense peut être saisi à tout moment par un membre des forces armées.

Une telle institution peut surprendre au sein d'un système particulièrement libéral. En effet, les membres de la *Bundeswehr* sont autorisés à adhérer au syndicat de leur choix et ces syndicats sont considérés comme représentatifs par le Gouvernement. Cette redondance apparente permet pourtant de bien isoler le rôle de ce type d'organes. Il ne joue pas une fonction de représentation des agents. Sa fonction essentielle est de protéger les agents d'un point de vue individuel¹²¹⁰ et non comme constituant une catégorie professionnelle. En outre, si le rôle de cette autorité est bien de garantir les droits fondamentaux des militaires, sa fonction dans le système constitutionnel allemand est plus large. L'article 45 de la Loi fondamentale dispose en effet que le délégué parlementaire a également pour fonction d'assurer le contrôle du

¹²⁰⁸ BUSCH (E.), « The German Parliamentary Commissioner And Human Rights In The Bundeswehr », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *op. cit.*, p. 939.

¹²⁰⁹ LEGRAND (A.), *op. cit.*, p. 264.

¹²¹⁰ KRAEHE (R.), « Le délégué parlementaire à la Défense du Bundestag », *R.D.P.*, 1966, pp. 546-553, p. 546.

Parlement allemand sur les forces armées fédérales¹²¹¹. Il est un auxiliaire du *Bundestag* et du *Bundesrat* qui a pour mission première d'être les « yeux et les oreilles »¹²¹² du Pouvoir législatif. D'autres forces armées, comme l'Australie ou le Danemark, ont également institué un même type d'*ombudsman*. Mais il ne peut intervenir qu'après épuisement des recours. En somme, les procédures qui permettent de saisir ces médiateurs sont l'équivalent de voies de recours administratifs individuelles qui existent dans les trois systèmes étudiés. Pour la France, elles peuvent être rapprochées de la procédure devant la Commission de recours des militaires¹²¹³.

Jusqu'à présent, le Royaume-Uni disposait d'un mécanisme assez proche du système français. Les recours hiérarchiques intentés par les hommes du rang et les sous-officiers aboutissaient en dernière instance devant le *Defense Council* et devant la Reine pour les officiers. Désormais, depuis l'*Armed Forces Act* de 2006, le recours peut être mené en dernière instance devant un *Service complaint Panel*¹²¹⁴. Ce comité sera composé d'officiers supérieurs et de cadres du *civil service*. Aux Etats-Unis en revanche, ce type de recours ne peut s'exercer que par la voie hiérarchique. Il prend le nom de *complaints of wrong under article 138*¹²¹⁵. La rupture entre le système britannique et le système

¹²¹¹ Article 45 b de la Loi fondamentale de 1949 : « Un commissaire parlementaire aux forces armées est désigné en vue de la protection des droits fondamentaux et en qualité d'organe auxiliaire du Bundestag pour l'exercice du contrôle parlementaire. Les modalités sont réglées par une loi fédérale. » (« Zum Schutz der Grundrechte und als Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle wird ein Wehrbeauftragter des Bundestages berufen. ²Das Nähere regelt ein Bundesgesetz. », trad. D'après la version synoptique bilingue in <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/>)

¹²¹² BUSCH (E.), *op. cit.*

¹²¹³ Commission instaurée par le décret 2001-407 du 7 mai 2001, *organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires*, GOHIN (O.), « Le recours administratif préalable à l'encontre des décisions ministérielles relatives à la situation personnelle des militaires », *Revue droit et défense*, n° 2, 2003, pp. 31 et s.

¹²¹⁴ §§ 334 et s de l'*Armed Forces Act* du 28 novembre 2006, <http://www.opsi.gov.uk/ACTS/20060052/htm>, consulté le 28 août 2007.

¹²¹⁵ Cf. NEMROW (A.), « Complaints of wrong under article 138 », *Military Law Review*, 1979, pp. 43-96.

américain n'existe pas seulement en matière de recours administratif. Elle se vérifie également en matière de représentation.

3. La préférence américaine et française pour une représentation individuelle

A première vue, les Etats-Unis sont assez proches du système britannique. Le droit américain ne prévoit pas d'institutions de concertation sociale. En revanche, la section 976 du Titre 10 de l'*United States Code*, après avoir interdit le droit de grève, explicite les moyens qui doivent servir à l'expression des besoins des personnels militaires. Le législateur précise que les limitations apportées à la liberté syndicale des militaires ne doivent pas être interprétées comme « devant empêcher les officiers ou les autorités de contrôle de prendre en considération les opinions exprimées par un membre des forces armées à titre individuel ou comme résultat de sa participation à des commissions consultatives, à des comités ou organisations instaurées ou soutenues par le commandement »¹²¹⁶. A côté de cette possibilité de concertation facultative existe un mécanisme de consultation obligatoire. Dans les différentes composantes ont été institués des « *Sergeant Major* ». Il s'agit de sous-officiers qui sont affectés auprès des chefs des différentes composantes des forces armées. Il existe donc un *sergeant major* pour l'Armée¹²¹⁷, ainsi que pour le corps des marines, pour la Marine, les Garde-côtes et l'Armée de l'Air. Sont également institués des « *master sergeants* ». Ces emplois existent aussi auprès des principaux commandements territoriaux. Les sous-officiers affectés dans ces emplois doivent remplir deux missions. D'une part, ils doivent

¹²¹⁶ « Nothing in this subsection shall prevent commanders or supervisors from giving consideration to the views of any member of the armed forces presented individually or as a result of participation on command-sponsored or authorized advisory councils, committees, or organizations », 10 *U.S.C.*, 976 (e) (2).

¹²¹⁷ Cf. par exemple pour l'armée : *Army regulation AR, 600-20* 7 juillet 2006, § 2.18.

représenter les intérêts des personnels du rang. D'autre part, ils doivent conseiller l'officier en charge du commandement sur les questions intéressant les conditions de vie et de travail de ces mêmes personnels.

Les commandants auprès desquels ces sous-officiers sont affectés ont souvent l'obligation de les consulter lorsqu'ils doivent prendre des décisions concernant leurs conditions de travail¹²¹⁸. De la même manière, certains textes prévoient leur participation obligatoire à certains comités. Ainsi, les règlements régissant l'utilisation des crédits alloués aux loisirs des membres de l'Armée disposent que le *Sergeant major*, affecté au commandant de la région ou de la garnison concernée, siège aux côtés des différents chefs de service¹²¹⁹. Le *sergeant major of the Army* siège également au *General Staff Council* avec les différents chefs de service de l'Armée de terre. Ce comité doit faire des propositions sur les politiques de gestion de l'institution au chef d'état-major de l'armée de terre¹²²⁰. Par ailleurs, les *sergeant majors* sont habituellement consultés par le Congrès lorsque les parlementaires souhaitent réaliser une modification du statut¹²²¹. Les sous-officiers qui occupent ces emplois sont toutefois limités sur deux plans. D'un point de vue juridique, ils ne jouent qu'un rôle consultatif et ne disposent donc d'aucune compétence normative. D'un point de vue matériel, s'ils peuvent procéder aux auditions de l'ensemble des personnels de leur ressort, ils disposent de moyens matériels particulièrement restreints. En conséquence, leurs interventions sont principalement centrées sur les conditions de service et les problèmes de rémunération¹²²².

¹²¹⁸ TURLEY (J.), « The Military Pocket republic », *Northwestern University Law Review*, 2002, vol. 97, pp. 1-133, pp. 90-91.

¹²¹⁹ Army Regulation 215-1, *Military Moral Welfare And Recreation Programs And Not Appropriated Funds Instrumentalities*, 24 octobre 2006, Section V, § 3-18, Headquarters, Department of the Army, Washington D.C., <http://www.usapa.army.mil/>.

¹²²⁰ *Memorandum 15-7 Boards, Commissions and Committees General Staff Council*, 13 septembre 2001, § 3, eadquarters, Department of the Army, Washington D.C., <http://www.usapa.army.mil/>.

¹²²¹ TURLEY (J.), *ibid.*

¹²²² TURLEY (J.), *ibid.*

Les institutions militaires françaises ont mis en place un système assez proche : les « présidents de catégorie ». Néanmoins, à la différence du système américain, ce type de fonction existe, en principe, tant pour les hommes du rang que pour les sous-officiers et officiers¹²²³. Comme pour les *sergeants major*, les présidents de catégorie ont une mission explicite de représentation. Ils participent de droit aux commissions participatives locales¹²²⁴. Ils peuvent désormais participer au rapport sur le moral¹²²⁵, en rédigeant des annexes. Toutefois, à la différence du système américain, les présidents de catégorie sont élus¹²²⁶ dans l'ensemble des forces armées depuis un arrêté du 1er avril 2001¹²²⁷. Auparavant, les différentes forces armées avaient organisé des modes de désignation variés. Le choix des présidents de catégorie s'inspirait des grands modes de désignation des représentants. Dans l'armée de terre et la marine, ces représentants étaient désignés par un système combinant désignation et cooptation. L'autorité compétente nommait comme représentant de catégorie une des personnes proposées au chef de corps par le titulaire sortant de la fonction. Celui-ci faisait son choix après

¹²²³ « Les présidents de catégories sont désignés parmi les officiers, sous-officiers et officiers marinières, militaires du rang pour une durée de deux ans, renouvelable, sauf pour la gendarmerie nationale où elle est de quatre ans », article 1 de l'arrêté du 12 avril 2001, relatif à la désignation des présidents de catégories et des membres des commissions participatives, *J.O.R.F.* du 29 avril 2001. Toutefois, il semble que parfois ces présidents ne soient pas désignés comme pour les officiers supérieurs dans les formations de l'armée de Terre. Cf. GRASSET (B.) et COVA (C.), *Rapport d'information par la commission de la Défense nationale et des forces armées sur les actions destinées à renforcer le lien entre la Nation et son Armée n°2490*, Assemblée nationale, 22 juin 2000, 155 p., p. 54.

¹²²⁴ Article 9 de l'arrêté du 12 avril 2001.

¹²²⁵ « Le rapport sur le moral est une institution très ancienne dans l'armée française. Selon une périodicité qui peut varier d'un à deux ans selon les armées, un rapport relatif au « moral des troupes » est adressé à l'état-major par chaque unité afin d'éclairer le ministre et la haute hiérarchie de chaque armée de l'état d'esprit des militaires, puisqu'en l'absence de syndicats, ces derniers ont peu de moyens de faire entendre leur voix. Ce rapport, qui s'appuie sur un questionnaire, est élaboré à la base, unité élémentaire par unité élémentaire et chaque militaire peut y apporter sa contribution. Puis, le document remonte la hiérarchie, en passant par différents niveaux qui le synthétisent, jusqu'au chef de corps, chargé de rédiger le document final qui est transmis à l'état-major. A l'état-major même, une synthèse est préparée à l'attention des principales autorités. », cf. GRASSET (B.) et COVA (C.), *op. cit.*, p. 56.

¹²²⁶ Cf. CHANTEBOUT (B.), *Droit constitutionnel*, Armand Colin, 21^{ème} éd., 2004, 592 p., p. 171.

¹²²⁷ Article 4 al 1^{er} de l'arrêté du 12 avril 2001 : « La désignation du président de catégorie est effectuée par l'ensemble du personnel de chaque catégorie de la formation ou de l'organisme »

consultation des autres personnes appartenant à la catégorie. Toutefois, cette consultation ne devait pas être réalisée par le recours au suffrage secret. C'est à peu de chose près, le mode de désignation des « organes législatifs » sous le Premier Empire. Dans l'armée de l'air, les présidents de catégorie étaient désignés au suffrage universel restreint. Ils étaient désignés par les membres de la commission participative de base aérienne concernée (officiers, sous-officiers, hommes du rang). Seule la gendarmerie pratiquait l'élection au vote à bulletins secrets¹²²⁸. Néanmoins, la systématisation de l'élection ne doit pas être interprétée comme une réception du système prévalant dans la fonction publique civile. Certes, l'article 14 du Titre du II du Statut de la fonction publique de l'Etat prévoit que les représentants du personnel sont élus au scrutin secret. Mais le mode de scrutin est différent puisque les représentants des agents civils sont élus au suffrage proportionnel. Ensuite, alors que les syndicats pourvoient « librement »¹²²⁹ les sièges qui leur sont attribués, l'élection des « représentants de catégorie » se fait nécessairement *intuitu personae*.

De plus, dans la fonction publique civile, les syndicats disposent du droit de rendre publiques les professions de foi. En revanche, les candidats militaires ne peuvent « diffuser de textes relatifs à leur candidature »¹²³⁰. Enfin et surtout, l'autorité compétente peut refuser les candidatures qui lui semblent contraires à l'éthique militaire, telle qu'elle était exprimée par l'article 6 du *Règlement de discipline générale militaire* de 1975¹²³¹. L'ensemble de ces spécificités rapprochent donc le

¹²²⁸ Cf. sur l'ensemble de ces procédures GRASSET (B.) et COVA (C.), *ibid.* pp. 54-56.

¹²²⁹ Pour les commissions techniques paritaires, cf. Art. 5.1. b) commentant le décret du 11 janvier 1982, la circulaire du 23 avril 1999, *J.O.R.F.* du 19 juin 1999.

¹²³⁰ Article 7 al 3 de l'arrêté du 12 avril 2001.

¹²³¹ Article 6 du décret n° 75-675 du 28 juillet, *J.O.R.F.*, 30 juillet 1975 disposant que « Tout militaire peut être appelé, soit à donner des ordres en tant que chef, soit à en recevoir en tant que subordonné. L'une ou l'autre de ces situations comporte, outre des devoirs et responsabilités particuliers, les obligations générales suivantes : 1. Membre des forces armées, le militaire doit : Obéir aux ordres reçus conformément à la loi ; Se comporter avec droiture et dignité ; Observer les règlements militaires et en accepter les contraintes ; Respecter les règles de protection du secret et faire preuve de réserve lorsqu'il s'exprime, notamment sur les problèmes militaires ; Prendre soin du matériel et des installations appartenant aux armées ou placés sous leur dépendance ; Prêter main-forte aux agents de la

« président de catégorie » du « *sergeant major* » plutôt que du représentant syndical français. Toutefois, les deux systèmes ne se confondent pas. Le législateur français a, en effet, établi parallèlement, une institution représentative collective.

4. La recherche française d'une représentation collective non syndicale

En France, la compensation institutionnelle de la suppression de la liberté syndicale a été progressivement palliée par l'instauration de mécanismes qui font leur part à une représentation collective. A été mise en place une série de structures qui organisent une concertation collective, mais qui ne doit pas revêtir un aspect revendicatif. Le Conseil supérieur de la fonction militaire a été créé par la loi du 29 novembre 1969¹²³². L'article premier de cette loi définissait la mission de cet organisme : il « exprime son avis sur les questions de caractère général relatives à la condition et au statut des personnels militaires ». Ce mécanisme est régulièrement présenté comme une réception dans l'institution militaire des conseils des trois fonctions publiques civiles. Il est parfois expliqué que la création de ce système de concertation est une conséquence indirecte des mouvements sociaux qui ont eu lieu en 1968. Il s'agirait d'une banalisation de l'institution militaire. Pourtant, dès l'origine, cette analyse est contestable à double titre.

D'une part, le texte était à l'étude bien avant les troubles sociaux¹²³³. D'autre part, et contrairement aux institutions civiles, le texte instituant le Conseil supérieur de la fonction militaire ne prévoit à

force publique si ceux-ci requièrent régulièrement son aide. 2. Exerçant une fonction dans son unité, il doit : Apporter son concours sans défaillance ; S'instruire pour tenir son poste avec compétence et contribuer à la valeur collective de son unité ; S'entraîner en vue d'être efficace dans l'action ; Se préparer physiquement et moralement au combat. ».

¹²³² Loi n°69-1044, *J.O.R.F.* du 22 novembre 1969, p. 11371.

¹²³³ LAUBADERE de (A.), « Chronique générale de législation », *A.J.D.A.*, 1970, pp. 30-32.

l'origine qu'un pouvoir de discussion général et aucun pouvoir concernant les questions individuelles. Dès l'origine cette institution a donc été dotée de compétences beaucoup plus restreintes que les institutions civiles. Toutefois, la spécificité de cet organe tient d'abord à sa composition. Il ne s'agit pas d'un organe paritaire, puisque seuls des militaires en font partie. Néanmoins, la véritable rupture avec les conseils de la fonction publique est réalisée par le mode de désignation. A côté de membres en position tirés au sort siègent des membres élus. Il s'agissait de cinq militaires à la retraite désignés par les organisations les plus représentatives¹²³⁴. Cette dernière composante fut imposée par la commission de la Défense nationale de l'Assemblée, contre la volonté du gouvernement. Celui-ci souhaitait que les représentants des associations de retraités ne siègent que lorsqu'étaient en cause des questions touchant aux pensions¹²³⁵.

Désormais, l'article 18 du statut de 2005 prévoit qu' « il est institué un Conseil supérieur de la fonction militaire qui est le cadre institutionnel dans lequel sont examinés les éléments constitutifs de la condition de l'ensemble des militaires ». Ce type d'institution, née en 1969 et reprise au sein de chaque composante des forces armées¹²³⁶ depuis 1990, ne doit toujours pas être assimilé à une instance de négociation syndicale¹²³⁷.

D'une part, les membres continuent à être désignés de façon aléatoire pour les conseils propres à chaque armée¹²³⁸. Néanmoins, des aménagements ont été introduits. En premier lieu le tirage au sort est

¹²³⁴ Décret 70-586 du 3 juillet 1970.

¹²³⁵ LAUBADERE de (A.), *op. cit.*

¹²³⁶ Il existe donc désormais un Conseil pour l'Armée de l'Air, l'Armée de Terre, la Marine nationale, la Gendarmerie nationale, la Direction générale de l'armement, le Service de Santé des armées, le Service des essences des armées.

¹²³⁷ Sur l'ensemble cf. LATOUR (X.), « Les transformations de la fonction publique militaire. Le nouveau statut général des militaires et la concertation dans les forces armées », pp. 770-777 ; BRAUD (M.), *Le conseil supérieur de la fonction militaire*, Thèse, Paris II, 1980, 387 p., p. 14 ; CRUZET (B.), « Le Conseil supérieur de la fonction militaire », *DD*, n°2, avril 1995, pp 23-28 ; FORTIER (J.-C.), « Le Conseil supérieur de la fonction militaire », *AJDA*, 1970, pp. 667-681, p 672.

¹²³⁸ En revanche, chaque Conseil élit ses représentants au Conseil supérieur de la fonction militaire. Cf. LATOUR (X.), *op. cit.*, p. 775.

réalisé sur des listes de volontaires dans chaque force armée. En second lieu, les représentants des personnels de chaque force armée au Conseil supérieur de la fonction militaire sont élus.

D'autre part, les conseils ont essentiellement une compétence consultative et non une compétence de co-décision. Comme a pu l'expliquer Laubadère, le Conseil supérieur de la fonction militaire peut s'analyser en un panel établi par un institut de sondage¹²³⁹. Il donne un échantillonnage d'opinions individuelles. Mais le conseil ne dispose pas des compétences pour établir une volonté susceptible de lier le ministre. C'est donc très différent du contenu du droit à la participation tel qu'il a pu être défini, notamment, par le Conseil constitutionnel. Le juge constitutionnel a estimé que le droit de représentation pouvait permettre aux conventions collectives de déterminer des conditions de travail plus favorables que le droit en vigueur¹²⁴⁰. Toutefois, le système français montre qu'il est possible d'instaurer un système de « dialogue social » au sein d'une institution profondément hiérarchisée. Il est donc possible de penser que la restriction de la liberté syndicale n'est pas uniquement ou essentiellement orientée vers la protection du lien hiérarchique puisque des mécanismes institutionnels de représentation interne peuvent coexister.

B. Une limitation visant uniquement la « fonction gouvernementale » des syndicats

Si les droits politiques sont les droits accordés pour participer à l'expression de la souveraineté nationale, alors les droits syndicaux –

¹²³⁹LAUBADERE de (A.), *op. cit.*

¹²⁴⁰ Conseil constitutionnel, décision 97-388 du 20 mars 1997, *Recueil*, p. 31, *D.*1997, note MELIN-SOUCRAMANIEN (F.) ; *Droit social*, 1997, p. 476 note, PRETOT (X.) ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, note MOLFESSIS (N.) ; COLLIARD (C.-A.) et LETTERON (R.), *op. cit.*, p. 544 ; FAVOREU (L.) (dir.), *op. cit.*, pp. 276-277.

particulièrement ceux des agents publics- peuvent être considérés comme des droits politiques. Cette approche, qui qualifie de « politique » des activités sans lien direct avec les élections, peut notamment être établie à l'aide de la science politique contemporaine. Toutefois, cette conception des syndicats est désormais largement reçue par le droit.

1. Les syndicats comme des acteurs politiques

Une fois écartée la définition *a minima* des droits politiques centrée sur le droit de suffrage, un champ immense s'ouvre à la constitution du statut politique. La science politique à travers le travail de définition de son champ d'étude pourrait permettre de circonscrire alors le domaine des droits politiques. Pourtant, le recours à celle-ci s'avère plus problématique qu'éclairant. Choissant de s'intéresser en principe à la « réalité » des régimes politiques, elle s'est en vérité orientée vers l'étude du « rendement politique des institutions »¹²⁴¹. Ce n'est plus seulement une question de méthode mais aussi d'objet qui est posée. Le champ d'étude est passé des « institutions politiques » à une étude politique de toutes sortes d'institutions¹²⁴². Il ne s'agit pas de nier cette atténuation des frontières qu'a mis en lumière la science politique, l'« effet magnétique »¹²⁴³ de la politique suivant l'image de J.-M. Denquin. Mais cette définition conduit à remettre en cause la valeur heuristique –du moins pour le droit public- d'une « hypertrophie du

¹²⁴¹MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), « Les méthodes d'études du droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 1949, pp.398-399. Cet article est topique des difficultés engendrées par le choix des politistes dans le champ du droit. Portant un intitulé faisant référence au droit constitutionnel, c'est en réalité une défense de la science politique. En second lieu, la réorientation du point de vue est ici flagrante mais non explicite : le développement commence par se référer à la réalité des institutions politiques pour viser ensuite la réalité politique des institutions.

¹²⁴² Pour une justification idéologique du phénomène cf. BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, LGDJ, t. I, 3^{ème} éd., 1980, 483 p., p. 153.

¹²⁴³ DENQUIN (J.-M.), *Science politique*, PUF, 5^{ème} éd., 1996, 496 p., p. 29.

domaine politique »¹²⁴⁴ comme objet d'étude. Cette globalisation aurait alors pour effet de réduire à néant la distinction entre droits de l'homme et droits politiques.

La problématique des droits syndicaux semble aller dans ce sens. Les syndicats, en tant que « groupes de pression » au sens de la science politique sont des acteurs du domaine politique puisqu'ils interviennent dans l'établissement des choix politiques¹²⁴⁵. Certaines activités des syndicats vont dans ce sens. Ainsi, le parti travailliste britannique, en partie issue des syndicats, illustre bien la difficulté de distinguer ces deux types d'acteurs. Les syndicats ne pratiquaient-ils pas la double affiliation¹²⁴⁶ ? De fait, les *trade unions* ont pesé sur l'orientation plus radicale du parti en 1973¹²⁴⁷. Néanmoins, les syndicats n'ont jamais contrôlé le groupe électoral ni les sections locales du *Labour*¹²⁴⁸. S'agissant du secteur public, le phénomène est plus limité : si elles n'ont jamais institutionnalisé la pratique des doubles adhésions, certaines *Civil Service Unions* britanniques ont créé des fonds qui leur permettent de financer des partis politiques¹²⁴⁹. De plus, l'exemple britannique illustre la proximité structurelle entre les deux types d'acteurs ; c'est parce que l'action syndicale ne suffisait plus que les *Trade Unions* ont dû concourir à la structuration d'un parti politique¹²⁵⁰.

Le droit a partiellement reçu cette analyse. Pourtant, certains auteurs postulent la séparation stricte entre organisations syndicales et organisations politiques. Ainsi pour Bertrand Mathieu, « un syndicat ne

¹²⁴⁴ DENQUIN (J.-M.), *op. cit.*, 1996, pp. 55-56 qui ne se confond pas avec le développement des frontières entre ce qui est de l'ordre du politique ou du religieux ou de l'économique.

¹²⁴⁵ En ce sens DENQUIN (J.-M.), *op. cit.*, p. 60 et pp. 428 et s et BRAUD (Ph.), *Sociologie politique*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2004, 710 p., p. 401.

¹²⁴⁶ LAUVAUX (Ph.), *op. cit.*, p. 547.

¹²⁴⁷ LAUVAUX (Ph.), *ibid.*

¹²⁴⁸ CHARLOT (M.), *Le pouvoir politique en Grande-Bretagne*, PUF, 2^{ème} éd., 1998, 361 p., p. 102.

¹²⁴⁹ BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Pearson Longman, 13^{ème} éd., 2003, 880 p., p. 280.

¹²⁵⁰ DENQUIN (J.-M.), *op. cit.*, p. 310. AVRIL (P.), *op. cit.*, p. 82.

peut pas être un parti politique parce qu'il existe entre les deux une différence due à la poursuite de finalités qui ne sont pas identiques »¹²⁵¹. Certaines juridictions ont pu partager cette opinion. L'exemple le plus topique est sans doute la décision *Osborne* de la Chambre des Lords¹²⁵². Dans cette décision, la haute juridiction considère que les *trade unions* ne pouvaient pas légalement utiliser leurs fonds pour financer les partis politiques. Toutefois, cette décision a été renversée par le *Trade Union Act* de 1913. Dans cette logique, d'autres auteurs n'hésitent pas à qualifier les droits syndicaux de droits politiques. Ils expliquent que le syndicalisme constitue « une forme de participation collective » à la démocratie à « côté du vote »¹²⁵³. Parallèlement, comme les syndicats peuvent imposer des contraintes, notamment par les accords dont la portée peut dépasser le champ du droit du travail, B. Veneziani considère que les syndicats sont « à la fois un pouvoir politique et un pouvoir public »¹²⁵⁴. Une telle approche trouve une certaine confirmation en droit positif. Ainsi, aux Etats-Unis cette incorporation est explicitée dans la décision *Abood v. Detroit Board of Education*.¹²⁵⁵ La Cour suprême s'est prononcée sur les droits syndicaux des agents publics américains. Rédigeant la décision au nom de la majorité de la Cour, le *Justice Steward* explique qu'« est indiscutable le truisme selon lequel comme les syndicats des agents publics essayent d'influencer les décisions

¹²⁵¹ intervention suivant l'article VENEZIANI (B.), «La liberté syndicale en droit comparé», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XIII, 1997, pp.377-393, p. 394.

¹²⁵² *Amalgamated Society of Railway Servants v. Osborne* [1910] AC 87 (HL). Cf. EWING (K. D.), « Freedom of Association », in Mc CRUDDEN (Ch.) et CHAMBERS (G.) (éd.), *Individual Rights and the Law in Britain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 42.

¹²⁵³ GREWE (C.) et RUIZ-FABRI (H.), *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, 661 p., p. 399.

¹²⁵⁴ VENEZIANI, *op. cit.*, p. 399. Il cite le cas de négociations qui ont eu lieu en Espagne et en Italie ainsi qu'en Allemagne. Lors de ces négociations ont été discutés les problèmes liés au marché du travail mais également des problèmes de santé publique, de transport et de déficit.

¹²⁵⁵ 431 U.S. 209.

gouvernementales, leurs activités [...] peuvent être proprement qualifiées de politiques »¹²⁵⁶.

2. Les syndicats comme représentants

Mais ce sont les analyses de Burdeau qui permettent de mieux comprendre le rôle des syndicats. Alors que les autres auteurs raisonnent sur un concept par nature informel de « groupes de pression », cet auteur raisonne sur un schéma institutionnaliste. Ce qui fait la particularité des syndicats, et particulièrement des syndicats militaires, c'est leur organisation. En effet, dès lors qu'il existe une organisation surgit un pouvoir¹²⁵⁷. Il tire là les conséquences de la théorie institutionnelle qu'a développée Hauriou. Dans son fameux article de 1925, celui-ci définit l'institution ainsi : « c'est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres d'un groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »¹²⁵⁸. Toutefois Burdeau approfondit la conception d'Hauriou. Comme l'a souligné Jean-Arnaud Mazères, la théorie d'Hauriou est essentiellement idéaliste. En insistant sur la cohésion passive du groupe, il est conduit à négliger les conflits qui peuvent s'y réaliser¹²⁵⁹. Cette conception est parfaitement illustrée

¹²⁵⁶ "There can be no quarrel with the truism that because public employee unions attempt to influence governmental policy-making, their activities [...] may be properly termed political" 431 *U.S.* 209, 231.

¹²⁵⁷ BURDEAU (G.), *Les libertés publiques*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1972, 457 p., p. 185.

¹²⁵⁸ HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la nouvelle journée*, n°4, 1925, pp.2-45, p. 10.

¹²⁵⁹ MAZERES (J.-A.), « La théorie de l'institution chez Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoirs et libertés. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, 706 p., pp 278-279. Il rejoint là la critique récurrente qui veut que plus qu'opérateur, la théorie de l'institution soit avant tout une théorie permettant de légitimer le pouvoir comme le démontrerait la place croissante occupée par la durée dans la théorie d'Hauriou qui désormais primerait le pluralisme.

par un autre élève d'Hauriou, Georges Renard. Dans l'ouvrage qu'il a consacré à la théorie de l'institution, celui-ci n'envisage les rapports entre Etat et autres institutions que sous un angle pacifique. Les institutions se « coordonnent » en institutions plus compréhensives jusqu'à l'humanité entière¹²⁶⁰.

Or, la théorie politique de Burdeau repose sur des fondements plus réalistes. Dans une logique très proche de C. Schmitt¹²⁶¹ et de Julien Freund¹²⁶², il postule que la politique repose sur une confrontation¹²⁶³. Il en tire les conséquences pour les rapports entre syndicats et Etat. Pour lui, « les groupes, par cela même qu'ils s'ordonnent autour d'une fin commune, donnent naissance à un pouvoir en qui s'incarnent leurs aspirations et qui a la charge de les réaliser. »¹²⁶⁴ Il en résulte un antagonisme entre l'institution étatique qui incarne l'« idée de droit officielle » et les syndicats, dont les fins sont rivales. Cette rivalité s'organise également sous forme de concurrence. Le cas le plus topique est celui de l'« action dans l'intérêt collectif de la profession » tel qu'il est reconnu en France. Selon l'article L 411-11 du Code du Travail, tout syndicat professionnel peut agir, tant au civil qu'au pénal « relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ». Cet article qui codifie une loi du 12 mars 1920, elle-même cristallisant une jurisprudence de 1913 de la Cour de Cassation¹²⁶⁵, fait donc des syndicats les représentants d'une catégorie de personnes. Mais c'est une représentation sans mandat qui est alors mise en place. Or, la représentation sans mandat est propre au politique et se distingue donc de la représentation civile. De tels mécanismes –dans lesquels la représentation existe sans lien formel- sont propres à l'espace

¹²⁶⁰ RENARD (G.), *La théorie de l'institution*, Sirey, 1930, 639 p., p. 42

¹²⁶¹ SCHMITT (C.), *La notion de politique*, Flammarion, 1992, 323 p., pp. 64-65.

¹²⁶² FREUND (J.), *Qu'est-ce que la politique*, Seuil, 1965, 187 p., p. 11.

¹²⁶³ BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, LGDJ, t. I, 3^{ème} éd., 1980, p. 62-64.

¹²⁶⁴ BURDEAU (G.), *op. cit.*

¹²⁶⁵ Cass., Chambres réunies, 5 avril 1913, *D.P.*, I, 65, rapp. FALCIMINGRE, conclusions SARRUT (L.) ; *Sirey*, 1920, I, 49, note MESTRE (A.), MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 588 p., p. 174.

politique¹²⁶⁶. Mais la reconnaissance d'un système politique représentatif n'exige pas seulement l'existence d'un système de représentation. Elle suppose aussi la capacité de gouverner et d'édicter des règles.

Or, les trois Etats ont admis la possibilité pour les syndicats de négocier des conventions collectives qui sont susceptibles de s'appliquer à l'ensemble des membres d'une profession.¹²⁶⁷ En France, la participation à la détermination des conditions de travail est un droit reconnu au niveau local avec les commissions d'hygiène et de sécurité et les commissions mixtes. Ce droit est également reconnu au niveau national sous la forme des conventions collectives. Celles-ci peuvent en effet être prises en application de la loi voire se substituer à la loi. Ce pouvoir normatif est même garanti par la Constitution.¹²⁶⁸ En revanche, aux Etats-Unis, il n'existe pas de droit constitutionnel à la négociation collective au niveau fédéral. Toutefois, certaines Constitutions étatiques comme celles de l'Etat de Floride, de l'Etat de Hawaï et de l'Etat de New York garantissent une telle possibilité aux travailleurs¹²⁶⁹. Surtout, trois grandes lois organisent la possibilité pour les syndicats de participer à des négociations collectives afin de déterminer les conditions de travail dans leur secteur d'intervention¹²⁷⁰. Comme l'explique Burdeau, lorsque le Gouvernement négocie avec les syndicats afin d'établir le droit du travail, ceux-ci sont substitués au Parlement, représentant légal des citoyens¹²⁷¹.

¹²⁶⁶ Cf. BEAUD (O.), « « Repräsentation » et « Stellvertretung » : sur une distinction de Carl Schmitt », *Droits*, 1987, n°6, pp. 11-20. Pour une mise en perspective des deux types de représentation cf. RIVERO (J.), « La convention collective en droit public français », *Revue économique*, 1951, vol. 2, pp. 15-24.

¹²⁶⁷ Pour les Etats-Unis, cf. KELLY (K.) et CORBETT (W. R.), « Droit du travail », 1994, in LEVASSEUR (A.) (dir.), *Droit des Etats-Unis*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994, 379 p., p. 214. Pour l'Angleterre, cf. NAPIER (B. W.), « Droit du travail », in JOLOWICZ, *Droit anglais*, Dalloz, 2^{ème} éd., 487p., p. 435.

¹²⁶⁸ FAVOREU (L.) (dir.), *op. cit.*, pp. 276-277, MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *op. cit.*, pp. 635 et s.

¹²⁶⁹ RENDER (E.), *op. cit.*, p. 303.

¹²⁷⁰ Il s'agit du *National Labor Rights Act* de 1937, du *Labour Management Relations Act* et du *Labor Management Reporting and Disclosure Act* de 1974, cité in RENDER (E.), *ibid.*

¹²⁷¹ BURDEAU (G.), *op. cit.*, p. 211.

Les syndicats constituent ainsi des groupes organisés, dont les organes sont des représentants politiques des travailleurs qui disposent de compétences normatives. Dès lors, seuls les séparent de l'Etat les moyens de contrainte matériels. Cette concurrence d'institutions secondaires est d'ailleurs prise en compte par le droit positif. Dans les trois Etats, le caractère paramilitaire d'une association constitue un motif légitime de dissolution de celle-ci. En France, la loi du 10 janvier 1936¹²⁷² sur les *Groupes de Combat et les milices privées* permet au Président de la République de dissoudre par décret les associations de combat.¹²⁷³ Ces groupes sont notamment définis comme « les associations ou groupements de fait [...] qui [...] présenteraient par leur forme et leur organisation militaire le caractère de groupes de combats ou de milices privées »¹²⁷⁴. A la même époque, le Gouvernement britannique a édicté un texte très proche, le *Public Order Act* de 1936¹²⁷⁵. Ce texte pénalise le fait pour une personne de participer à des réunions ou à des associations dont les membres doivent porter l'uniforme. De façon plus large, aux Etats-Unis, la Cour suprême a expliqué que si une association, donc un syndicat, constituait un danger manifeste et contemporain pour la démocratie, alors les Etats pouvaient procéder à leur interdiction.¹²⁷⁶ La reconnaissance de la liberté syndicale aux militaires qui disposent des moyens de contrainte matérielle conduit donc à l'instauration d'institutions susceptibles de concurrencer totalement l'institution étatique.

¹²⁷² Cf. CONTE (Ph.), « La liberté politique au regard du Code pénal nouveau : l'exemple des groupes de combat et des mouvements dissous », in *Mélanges Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp. 164-185.

¹²⁷³ COLLIARD (C.-A.) et LETTERON (R.), *op. cit.*, p. 513.

¹²⁷⁴ Loi du 10 janvier 1936, *J.O.R.F.* du 11 janvier 1936, art 1 al 2

¹²⁷⁵ 1 Edw. 8 & 1 Geo. 6 c. 6 désormais cette disposition est reprise par *Terrorism Act* de 2002 section 13 à propos des uniformes liés à des organisations terroristes.

¹²⁷⁶ FALLON (R. H.), *op. cit.*, p. 40.

Conclusion du Titre

Les militaires des trois Etats étudiés ne disposent pas d'une réelle liberté syndicale. Cette restriction permet de prouver l'existence d'une séparation statutaire entre le militaire et les représentants du souverain. D'abord, la limitation de la liberté est concomitante à la suppression de la séparation entre le militaire et l' élu. Par ailleurs, les composantes de cette liberté, et notamment le droit d'adhérer un syndicat, sont limitées voire supprimées suivant des techniques assez proches. Par l'étendue et les techniques utilisées, cette restriction est une marque spécifique du statut des membres des forces armées. Elle isole leur situation au sein de la catégorie des agents publics de ces trois Etats. Aucun agent public de ces trois structures ne voit ses droits syndicaux si fortement restreints. Elle est confirmée lorsque la comparaison est étendue à d'autres systèmes juridiques proches. Cette spécificité marque donc définitivement une rupture entre les autres agents publics et les militaires. Mais, les auteurs qui ont soulevé cette spécificité l'expliquent en général en se fondant sur la nécessité d'un devoir renforcé d'obéissance. Il n'y aurait donc qu'une différence d'intensité et non une séparation entre l'état militaire et la qualité d'agent public.

En réalité, cette interprétation est incomplète. La spécificité du statut militaire ressort d'une analyse de son rapport avec l'ensemble du système juridique. En premier lieu, contrairement à l'opinion commune, la limitation de la liberté syndicale n'est pas une règle juridique qui ne serait pas valide en ce qu'elle ne serait pas conforme aux normes fondamentales des trois Etats. Il a été démontré que la très forte limitation de la liberté syndicale est conforme aux normes suprêmes britanniques, françaises et nord-américaines. Donc la règle fait bien partie du système juridique. Pour démontrer le caractère fondamental de la séparation que cette règle établit, il faut néanmoins poursuivre l'analyse. En effet, la limitation de la liberté syndicale peut être interprétée comme une simple garantie de la préservation du lien de subordination. Toutefois, l'analyse des mécanismes de dialogue social montre que les institutions militaires n'exigent pas une subordination absolue des membres des forces armées. Elles ont institué des mécanismes d'expression collective. Mais les instances qui en résultent présentent deux spécificités. D'une part, elles ne sont pas élues de la même façon que les instances civiles qui leur sont assimilées. D'autre part, ces instances sont privées de toute compétence normative. Ces instances sont donc dénuées de légitimité électorale et de pouvoir normatif. Il s'agit là des deux traits qui permettent de définir un organe politique dans les trois démocraties.

La limitation de la liberté syndicale vise donc à empêcher que l'Armée ne se dote de représentants au sens de la dogmatique constitutionnelle. Dès lors, il s'agit d'une application renouvelée du principe révolutionnaire de séparation des pouvoirs civils et militaires.

Conclusion générale

Au terme de cette étude, il est possible d'identifier dans les trois systèmes étudiés une séparation des pouvoirs civil et militaire. Elle est consubstantielle au droit constitutionnel puisqu'elle est formulée et instituée pendant les révolutions anglaise, américaine et française, périodes auxquelles les principes de droit public de ces trois Etats sont établis.

La démonstration de l'existence d'une telle séparation est possible malgré l'absence de formulation explicite de celle-ci dans les constitutions des trois Etats étudiés. Les textes fondamentaux américains, anglais et français portent en effet des énoncés qui sont une formulation concrète du principe de séparation.

Au principe posé par l'article 12 du Titre IV de la Constitution française de 1791, « la force publique est essentiellement obéissante, nul corps armé ne peut délibérer », correspond le principe suivant lequel il ne doit pas y avoir d'armée permanente en temps de paix porté par le Bill of Rights anglais de 1689 et l'article 1er Section VIII de la Constitution des Etats-Unis selon lequel les crédits militaires ne doivent pas être votés pour une période supérieure à deux ans. L'étude des travaux constitutifs montre que ces règles sont des garanties procédurales contre la confusion du pouvoir militaire et du pouvoir civil. Ces énoncés résultent en effet de la crainte d'expériences historiques contemporaines aux trois révolutions que les Constituants interprètent à la lumière de principes philosophiques posant l'incompatibilité entre institution militaire et pouvoir civil.

Mais si le terme pouvoir a été préféré à celui d'institution, plus sociologique, ou d'autorité, qui peut faire plus de sens pour les juristes français, c'est qu'outre l'histoire constitutionnelle des trois Etats étudiés, les Constitutions récentes montrent comment l'institution militaire peut devenir un pouvoir au sens juridique du terme.

A contrario d'une simple appréhension du pouvoir militaire comme pouvoir de fait, la Constitution portugaise de 1976 et la Constitution turque de 1982 montrent comment l'institution militaire peut, à l'instar d'un Parlement élu ou d'un Conseil constitutionnel nommé, participer au pouvoir législatif ou au contrôle de constitutionnalité. Ce n'est pas tant pour se prémunir contre les coups d'Etat, qui sont par essence étrangers au droit, que pour éviter que l'Institution militaire ne participe aux fonctions juridiques de l'Etat que le Royaume-Uni, les Etats-Unis et la France ont cherché à poser cette séparation.

La séparation entre les pouvoirs civil et militaire est toutefois plus difficile à identifier pour les juristes contemporains parce qu'elle ne participe pas de l'approche formelle des fonctions de l'Etat. En effet, l'institution militaire remplissant une fonction matérielle, celle-ci ne se situe pas dans ce qu'est devenu l'objet de la « science du droit » : les fonctions juridiques de l'Etat.¹²⁷⁷ Dès lors, la séparation des pouvoirs civil et militaire n'est pas perceptible au titre d'une distribution des fonctions. C'est par la séparation des organes que les systèmes juridiques ont procédé.

Elle prend la forme de séparations statutaires ; elle se manifeste par l'établissement de limitations particulières au sein des droits individuels des militaires. Cette séparation s'est manifestée par l'établissement d'une incompatibilité d'abord totale, puis ensuite partielle, entre le statut de citoyen et de militaire. L'incompatibilité totale entre le statut de militaire et le statut de citoyen correspond à la période d'affirmation du caractère démocratique établi. Il s'agit d'éviter que le titulaire juridique de la souveraineté, plus grande force juridique, ne soit déchu de son titre par les possesseurs de la plus grande force matérielle. Une fois établi le caractère démocratique de ces régimes, les militaires recouvrent leur droit de vote.

¹²⁷⁷ EISENMANN (Ch.), *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, LGDJ, 2002, 668 p., p. 186.

Mais d'autres interdictions sont alors intégrées à leur statut. Il s'agit d'abord d'une incompatibilité entre mandat national et statut militaire. Corrélativement, de nouvelles interdictions sont intégrées dans le statut des militaires : ils ne peuvent intégrer les partis politiques et exercer des activités syndicales. Ces interdictions correspondent à un renouvellement de l'incompatibilité : il s'agit désormais d'établir une séparation entre l'institution militaire d'un côté et les institutions représentatives qu'elles soient publiques, comme les organes élus ou privées comme les partis politiques et les syndicats.

La séparation des pouvoirs est donc mise en œuvre dans les trois Etats étudiés. Cette recherche permet ainsi d'établir une proximité entre ces trois Etats qui est inhérente à leur caractère représentatif. En établissant une incompatibilité entre mandat représentatif et statut militaire elle permet d'éviter que la souveraineté de droit qu'exercent les représentants ne soit mise à mal par l'institution militaire qui exerce la puissance de fait maximale.

Mais la mise en œuvre de cette séparation permet aussi de mettre en lumière les approches différentes qu'il existe entre les trois Etats en ce qui concerne les droits politiques et donc la notion de citoyenneté. La séparation la plus stricte est mise en place aux Etats-Unis. Elle est d'abord révélatrice d'une vision encore pluraliste de la citoyenneté héritée du fédéralisme qui précède l'adoption du XIVème amendement et la législation sur les droits civiques des années 1960. Parce qu'ils sont partiellement placés dans une citoyenneté fédérale, les militaires sont donc pourvus d'un statut particulier, tant sur le fond des droits qui leur sont reconnus, que dans la forme puisque des dispositions réglementaires peuvent limiter leurs droits politiques là où une intervention du Congrès serait nécessaire pour les citoyens américains.

La situation des militaires anglais est assez proche bien qu'elle ne repose pas sur les mêmes fondements. Comme les militaires américains, ils peuvent voir leurs droits politiques fortement limités par des décisions purement administratives qui échappent au contrôle du Parlement. Ce statut particulier est possible parce que, comme aux Etats-Unis, il n'a pas été mise en place une citoyenneté unique. Les militaires, comme serviteurs de la Couronne reçoivent et perdent leurs droits de celle-ci.

En revanche, la situation française est plus problématique. Le droit public français est en effet irrigué par le principe d'égalité et en matière

de droits politiques par l'unicité et l'universalité du statut du citoyen. Pourtant, les limitations des droits politiques des militaires y sont aussi strictes qu'aux Etats-Unis. Il est même possible d'expliquer que le statut militaire français est le plus construit. Ainsi, si comme le militaire américain il est privé de ses droits syndicaux, et donc de son droit à une représentation sociale, il est doté d'un système de représentativité propre et limité : le Conseil supérieur de la fonction militaire. Certes d'autres catégories d'individus ont été dotés de statuts politiques particuliers, comme les femmes jusqu'en 1944. Faut-il en déduire que le statut militaire est une scorie d'un pluralisme dépassé ?

En réalité, cette spécificité du statut militaire est inhérente à de nombreuses dimensions de l'institution militaire, que l'on retrouve tant au niveau des moyens de l'action administrative que des décisions les plus importantes. La compréhension de l'article 35 de la Constitution peut être prise comme exemple. La déclaration de guerre apparaît pour la première fois dans l'avant projet de constitution soumis au groupe de travail du Garde des Sceaux. Dans cette version, la « déclaration de guerre » est intégrée à l'article 12 qui détermine de façon générale la compétence législative du Parlement.¹²⁷⁸ La formulation qui est alors mise en place fait intervenir le Pouvoir législatif de plein droit puisqu'il doit « voter » la déclaration de Guerre. Le projet utilise donc le même verbe que pour les lois. On peut donc en déduire, qu'en l'espèce, la déclaration de guerre est une loi à objectif particulier. Mais elle reste formellement une loi. Donc, en principe la procédure reste la même.

Cette logique disparaît dans la version du 3 juillet. Désormais, le Pouvoir législatif ne « vote » plus la loi. Le Parlement est simplement habilité à « autoriser » la déclaration. Par cette substitution, le Parlement est privé de l'initiative en la matière qui implicitement est donc attribuée au Gouvernement. Les chambres sont donc placées dans une position secondaire puisqu'elles ne peuvent plus qu'autoriser la déclaration de guerre.¹²⁷⁹ Par la suite, les intervenants ne remettent plus en cause la rédaction.

Toutefois, le Conseil d'Etat approfondit la spécificité de cet acte. En effet, il disjoint formellement la déclaration du domaine de la loi pour en

¹²⁷⁸ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Cinquième République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Doc. Française, 4 vol, vol. I, p. 271.

¹²⁷⁹ *Ibid*, p. 346.

faire une disposition isolée dans un article unique. Il s'agit donc d'un acte du Parlement mais qui ne doit pas nécessairement prendre la forme d'un acte législatif. En France, la Constitution de 1958 place le législateur dans une position seconde en matière de décisions militaires. Ainsi, il n'est habilité qu'à établir une autorisation.

Dès lors, cette étude sur la séparation statutaire des pouvoirs civil et militaire peut conduire à envisager une autre analyse juridique des spécificités juridiques militaires. Il peut être concevable, comme certains auteurs américains ont pu le faire,¹²⁸⁰ d'avoir une analyse plus systématique des spécificités procédurales propres aux décisions militaires pour rechercher si elle ne permet pas de comprendre celles-ci comme un agencement des pouvoirs spécifiques, une Constitution particulière alternative à la Constitution civile.

¹²⁸⁰ TUSHNET (M.) (éd.), *Constitution in Wartime*, Etats-Unis, Duke University Press, 2005, 272 p.

Arrêts et décisions

Introduction

France

CE, 10 novembre 1944, *Dalloz*, 1945, p. 88.

Ière partie - Titre I

Etats-Unis

Cour suprême

District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).

SCOFFONI (G.), «Droit constitutionnel étranger : L'actualité constitutionnelle dans les pays de *Common Law* et de droit mixte – Etats-Unis », *R.F.D.C.*, 2009, pp. 837-856.

United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1876)

Presser v. Illinois, 116 U.S. 252 (1886)

United States v. Miller, 307 U.S. 174, (1939)

BOGUS (C. T.), «The History and Politics of Second Amendment», *Chicago Kent Law Review*, 2000, vol. 76, pp. 3-24, p. 24.

Ière partie - Titre II

Etats-Unis

Cour Suprême

Carrington v. Rash, 380 U.S. 89 (1965). Cf. annexe.

Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964)

Kramer v. Union Free School District, 395 U.S. 621 (1969)

Term limits Inc. v. Thornton 514 U.S. 779 (1995)

PRELOT (P.-H.) et ROGOFF (M.), « Le fédéralisme devant la Cour suprême des Etats-Unis », *R.D.P.*, 1996, pp. 759-791 ;

KLEBES-PELLISSIER (A.), « La délimitation des pouvoirs entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés », *R.F.D.C.*, 1998, pp. 278-288

VERGNIOLLE de CHANTAL (F.), « La Cour Rehnquist et le fédéralisme aux Etats-Unis : peut-on parler d'un projet néo fédéral ? »,

R.I.D.C., 2004, pp. 571-602.

Luther v. Borden, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849).

Pacific states telephone and Telegraph Co. v. State of Oregon 223 U.S. 118 (1912)

Baker v. Carr, 369 U.S.186 (1962)

ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême*, PUF, 2000, 1336 p.

Mathews v. Elridge, 424 U.S. 319 (1976)

ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême*, PUF, 2000, 1336 p.

Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 264 (1970)

ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême*, PUF, 2000, 1336 p.

North American Cold Storage Co. v. Chicago, 211 U.S. 306 (1908)

STONE (G R.) et alii, *Constitutional law*, Aspen Publishers, 2005, 1632 p., p. 983.

Goss v. Lopez, 419 U.S. 422 (1982)

Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963)

Evans v. Cornman, 398 U.S. (1970)

Clingman v. Beaver, 544 U.S. 581 (2005)

collectif « Leading cases - Constitutional law », *Harvard Law Review*, 2005, v. 119, p. 268-277

Tashian v. Republican Party of Connecticut, 479 U.S. 208, 213 (1986).

collectif « Leading cases - Constitutional law », *Harvard Law Review*, 2005, v. 119, p. 268-277

Juridictions inférieures

Chase v. Miller, 41 Pa. 403 (1862)

Bourland v. Hildreth 26 Cal. 161 (1864)

State ex. rel. Chandler v. Main, 16 Wis. 398 (1863)

Royaume-Uni

R. v Boundary Commissions for England ex p Foot [1983] 1 QB 600.

France

Conseil constitutionnel

Cons. const., 15 mars 1999, déc n°99-410, *Rec. Cons. const* p. 51 ;
FAVOREU (L.) PHILIP (L.), *Grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, 1065 p., p. 528 ;
Cahiers du Conseil constitutionnel, 1999, p. 11
AUBIN (E.), *L.P.A.*, 1999, n°193, p. 16
CAMBY (J.-P.), *R.D.P.*, 1999, p. 653
FLAUSS (J.-F.), *R.R.J.*, 2000, p. 681
LE BOS-LE POURHIET (A.-M.), *R.D.P.*, 1999, p. 1005
MATHIEU (B.) VERPEAUX (M.), *L.P.A.*, 1999, n°188, p. 8 et *J.C.P.*, I, 201
PINI (J.), *R.F.D.C.*, p. 328 et *A.I.J.C.*, p. 611
SCHOETTL (J.-E.), *A.J.D.A.*, 1999, p. 324

Cons. const., 1^{er} et 2 juillet 1986, déc. n°86-208 DC, *Rec. Cons. const.*, p. 78.

Cons. const., 8 août 1985, déc. n°85- 196 DC , *Rec. Cons. const.* , p. 63
FAVOREU (L.) PHILIP (L.), *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n°36.

Cons. Const., 3 avril 2003, déc n° 2003-468 DC, *Rec. Cons.. const.*, p. 325
ADRIANTSIMZOVINA (J.), *R.D.P.*, 2003, p. 949
CHAGNOLLAUD (D.), *R.D.P.*, 2003, p. 931
DRAGO (G.), *A.J.D.A.*, 2003, p. 948
FATIN-ROUGE (M.), *A.I.J.C.*, p. 720
JAN (P.), *R.D.P.*, 2003, p. 939 et *R.D.P.*, 2003, p. 941
SCHOETTL (J.-E.), *L.P.A.*, 2003, n°95, p. 952

Conseil d'Etat

CE, 15 décembre 2000, *Nerzic*,
BERGEAL (C.), « Conclusions sur CE, 15 décembre 2000, *Nerzic* », *RFDA*, 2001, pp 725-730
GOURDOU (J.) et PERDU (J.), « Note sous CE, 15 décembre 2000, *Nerzic* », *RFDA*, 2001, pp 730- 736.

Juridictions européennes

C.E.D.H.

C.E.D.H., 11 janvier 2005, *Py c. France*
BOITEAU (C.), *A.J.D.A.*, 2005, p. 541
FLAUSS (J.-F.), *A.J.D.A.*, 14 mars 2005, p. 551
ROBLOT –TROIZIER (A.) et SORBARA (J.-G.), *R.F.D.A.*, 2006, p. 139
SUDRE (F.), *J.C.P.*, 2005, n°145.

C.E.D.H., Grande Chambre, 6 octobre 2005, *Hirst c. R.-U.*
FLAUSS (J.-F.), *A.J.D.A.* 2006, p. 475.

C.E.D.H., déc. 7 septembre 1999, *Hilbe c. Liechtenstein*

C.E.D.H., Cour. plén. 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Cleyfat c. Belgique*, Série A, n°113 ;
SUDRE (F.) et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2003, 766 p., p. 488 et s.,
COHEN-JONATHAN (G.), chr. , *Cahiers de Droit Européen*, 1988, p. 487, ROLLAND (P.), chr. *J.D.I.*, 1988, p. 849.

C.E.D.H., 21 oct. 1997, *Pierre Bloch c. France*, 21 oct. 1997
BURGORGUE-LARSEN (L.), *A.J.D.A.*, 1998, p. 65
JAN (P.), *R.F.D.A.*, 1998, p. 999
PRISOT (S.), *J.T.D.E.*, 1998, p. 106
Confirmé par C.E.D.H., déc., 8 juillet 2003, *Comitato promotore referendum maggioritario (del 18/04/1999) et Comitato promotore referendum antiproporzionale (del 21/05/2000), c/ Italie*. Req. 56507/00.

Cour de Justice des Communautés Européennes

C.J.C.E., 11 janvier 2000, *Tanja Kreil et Bundesrepublik Deutschland, Europe*, 2000, n°12, pp. 5-7,
GERKRAT (J.) « Le principe de l'égalité de traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées dans la Bundeswehr »
HACQUET (A.), *Droit administratif*, 2000, n°2, pp. 22-24, note
JACQUMAIN (J.), *Journal des Tribunaux Droit européen*, 2000, n°73, pp. 201-210, « Egalité entre travailleurs féminins et masculins » ;
LANGER (J.), *Common Market Law Review*, 2000, n°6, pp. 1433-1444, commentaire
RIDEAU (J.), *Recueil Dalloz*, 2000, p. 192, obs.

C.J.C.E., 11 mars 2003, *Dory*, affaire C-186/01
BELORGEY (J.-M.), GERVASONI (S.) LAMBERT (C.), *A.J.D.A.*, 2003, pp. 1041-1043, « Actualité du droit communautaire » ;
IDOT (L.), *Europe*, 2003, n°5, p. 19, commentaires n°150 et 171;

BEAUME (T.), *Revue de droit de l'Union européenne*, 2003, n°1, pp. 291-294, note;
Journal des Tribunaux de Droit européen, 2003, n°104, p. 312 ;
SAVOIE (H.), « L'égal accès des hommes et des femmes aux emplois publics », *RFDA*, n°5, octobre 1998, pp. 1011-1015 ;
LE GALL SAMPAIO (S.), « L'accès de la femme à la fonction publique militaire », *Droit et Défense*, n°2, avril 1998, pp. 21-26 ;
M.T., « Note sous CE S., 29 décembre 1993, *Martel* », *Droit et Défense*, n°2, avril 1994, pp. 71-73.

Comité des droits de l'Homme

Matyus c/ Slovaquie, 22 juin 2002, A/57/40, vol. II, 245, § 9.2
SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, p. 481.

IIème Partie- Titre I

Etats-Unis

Cour Suprême

U.S. v. Grimley, 137 U.S. 147 (1890)

Kusper v. Pontikes, 414 U.S. 57 (1973)

Bell. V. U.S., 366 U.S. 393 (1961)

Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984)

United Public Workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947)

United States Civil Service Commission v. Letters Carriers, 413 U.S. 548 (1973)

United States v. National Treasury Employees Union, 513 U.S. 454 (1995)

Vieth v. Jubelirer, 541 U.S. 267, 124 S.C. 1769 (2004)

Davis v. Bandemer, 418 U.S. 109 (1986)

PILDES (R. H.), "The Supreme Court 2003 Term. A foreword : The Constitutionalization of Democratic Politics", *Harvard Law Review*,

2004, vol. 118, pp. 28-154, p. 56.

California Democratic Party v. Jones, 530 U.S. 567 (2000)

Clingman v. Beaver, 544 U.S. 581 (2005), 125 S. Ct. 2029

Juridictions inférieures

Blaylock v. United States Merit Sys. Board, 851 F. 2d 1348, (1988)
(United States Court of Appeals, Eleventh Circuit)

Biller v. U.S. Merit Sys. Board, 863 F.SD 1079 (2d Cir. 1988).

Jolley v. Grantham, (206 Ga. App. 100) (424 SE2d 362) (1992)

Riddle v. Warner, 522 F.2d 882, 884. (1975)

Pfile v. Corcoran, 287 F. Supp. 554, (D. Col. 1968)

Royaume-Uni

Champion v. Chief Constable of Gwent [1990], 1 *All. E.R.*, 116

R v Civil service Appeal Board ex p Bruce [1988] *I.C.R.* 649, pp. 654-656, *Queen's Bench division*, opinion de J. L. May

Conservative and Unionist Central Office v Burrell [1982] 2 *All. E.R.* 1
(Court of Appeal).

France

Conseil constitutionnel

Cons. const., 18 novembre 1982, déc n° 82-146 DC « 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 »,

AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) , *Pouvoirs*, 10983, n°25, p. 190

BOULOUIS (J.), *A.J.D.A.*, 1983, p.74

BOULOUIS (J.) , *R.D.P.*, 1983, pp. 333 et s.

BOULOUIS (J.) , *D.*, 1984, pp. 469-470, sommaire commenté

BOULOUIS (J.) , *Droit social*, 1983, n°131, note

BOULOUIS (J.), *J.C.P.*, 1983, n°19 946 note.

Cons. const., 14 janvier 1999, déc n°99-407 DC, « Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de

Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux », *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 21 ;
 Anonyme, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, p. 8, note ;
 BAGHESTANI-PERREY (L.), et VERPEAUX (M.), *L.P.A.*, 16 septembre 1999, n°185, p. 8,
 GHEVOTIAN (R.), *D.*, 2000, somm. 194, et *R.F.D.C.*, 1999, p. 142
 GRUBER (A.), *L.P.A.*, 12 février 1999, n°31
 PINI (J.), *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XV, 1999, pp. 585, 591 et 611
 SCHOETTL (J.-E.), *A.J.D.A.*, 1999, p. 149
 TRAORE (S.), *D.A.*, 1999, n°10, p. 6
 VIOLA (A.), *L.P.A.*, 4 mars 1999, n°45, p. 13, note;
J.C.P., 1999, Act., 10 mars 1999, p. 449.

Cons. const., 30 mars 2000, déc. n° 2000-429 DC, « Loi organique relative aux mandats électoraux », *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 60 ;
 BENETTI (J.), *L.P.A.*, 20 novembre 2000, n°231, p. 12
 DE CACQUERAY (S.), *R.F.D.C.*, 2000, p. 821
 JACQUINOT (J.), *R.F.D.C.*, 2000, p. 561
 MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *L.P.A.*, 17 octobre 2000, n°207, p. 20
 SCHOETTL (J.-E.), *A.J.D.A.*, 2000
L.P.A., 2000, n°208, p. 10, V. (M.).

Conseil d'Etat

C.E. 1^{er} mai 1895, *Elections de Nonette*, *R.*, p. 458
 C.E. 21 déc. 1888, *Elections de Boulot*, *R.*, p. 1005
 C.E. 23 janvier 1895, *Elections de Villars*, *R.*, p. 78
 C.E. 2 août 1889, *Elections de Brève*, *R.*, p. 922.
 C.E., 1^{er} déc. 1900, *Elections d'Arzenc de Randon*, *R.*, p. 779.
 C.E. 28 mars 1919, *Labroué*, *R.*, p. 331.
 C.E. 3 août, 1923, *Sieur Paturet*, *R.*, p. 659.
 C.E. 22 avril 1932, *Simon*, *R.* p. 412
 C.E., 31 mai 1953, *Ministre du travail*, *R.* p. 345

C.E. 1^{er} octobre 1954, *Guille, R.* p. 496, concl. Laurent, *R.A.*, 1954, p. 512.

Juridictions européennes

C.E.D.H.

C.E.D.H., Commission, 6 octobre 1967, *X. c/ République Fédérale d'Allemagne*, req. 2728/66, *Annuaire de la C.E.D.H.*, vol. 10, p. 339

C.E.D.H., Cour. plén., 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Cleyfat c. Belgique*, Série A, n°113

COHEN-JONATHAN (G.), *Cahiers de Droit Européen*, 1988, p. 487 ;
chron.

ROLLAND (P.), *Journal de Droit International*, 1988, p. 849, chron. ;
G.A.C.E.D.H., n°52

C.E.D.H., 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*,

DECAUX (E.) et TAVERNIER (P.), *Journal de droit international*, 2003,
p. 752, note ;

FLAUSS (J. -F.), *A.J.D.A.*, 2002, p. 500, note;

KITSOU-MILONAS (I.), *Europe*, 2002, n°8, p. 31, note;

LEVINET (M.), *R.F.D.C.*, 2003, p. 425, note.

C.E.D.H., Grande Chambre, 6 octobre 2005, *Hirst contre Royaume-Uni*,
§ 82, requête numéro 74025/01,

DUBOS (O.) (dir.), *J.C.P. A.*, 30 janvier 2006, n°5, chron. n°1041

EUDES (M.), *Journal du droit international*, 2006, n° 3, pp. 1169-1171,
notes

FLAUSS (J. -F.), *A.J.D.A.*, 2005, pp. 541-545, chr.

SUDRE (F.), *R.D.P.*, 2005, pp. 755-831, chr.

C.E.D.H., 1^{er} juillet 1997, *Gitonas et autres c. Grèce*, R. 1997, IV,

LEVINET (M.), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, n°41,
pp. 43-76, note ;

LEVINET (M.), *R.F.D.A.*, 1998, pp. 1007-1010, note.

C.E.D.H., 17 juin 2004, *Zdanoka c. Lettonie*, n° 58278/00,

LEMETAYER (D.), *Journal du droit international*, 2005, n°2, pp. pp.
552-554, note,

FLAUSS (J.-F.), *A.J.D.A.*, 2005, pp. 541-545 ;

SUDRE (F.), *R.D.P.*, 2005, pp. 755-831, chr. ;

SUDRE (F.) (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits
de l'Homme*, PUF, 4^{ème} éd., 2007 grand arrêt n°63, pp. 646 et s.

C.E.D.H., 19 octobre 2004, *Melnitchenko c. Ukraine*, Req. n° 17707/02.

C.E.D.H., Grande Chambre, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, Req. n°58278/00, FLAUSS (J.-F.), *A.J.D.A.*, 2006, chr., pp. 1709 et s ; SUDRE (F.) (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 4^{ème} éd., 2007 grand arrêt n°63, pp. 646 et s.

C.E.D.H., 2 septembre 1998, *Ahmed et autres c. Royaume-Uni, R.*, VI, DUARTE (B.), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, pp. 301-350, commentaire ; LEVINET (M.), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, pp. 43-75, chr. ; SUDRE (F.), *J.C.P. G.*, 1999, I, n°105, chr.

C.E.D.H., 20 mai 1999, *Revkényi c. Hongrie* ; CALLEWAERT (J.), *R.T.D.H.*, 2000, p. 107, note, SUDRE (F.), *J.C.P. G.*, 2000, I, n°209, n°25, chr..

C.E.D.H., 2 octobre 2003 *Santoro c. Italie*, Req n° 67076/01

C.E.D.H., 11 janvier 2005, *Py c. France* req. n°66289/01, SUDRE (F.), *J.C.P.*, 2005, n°159, chron. ; BOITEAU (C.), *J.C.P.*, 2005, n°145 ; FLAUSS (J.-F.), *A.J.D.A.*, 2005, p. 541, chron. ; MONTECLERC de (M. C.), *A.J.D.A.*, 2005, p. 118 note.

C.E.D.H., (Grande Chambre) 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie, Rec.*, 1998, I-1 ; DUARTE (B.), *R.T.D.H.*, 1999, p. 301, note ; FLAUSS (J.-F.), *R.F.D.C.*, 2000, p. 876, chron. ; KABOGLOU (I.), *J.C.P.*, 1999, 105, n°53 ; SUDRE (F.), *R.T.D.H.*, 1999, pp. 253-276, note; chron. ; WOHLFHART (S.), *Journal de droit international*, 1999, pp. 213-215, note ; SUDRE (F.) (dir.), *op. cit.*, n°6 et 53.

C.E.D.H., 30 janvier 2007, *Yumak et Sadak c. Turquie*, Req 10226/03.

C.E.D.H., 11 janvier 2007, *Parti conservateur russe des entrepreneurs contre Turquie et autres*, Req 55066/00 et 550638/00.

C.E.D.H. 7 décembre 2006, *Linkov c. République Tchèque* Req 10504/03.

IIème Partie- Titre II

Etats-Unis

Cour Suprême

Abood v. Detroit Board of Education, 431 U.S.C. 209, 232 (1977).

United Federation of Postal Workers v. Blount, 404 U.S. 802 (1971)

N.A.A.C.P. v. Alabama, 357 U.S. 449, 460-461 (1958).

Ex parte Vallandigham, 68 U.S. (1 Wall.) 243 (1863).

Parker v. Levy, 417 U.S. 783 (1974).

ZOLLER (E.), « La liberté d'expression du fonctionnaire en uniforme aux Etats-Unis », in LETTERON (R) (dir.), *La liberté d'expression des fonctionnaires en uniforme*, Economica, 2000, 172 p., p. 35.

Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union, 433 U.S. 119, (1977).

Greer v. Spock, 428 U.S. 828, 838 (1976).

Juridictions inférieures

Atkins v. City of Charlotte, N.C. 296 F.Supp. 1068, (W.D. N.C. 1969)

Royaume-Uni

Chambre des Lords

Council of Civil Service Unions v. Minister for Civil Service [1985] A.C. 374, [1984] 3 All. E.R. 935, H.L.

Amalgamated Society of Railways Servants v. Osborne [1910] AC 87 (HL).

EWING (K. D.), « Freedom of Association », in Mc CRUDDEN (Ch.) et CHAMBERS (G.) (éd.), *Individual Rights and the Law in Britain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 728 p., p. 42.

Queen's Bench

Hornby v. Close (1867) LR 2 QB 153,

EWING (K. D.), « Freedom of Association », in Mc CRUDDEN (Ch.) et CHAMBERS (G.) (éd.), *Individual Rights and the Law in Britain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 728 p., p. 242.

France

Conseil constitutionnel

Con. const., 25 juillet 1989, déc. n°89-257 DC, *Prévention des licenciements économiques*

Conseil constitutionnel, du 25 juillet 1989, *R.J.C.*, I, p.358.

Cons. const., 25 juillet 1979, déc. n°79-105 *Droit de grève à la radio et à la télévision*, *Recueil*, p. 33. *RJC*, p. I-71,

FAVOREU (L) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, 1065 p., n°25 ;

AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) , *Pouvoirs*, 1979 (11), p. 196, chr.;

BÉGUIN (J.-C.) , *Semaine juridique (J.C.P.)*, 1981, II, 19547 ;

HAMON (L.) , *Dalloz*, 1980, p. 333, « Grève et continuité du service public : mirage de la conciliation ou modalité de l'arbitrage, »;

LEGRAND (A.), *Actualité juridique droit administratif*, 1980, p. 191, note ;

JARNEVIC (J.P.), *Revue administrative de l'Est de la France*, 1980, p. 87, commentaire ;

LEYMARIE (C.) , *Droit social*, 1980, p. 7, commentaire;

PAILLET (M.) , *Dalloz*, 1980, note p. 101;

TURPIN (D.), *Droit social*, « Le droit de grève face à un nouveau principe à valeur constitutionnelle », p. 441.

Cons. Const., 22 juillet 1980 déc. n° 80-117 DC, *Protection des matières nucléaires*, *R.J.C.*, I, p. 81 ;

AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) , *Pouvoirs*, 1980 (15), p. 172, chr.

FAVOREU (L.) , *Revue du droit public*, 1980, p. 1652, note

FRANCK (C.), *Dalloz*, 1981, II, p. 65., note.

Cons. Const., 5 juillet 1977, déc. n°77-79 DC, *Emploi des jeunes*, *R.J.C.*, I, p. 48, AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), *Pouvoirs*, 1977 (3), p. 179, chr. ;

DEBENE (M.), *Semaine juridique (J.C.P.)*, 1979, II, 19186, note;

FAVOREU (L.), *Revue du droit public*, 1978, p. 825, « La décision du 5 juillet 1977 dans l'affaire relative à l'emploi des jeunes » ;

HAMON (L.), *Dalloz*, 1979, Jur., p. 41., chr. ;

MONTGROUX (P.) et CHIROUX (R.), *Annales de Clermont*, 1977 (14), pp. 192-193, note.

Cons. Const., 25 juillet 1989, déc. n° 89-257 DC, *R.J.C.*, I, p.358.

Cons. Const., 20 mars 1997, déc. n° 97-388, *Recueil* p. 31,

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.) , *D.*1997, note;

PRETOT (X.), *Droit social*, 1997, p. 476 note;
MOLFESSIS (N.), *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, note ;
COLLIARD (C.-A.) et LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2005, 569 p., p. 544 ;
FAVOREU (L.) (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2007, 622 p., pp. 276-277.

Conseil d'Etat

C.E., 26 septembre 2007, Rémy, n° 263747.
A.J.D.A., 2007, p. 1846 ;
A.J.F.P., 2008, p. 87.

C.E. (Section), 11 décembre 2008, *Association de défense des droits des militaires*
A.J.D.A., 2008, p. 2369
J.C.P.A., 2008, act., 1070 ;
A.J.D.A., 2009, p. 148 et p. 961 ;
A.J.F.P., 2009, p. 148 ;
D.A., 2009, mars, comm. n°42.

C.E. 25 juin 1920, *Taunay*, R. 630.

C.E. Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, R. 426
confirmé par C.E. section, 17 mai 1997, *Hotz et autres et F.N.S.P.I.E.N.G.*,
BELLEGUE (M.) et DARCY (G.), *A.J.D.A.*, 1997, note ;
AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.), TAILLERFAIT (A.),
Droit de la fonction publique, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, 758 p., p. 98 ;
CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, 1427 p., p. 267 ;
DORD (O.), *Droit de la fonction publique*, PUF, 2007, 340 p., p. 248 ;
LAUBADERE de (A.), GAUDEMET (Y), *Traité de droit administratif, La fonction publique*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2000, 229 p., p. 177

Cour de Cassation

Cass. Soc., 9 novembre 1982, (2 arrêts), *Dubigeon Normandie, Trailor SAVATIER*, *Droit social*, 1983, note,
COLLIARD (C.-A.) et LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2005, 569 p., p. 545
MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2004, 574 p., p. 346.

Cass., Chambre Mixte, 10 avril 1998, *Syndicat Le Front National de la Police c. Syndicat national des policiers en tenue*,
FAVOREU (L.) (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 4^{ème}

éd., 2007, 622 p., p. 264

Cass., Chambres réunies, 5 avril 1913, *D.P.*, I, 65, rapp.
FALCIMINGRE, conclusions SARRUT (L.) ;
MESTRE (A.), *Sirey*, 1920, I, 49, note,
MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 588 p.,
p. 174.

Espagne

Tribunal constitutionnel

Sentencia du 31 octobre 2001, *Hermandad de personal militar en situación ajena al servicio activo*,

Afrique du Sud

Supreme Court of Appeal

South African National Defence Union v. Minister of Defence and Others, [2006] S.C.A. 91 (R.S.A.), 31 août 2006

Harris v. Minister of the Interior; (1952), T.L.R. 1245,
KLEIN (C.), *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 217 p., pp.
178-185.

Constitutional Court

South African National Defence Union v. Minister of Defence, 1999 (4)
SA 469 (CC), 25 mars 1999

Juridictions européennes

C.E.D.H.

C.E.D.H., commission, 20 janvier 1987, *Council of Civil Service Union et autres*, D.R., 50

Comité européen des droits sociaux

Décision sur le bien-fondé de la réclamation n° 2/1999, adoptée le 4
décembre 2000, rendue publique le 23 mars 2001

Bibliographie

Introduction

Ouvrages

AGAMBEN, *Homo Sacer II, 1. État d'exception*, traduit par Joël Gayraud, Paris, Seuil, 2003, 213 p.

AVRIL (P.), *Les conventions de la Constitution*, PUF, 1997, 202 p.

BARTHELEMY (J.) et DUEZ (P.), *Traité de droit constitutionnel*, 1933, rééd., Economica, 1985, 955 p.

BERTHELEMY (H.), *Traité élémentaire de Droit administratif*, 13^{ème} éd., 1933, 1187 p.

BONNARD (R.), *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Cadoret, 1903, 164 p.

BRAIBANT (G.), STIRN (B.), *Le droit administratif français*, PFNSP, 7^{ème} éd. Mise à jour, 1999, 652 p.

BRIMO (A.), *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 3^{ème} éd., Pédone, 1979, 576 p.

CARRE de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 volumes, 1922, rééd. CNRS., 1962

CARRE de MALBERG (R.), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, Sirey, 1933, 174 p.

CHANTEBOUT (B.), *Droit constitutionnel et science politique*, Armand Colin, 21^{ème} éd., 2004, 592 p.

CHANTEBOUT (B.), *L'organisation générale de la défense nationale*, LGDJ, 1967, 567 p.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome II, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2000, 787 p.

CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 1999, 150 p.

CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, PUF, 2^{ème} éd., 1994, p. 323.

CONSTANTINESCO (L.-J.) *Traité de droit comparé*, LGDJ, 1983, 3 vol.

DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif*, 7 vol., A. Fontemoing, 7^{ème} éd., 1897-1905

DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'Etat*, A. Fontemoing, 1907, 1140 p.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel : théorie générale de l'Etat*, A. Fontemoing, 1^{ère} éd., 1911, 2 vol. ; 2^{ème} éd., T. 1 (1921), T. 2 (1923), T. 3 (1923), T. 4 (1924), T. 5(1925) ; 3^{ème} éd., T. 1 (1927), T. 2 (1928)

DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, 285 p.

ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2 volumes, 8^{ème} éd. Revue par H. NEZARD, Sirey, 1928.

FAVOREU (L.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2000, p. 533.

FOUCART (E.-V.), *Eléments de droit public administratif*, 3 vol., Marescq, 4^{ème} éd., 1855.

GERANDO (J.-M.), *Institutes de droit administratif français*, 5 vol., Nève, 2^{ème} éd., 1842-1846.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, 2 volumes, Librairie du Recueil Sirey, 11^{ème} éd., 1927, 1068 p.

HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Sirey, 1929, 759 p.

HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Paris, Larose et Tenin, 1910, 734 p.

HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, 828 p.

HAURIOU (M.), *Aux sources du droit*, 1933, rééd. Bibliothèque de philosophie juridique et politique, 1986, 191 p.

HUMBERT (M.), *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, 529 p.

JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, 6 volumes, Giard, 3^{ème} éd., 1925-1936.

- LEGEAIS (R.), *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Litec, 2^{ème} éd., 2008, 494 p.
- LEGRAND (P.) (dir.), *Comparer les droits résolument*, PUF, 2009, 630 p.
- LEGRAND (P.), *Le droit comparé*, PUF, 2^{ème} éd., 2006, 127 p.
- MACAREL (L.), *Cours de droit administratif*, 4 vol., Thorel, 2^{ème} éd., 1848
- MESCHERIAKOFF (A.-S.), *Droit de services publics*, PUF, 2^{ème} éd., 1997, 413 p.
- Montesquieu, de Secondat (Ch. L.), *Œuvres de Monsieur de Montesquieu, De l'Esprit des lois*, 2 t., Londres, Nourse, 1767.
- PISIER-KOUCHNER (E.), *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972, 316 p.
- RAMBAUD (Th.), *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé*, LGDJ, 2004, 480 p.
- ROCHOUX (M.), *De l'autorité militaire*, Bordeaux, Imprimerie Cadoret, 1896, 218 p.
- ROSSI (P.), *Cours de Droit Constitutionnel*, 4 vol., Guillaumin, 1867
- ROUQUIE (A.), *L'Etat militaire en Amérique latine*, Seuil, 1982, 475 p.
- ZWEIGERT (K.), « Méthodologie du droit comparé », in *Mélanges Maury*, Dalloz, 1961, 2 tomes

Articles

- BEAUD (O.), « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, 2000, pp. 89-108.
- BEAUD (O.), « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2003, n°37, pp. 149-171.
- BELL (J.), “English law and French law : not so different?”, *Current Legal Problems*, 1995, vol 68, pp 63-101.
- BELL (J.), « De la culture », in LEGRAND (P.) (dir.), *Comparer les droits résolument*, 2009, PUF, 630 p.

- BLANQUER (J.-M.), « Consolidation démocratique ? Pour une approche constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2001, n°98, pp. 37-47.
- CHEVALLIER (J.), « La fin des écoles ? », *RDP*, 1997, pp. 689-700.
- CHEVALLIER (J.), « La séparation des pouvoirs », in FAVOREU (L.) (éd.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, 1989, 178 p.
- CHEVRIER (G.), « Les rapports du pouvoir civil et du pouvoir militaire dans la Rome antique », in TROTABAS (P.) (dir.), *La Défense nationale*, PUF, 1958, 623 p.
- DENQUIN (J.-M.), « Le déclin du référendum sous la Ve République », *RDP*, 1998, p. 1585-1610.
- DESMONS (E.), « Le sceptre et le sabre : Joseph-Barthélemy et la séparation du pouvoir civil et militaire en temps de guerre », in *Revue Mil neuf cent*, 2005, n°23, pp. 75-91
- DOGAN (M.), « Les militaires en politique », *Pouvoirs*, 1986, n°38, pp. 113-125.
- DRAGO (R.), « Le chef des Armées de la IIème à la Vème République », *RA*, n°292, 1996, p. 377-380.
- EISENMANN (C.), « deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique*, 1930, p. 231-279.
- FRANKENBERG (G.), “Comparing constitutions : Ideas, Ideals and Ideology”, *American Journal of comparative Law*, 2006, pp. 439-459.
- GAUDEMET (J.), « Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits*, 1995, n°22, pp. 3-17
- GOHIN (O.), « Les fondements juridiques de la défense nationale », *DD*, 1993, n°1, pp 4-13
- HAURIOU (M.), « Les idées de Léon Duguit », recueil de législation de Toulouse, 1911, p. 19-35.
- KERNEIS (S.), « Guerre et droit à la Rome. De la discipline des camps au droit pénal militaire », *Droit et culture*, 2003, n°45, pp. 141 à 158.
- SEFTON-GREEN (R.), « Compare and contrast, monstre à deux têtes », *R.I.D.C.*, 2002, pp. 85-95.

VIEL (M.-T.), « La répartition des compétences en matière militaire entre le Parlement, le président de la République et le Premier Ministre », *RDP*, 1993, pp 141-196

ZWEIGERT (K.), « Des solutions identiques par des voies différentes », *R.I.D.C.*, 1966, pp. 5-18.

ière Partie - Titre 1

Ouvrages

ALLEN (M.) et THOMPSON (B.), *Constitutional and Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 7ème éd., 2002, 806 p.

Anonyme, *A short history of standing armies in England*, Londres, 3^{ème} éd., 1698, 46 p.

AVRIL (P.), *La Ve République. Histoire politique et constitutionnelle*, PUF, 2^{ème} éd., 1994, 417 p.

BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, 512 p.

BLUCHE (F.), *Le Bonapartisme*, PUF, 1981, 127 p.

BLUCHE (F.) et RIALS (S.) (dir.), *Les révolutions françaises*, Fayard, 1989, 500 p.

BRADLEY (A. W.) et EWING (K. D.), *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Pearson, 14^{ème} éd., 2006, 872 p.

BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, t. IV, *le statut du pouvoir dans l'Etat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1983, 648 p.

BURDEAU F. *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1994, 377 p.

CARRE de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920-1922, rééd. Dalloz, 2004, 1525 p.

CARRE de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, 2 vol

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^{ème} éd.,

2001, 1427 p.

Commission des communautés européennes, *Rapport régulier 2001 sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion*, 2002, 133 p., Consulté le 12 août 2007 à l'adresse : ec.europa.eu/enlargement/turkey/key_documents_fr.htm.

Commission européenne, *Turquie Rapport de suivi 2005*, 2005, 164 p. Disponible à : ec.europa.eu/enlargement/turkey/key_documents_fr.htm, consulté le 12 août 2007.

CONSTANT (B.), *La force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*, Éditions Flammarion, 1988, 187 p.

CONSTANT (B.), *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'un constitution républicaine dans un grand pays, 1795-1807*, Aubier, 1991, 506 p.

CONSTANT (B.), *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, 1814, Num. BNF de l'éd. de, Paris : INALF, 1961, Reprod. de l'éd. de, Paris : Guillaumin, 1872, 166 p.

CONSTANT (B.), *L'esprit de conquête*, (1814), *Ecrits politiques*, Gallimard, 1997, 870 p.

CONSTANT (B.), *Réactions politiques*, in CONSTANT (B.), *La force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*, Éditions Flammarion, 1988, 187 p.

CONSTANT (B.), *Réflexions sur les constitutions et les gouvernements avec un esquisse de Constitution*, (1814-1818), *Cours de politique constitutionnelle*, Guillaumin, 2^{ème} éd, 2 vol.

COTTRET (B.), *Cromwell*, Fayard, 1992, 542 p.

DARESTE (F. R.), DARESTE (P.), DELPECH (J.) et LAVERRIERE (J.), *Les constitutions modernes*, Sirey, 4^{ème} éd., 1934, 6 vol.

DENQUIN (J.-M.), *Science politique*, PUF, 5^{ème} éd., 1996, 491 p.

DESLANDRES (M.), *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, 3 tomes, Armand Colin & Sirey, 1932-1937.

DESMONS (E.), *Mourir pour la patrie ?*, PUF, 2001, 113 p.

DUHAMEL (E.) et VIAL (Ph.) (dir.), *Militaires en République*,

Publications de la Sorbonne, 1999, 734 p.

DUVERGER (M.), *La Constitution de la République portugaise* (12 avril 1976), La Documentation française, 1977, 64 p.

DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, 1995, PUF, 515 p.

FITZPATRICK (J. C.), *The Writings of George Washington*, Washington, 39 vol., 1931-1934, Washington D.C., Government Printing Office.

FORD (J.) (éd.), *The Works of Thomas Jefferson*, New York, Putnam and Sons, 1905, 12 volumes.

FOURCADE (O.), DUHAMEL (E.) et VIAL (Ph.) (dir.), *Militaires en République*, Publications de la Sorbonne, 1999, 734 p.

FRIEDRICH (C. J.), *La démocratie constitutionnelle*, PUF, 1958, 564 p.

GARDINER (S. R.) (éd.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution*, Oxford, Clarendon Press, 1906, reed., Indianapolis, Liberty Found, 2005, 540 p.

HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *The Federalist edited by by George W. Carey, James McClellan*, Indianapolis, Liberty Found, 2001, 566 p.

HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, LGDJ, 29^{ème} éd., 2005, 896 p.

HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, LGDJ, 31^{ème} éd., 2009, 914 p.

HARRINGTON (J.), *The Oceana and Other Works do James Harrington with an Account of His Life by John Toland*, Londres, Becket and Cadell, 1771, reed., Etats-Unis, Liberty Found, 2005, 1208 p.

HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, 759 p.

Journal of the Continental Congress 1774-1789, t. XXIV, Washington, Library of Congress, Manuscript division, US Govt print off., 1922, 722 p.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, 495 p.

KOHN (R. H.), *Eagle and Sword. The Beginnings of the Military Establishment in America*, New York, The Free Press, 1975, 443 p.

- LAUVAUX (Ph.), *Les destins du présidentielisme*, PUF, 2002, 137 p.
- LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF., 3^{ème} éd., 2004, 1060 p.
- LEGENDRE (P.), *Trésors historiques de l'Etat en France : l'administration classique*, Fayard, 1992, 638 p.
- LUCHAIRE (F.), *Naissance d'une Constitution : 1848*, Fayard, 1998, 274 p.
- MAITLAND (F. W.), *The Constitutional History of England*, (1908), rééd., Cambridge, Cambridge University Press, 1968, 548 p.
- MARVELL (A.), *An Account of the Growth of Popery and Arbitrary Government in England*, Londres, 1677, 156 p.
- MONTESQUIEU de SECONDAT (Ch.-L.), *Œuvres complètes*, Gallimard, 1951, 2 vol.
- MORTON (A. L.), *Freedom in arms : a selection of Leveller writings*, Lawrence & Wishart 1975, 354 p.
- MOYLE (W.) avec TRENCHARD (J.), *An argument shewing that a standing army is inconsistent with a free government, and absolutely destructive to the constitution of the English monarchy*, Londres, E. Wihitlock 1697, 30 p.
- RENARD (G.), *La théorie de l'institution*, Sirey, 1930, 639 p.
- SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, 1989, trad. française, PUF, 1993, 576 p.
- SIEYES (E. J.), *Ecrits politiques*, Editions des archives contemporaines, 1997, 300 p.
- THOMPSON (C. B.), in ADAMS (J.), *The Revolutionary writings of John Adams*, Indianapolis, Liberty Found, 2000, 332 p.
- TROPER (M.), *La philosophie du droit*, PUF, 2003, 127 p.
- TULARD (J.), *Napoléon*, Hachette, Pluriel, 1987, 512 p.
- WOLFE (D. M.), *Leveller Manifestoes of the Puritan Revolution*, New York, Thomas Nelson & Sons, 1944, 440 p.

Articles

ARROMATORIO (S.), « Le 13 mai 58 un coup d'Etat ? », in DELOS-HOURTOULE (S.) et CHERRIER (E.) (éd.), *Coups d'Etat et révolutions*, Presses Universitaires de Valenciennes, 2005, 226 p.

AYDINLI (E.), ÖZCAN (N. A.), AKYAZ (D.), “The Turkish Military's March Toward Europe”, *Foreign Affairs*, 2006, *Janvier/Février*, pp. 77-90

BALANS (J.-L.), « Armée et politique en Turquie ou la démocratie hypothéquée », *Pouvoirs*, 2005, n°115, pp. 55-72.

BARON (Ch. H.), “ La théorie de l'intention originelle, la sincérité dans la rédaction des opinions des juges et les références à des sources juridiques étrangères dans le processus d'interprétation de la Constitution aux Etats-Unis”, in BECHILLON de (D.), BRUNET (P.), CHAMPEIL-DESPLAT (V.), MILLARD (E.) (coordinateurs), *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, 1028 p., p. 113 et s.

BLUCHE (F.), « Les journées révolutionnaires parisiennes », in BLUCHE (F.) et RIALS (S.) (dir.), *Les révolutions françaises*, Fayard, 1989, 500 p., pp. 227-242

BEAUD (O.), « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle –A propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, n°6, pp. 68-77

BELL (J.), “Que signifie la souveraineté pour un Britannique », *Pouvoirs*, 1993, n°67, pp. 107-116.

BELLAMY (D.), « Le spectre du coup d'Etat dans le débat politique français d'après-guerre », in DELOS-HOURTOULE (S.) et CHERRIER (E.) (dir.), *Coups d'Etat et révolutions*, Presses Universitaires de Valenciennes, 2005, 226 p.

BELLESILES (M. A.), « The Second Amendment in Action”, *Chicago Kent Law Review*, 2000, vol. 76, pp.61-102

BODINIER (G.), « Du Soldat républicain à l'officier impérial.

Convergences et divergences entre l'Armée et la société », in CORVISIER (A.) (dir.), *Histoire militaire de la France*, PUF, 1997, 4 vol.

BODINIER (G.), « La Révolution et l'Armée », in CORVISIER (A.) (dir.), *Histoire militaire de la France*, PUF, 1997, 4 vol.

BOGUS (C. T.), « The History and Politics of Second Amendment », *Chicago Kent Law Review*, 2000, vol. 76, pp. 3-24

BON (P.), « L'évaluation des révisions constitutionnelles : le cas du Portugal », journée d'études de l'AFDC, "*Réviser la Constitution*", www.afdc.fr, 2006, consulté le 9 août 2007.

BOUDON (J.-O.), « De l'Armée au palais du Luxembourg : les officiers devenus sénateurs inamovibles », in FOURCADE (O.), DUHAMEL (E.) et VIAL (Ph.) (dir.), *Militaires en République*, Publications de la Sorbonne, 1999, 734 p., pp 303-311

CAYLA (O.), « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou le mythe d'une identité souveraine inaltérable », in BECHILLON de (D.), BRUNET (P.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et MILLARD (E.) (coord.), *L'Architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, 1028 p.

DAVIS (J. C.), « the Levellers and Democracy », *Past and Present*, 1968, vol. 40, pp. 174-180.

DENQUIN (J.-M.), « 1958 », in BLUCHE (F.) et RIALS (S.) (dir.), *Les révolutions françaises*, Fayard, 1989, 500 p., pp. 417-434.

DUHAMEL (E.), « De l'épée à la toge (Les officier au Palais Bourbon de 1945 à 1962) », in FOURCADE (O.) DUHAMEL (E.) et VIAL (Ph.) (dir.), *Militaires en République*, Publications de la Sorbonne, 1999, 734 p.

DUSRTON (Ch.), « The fall of Cromwell's Major Generals », *The English Historical Review*, 1998, vol. 113, n°150, pp. 18-37.

DUVERGER (M.), « Légitimité des gouvernements de fait », *RDP*, 1945, pp.73-100.

ESMEIN (A.), « Les constitutions du protectorat de Cromwell », *R.D.P.*,

1899, pp. 405-443.

ESMEIN (A.), “Les constitutions du protectorat de Cromwell”, *R.D.P.*, 1899, pp. 193-218.

EVERETT GREEN (M. A.) (editor), , *Calendar of State Papers Domestic: Interregnum, 1655* (1881), Volume 100, September 1655, pp. 312-361.

FINKELMAN (P.), “A well regulated militia, the Second amendment in historical perspective”, *Chicago Kent Law Review*, 2000, vol. 76, pp. 195-236.

FORREST (A.), « Armée », in FURET (F.) et OUZOUF (M.), *Dictionnaire critique de la Révolution française, Institutions et créations*, Flammarion, 2^{ème} éd., 2007, 349 p., pp. 25-41.

FRANKLE (R. J.), “The Formulation of the Declaration of Rights”, *The Historical Journal*, Vol. 17, No. 2 (Jun., 1974), pp. 265-279.

FURET (F.), « Bonaparte », in FURET (F.) et OUZOUF (M.), *Dictionnaire critique de la Révolution française, Acteurs*, Flammarion, 2^{ème} éd., 2007, 466 p., pp. 53-75.

FURET (F.), « Coups d’Etat », in FURET (F.) et OUZOUF (M.), *Dictionnaire critique de la Révolution française, Evénements*, Flammarion, 2^{ème} éd., 2007, 365 p.

FURET (F.), « Dix-Huit Brumaire », in FURET (F.) et OUZOUF (M.), *Dictionnaire critique de la Révolution française, Evénements*, Flammarion, 2^{ème} éd., 2007, 365 p., pp. 65-76.

GAÏTI (B.), « Les incertitudes des origines. Mai 58 et la Ve République », *Politix*, 1999, n°47, pp. 27-62.

GIRARDET (R.), « Pouvoir civil et pouvoir militaire dans la France contemporaine », *R.F.S.P.*, 1960, n°1, pp. 5-38

GOHIN (O.), « Les fondements juridiques de la défense nationale », *Revue Droit et Défense*, 1993, n°1, pp. 4-12.

HALEVY (R.), « Clubs et sociétés populaires », in FURET (F.) et OUZOUF (M.), *Dictionnaire critique de la Révolution française, Institutions et créations*, 2^{ème} éd., 2007 p. 125.

- HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation », Cahiers de la nouvelle journée, n°4, 1925, pp. 2-45.
- JOANA (J.), « La démocratie face à ses militaires Où en est l'analyse des relations civils-militaires », *Revue française de sociologie*, 2007, pp. 133-155.
- JOANA (J.), « Le pouvoir des militaires, entre pluralisme et démocratie », in Association française de science politique, *Penser la démocratie. Autour de l'œuvre de Juan Linz, Actes du colloque international du 7et 9 septembre 2006*, www.afsp.msh-paris.fr/activite/2006/collinz06/txtlinz/joana1.pdf, consulté le 13 août 2007.
- JOXE (A.), « Le mouvement des forces armées portugaises », *Politique étrangère*, 1974, pp. 659-687.
- KISHLANSKY (M.), « The Army and the Levellers: The Roads to Putney », *The Historical Journal*, 1979, vol. 22, pp. 795-824.
- KISHLANSKY (M.), « The Case of the Army truly Stated: The Creation of the New Model Army », *Past and Present*, 1978, vol. 81, pp. 51-74.
- KOHN (R. H.), « The Constitution and National Security : The Intent of the Framers », in KOHN (R. H.) (éd.), *The United States Military under the Constitution of the United States, 1789-1989*, New-York, New York University Press, 1991, 449 p.
- KUBALICH (N.), « Les traits dominants de la Constitution de la Seconde République turque », *Revue internationale de droit comparé*, 1965, pp. 855-872.
- LAUVAUX (Ph.), « Aspects historiques de la responsabilité politique », in BEAUD (O.) et BLANQUER (J.-M.), *La responsabilité des gouvernants*, Editions Descartes et Compagnie, 1999, 321 p., pp. 19-31.
- LEROY (P.), « Coup d'Etat », in DUHAMEL (O.) et MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 1992, 1112 p.
- MIALLE (M.), « La critique des opposants », *Revue française de science politique*, 1984, pp. 659-670.
- MILLER (E. A.), « Some arguments used by English pamphleteers, 1697-

- 1700 concerning a standing army”, *Journal of Modern History*, t XVIII, 1946, pp. 306-313
- MIRANDA (J.), “La Constitution portugaise : du texte de 1976 à la révision de 1989”, *R.F.D.C.*, 1990, pp. 363-372
- MORILL (J.-S.), “Mutiny and Discontent in English provincial armies 1646-1647”, *Past and Present*, 1972, vol. 56, pp. 49-74.
- MORVAN (P.), « Principes », in ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, 1649 p.
- POCOCK (J. G. A.), “Machiavelli, Harrington, and English Political Ideologies in the Eighteenth Century”, *William and Mary Quaterly*, 1965, t. XXII, 1965, pp. 550-565.
- RAKOVE (J. N.), “The Second Amendment, the highest Stage of Originalism”, *Chicago Kent Law Review*, 2000, vol. 76, pp. 103-167.
- RANNIE (D. W.), « Cromwell’s Major-Generals », *The English Historical Review*, 1895, vol. 10, n°39, pp. 471-506.
- ROBERTS (C.), “The Law of Impeachment in Stuart England: A Reply to Raoul Berger”, *The Yale Law Journal*, Vol. 84, No. 7 (Jun., 1975), pp. 1419-1439
- ROBERTS (C.), “The growth of ministerial responsibility to Parliament in later Stuart England”, *The Journal of Modern History*, 1956, vol. XXVIII, n°3, pp. 215-233
- ROBERTS (C.), “The Impeachment of the Earl of Clarendon”, *Cambridge Historical Journal*, 1957, pp. 1-18.
- ROUSSEAU (D.), « La primauté présidentielle dans le nouveau régime politique portugais : mythe ou réalité », *R.D.P.*, pp. 1325-1372.
- ROWE (P.), “Armed Forces Act 1981”, *The Modern Law Review*, 1981, Vol. 44, No. 6, pp. 693-701
- SAINT-BONNET (F.), « Technique juridique du coup d’Etat », in BLUCHE (dir.), *Le prince, le peuple et le droit*, PUF, 2000, 318 p.
- SAKALIOGLU (U. C.), “The Anatomy of the Turkish Military's Political Autonomy”, *Comparative Politics*, 1997, pp. 151-166.
- SCOFFONI (G.), “Droit constitutionnel étranger : L’actualité

constitutionnelle dans les pays de *Common Law* et de droit mixte – Etats-Unis », *R.F.D.C.*, 2009, pp. 837-856.

SIEGEL (R. B.), « Dead or Alive : Originalism as popular Constitutionalism in *Heller* », *Harvard Law Review*, 2008, pp. 191-244

TROPER (M.), « L'expérience américaine et la Constitution française du 3 septembre 1791 », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, 334 p.

VERNIER (B.), « L'Armée turque et la république néo-kémaliste », *Politique étrangère*, 1965, pp. 259-279.

VIGOUREUX (C.), « Le sens du 2 décembre », in DELOSHOURTOULE (S.) et CHERRIER (E.) (éd.), *Coups d'Etat et révolutions*, Presses Universitaires de Valenciennes, 2005, 226 p., pp. 41-47.

WACHSMANN (P.), « Les conventions de la Constitution », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n°4 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/>, consulté le 17 août 2007.

WEBB (S. S.), “Brave Men and Servants to His Royal Highness : The Household of James Stuart in the Evolution of English Imperialism”, *Perspectives in American History*, 1974, t. VIII, pp. 55-80

WOOLRYCH (A. H.), “The good old cause and the Fall of the Protectorate”, *Cambridge Historical Journal*, 1957, vol. XIII, pp. 133-161,

Ière partie – Titre II

Ouvrages

ANSON (W. R.), *Loi et pratiques constitutionnelles en Angleterre*, trad. Française, 1903, 2 t.

AUTEXIER (Ch.), *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997,

384 p.

BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, 512 p.

BIDAULT (E.), *Code électoral – Guide pratique pour les élections au Sénat, à la Chambre des députés, aux Conseils généraux et d'arrondissement et aux conseils municipaux*, Paul Dupont éditeur, 12^{ème} éd., 1884, 495 p.

BIDAULT (E.), *Code électoral – Guide pratique*, Paul Dupont éditeur, 7^{ème} éd., 1876, 356 p.

BRADLEY (A.) et EWING (K.), *Constitutional and administrative law*, Harlow, R.-U., Longman / Pearson, 13 éd., 2003, 880 p.

BRYCE (J.), *La République américaine*, (1888) trad. française, Giard et Brière, 1900, 4 t.

BOUGRAB (J.), *Aux origines de la Constitution de la IV République*, Dalloz, 2002, 569 p.

BURDEAU (F.), *Les libertés publiques*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1961, 388 p.

CADART (J.), *Régime électoral et régime parlementaire en Grande Bretagne*, Armand Colin, 1948, 224 p.

CAPLOW (Th.), VENNESSON (P.), *Sociologie militaire*, Armand Colin, 2000, 280 p.

CARRE de MALBERG (R.), *La loi expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, (rééd. 1984), 228 p.

CHARNAY (J. P.), *Société militaire et suffrage politique en France depuis 1789*, S.E.V.P.E.N., 1964, 298 p.

DENOIX de SAINT-MARC (R.) (Pdt.), *Rapport de la commission sur la révision du statut général des fonctionnaires*, présenté le 29 octobre 2003, La documentation française, 83 p.

DENQUIN (J.-M.), *Les droits politiques*, Montchrestien, 1996, 216 p.

DICEY (A. V.), *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 8^{ème} éd., 1915, (rééd., Etats-Unis, Indianapolis, Liberty Found, 1982), 435 p.

DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, thèse, Paris II, 2002, 744 f.

DUVAL (E.-J.), *L'armée de terre et son corps d'officiers 1944-1994*, Addim, 1996, 329 p.

ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2 volumes, 8^{ème} éd. Revue par H. NEZARD, Sirey, 1928.

FAVOREU (L.) (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2009, 1069 p.

FAVOREU (L.) (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, 941 p.

FORTESCUE (J.), *A history of the British Army*, Londres, MacMillan, 1923, 13 tomes.

FOULQUIER (N.), *Les droits subjectifs des administrés*, Dalloz, 2003, 805p.

FURET (F.), *Le passé d'une illusion*, Robert Laffont, 1995, 824 p.

GARDINER (S. R.), *History of the Commonwealth and Protectorate 1649-1660*, Londres, Longmans, 1901, 3 vol.

GARDNER (J. P.) (ed.), *Citizenship – The White Paper*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1996, 430 p.

GREWE (C.) et RUIZ-FABRI (H.), *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, 661 p.

HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, 759 p.

JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, 6 tomes, (1925), rééd., Dalloz, 2005.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. française, 1962, 496 p.

KELSEN (H.), *La démocratie*, Economica, 1988, 98 p.

KEYSSAR (A.), *The Right to Vote : The Contested History of Democracy in the United States*, New-York, Basic Books, 2000, 496 p.

LAUBADERE de (A). VENEZIA (J.- C.), *Traité de droit administratif*, t. 3, Les grands services publics administratifs, LGDJ, 6^{ème} éd., 1997, 495 p.

LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF,

3^{ème} éd., 2004, 1060 p.

McPHERSON (J.), *La guerre de sécession*, Laffont, 1991, 1001 p.

MONTESQUIEU (Ch.) de Sécondat, *L'Esprit des lois*, L. IX Ch. 2, in *Œuvres complètes*, Gallimard, « La Pléiade », 1951, 2 tomes

MORABITO (M.) et BOURMAUD (D.), *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 1996, 431 p.

OGG (F. A.), RAY (P. O.), *Le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique*, PUF, 1958, (trad. de la 6^{ème} éd.), 463 p.

OSMOND (J. S.), *Parliament and the Army 1642-1904*, Londres, Cambridge University, Press, 1933, 187 p.

PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, LGDJ, Editions Panthéon-Assas, 2003, 880 p.

RABLE (G. C.), *The Confederate Republic, a revolution against politics*, University of North Carolina Press, 1994, 416 p.

RENOUX (Th. S.) et VILLIERS de (M.), *Code constitutionnel*, Litec, 2^{ème} éd., 2005, p. 341.

ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, 2^{ème} éd., 1946, trad. franç., Dalloz, 1975, 174 p.

ROUVILLOIS (F.), *Les origines de la Cinquième République*, PUF, 1998, 127 p.

SARTORI (G.), *Théorie de la démocratie*, Armand Colin, 1973, 401 p.

SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, 576 p.

SENAT, Service des affaires européennes, *Les droits politiques et syndicaux des personnels militaires*, Editions du Sénat, 2002, 33 p.

SENECHAL (M.), *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées*, LGDJ, 1964, 396 p.

SIEYES (E.), *Qu'est-ce que le Tiers Etat*, (1688), in *Ecrits politiques*, Editions des archives contemporaines, 2001, 278 p.

STENSON (F. J.), *The Law of the Federal and States Constitutions of the United States*, Boston, Boston Bibliotheca Company, 1908, 3 t.

STONE (G. R.) et alii, *Constitutional law*, Aspen Publishers, 2005, 1632 p.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, 786 p.

SUDRE (F.) et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2003, 766 p.

TERRE (F.), *Droit des obligations*, Dalloz, 2009, 10^{ème} éd., 1542 p.

TUNC (A.) et TUNC (S.), *Le système constitutionnel américain*, Montchrestien, 1954, 2 t.

VEDEL (G.), *Traité de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, 632 p.

ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 1999, 642 p.

ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême*, PUF, 2000, 1336 p.

Articles

ADRIANTSIMBAZOVINA (J.), « 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 ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, 820 p.

BEAUD (O.), « La question de l'homogénéité dans une fédération », *Lignes*, n°13, février 2004, pp 110-129.

BEAUD (O.), « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, pp. 409-424.

BECET (J. M.), « La liberté d'expression du fonctionnaire en uniforme et la vie privée », in LETTERON (R.) (dir.), *La liberté d'expression des fonctionnaires en uniforme*, Economica, 2000, 172 p.

BELL (J.), « Que représente la souveraineté pour un Britannique ? », *Pouvoirs*, 1993, pp. 107-116.

BOWMAN (F. O.) et SEPINUCK (S. L.), « High Crimes and

Misdemeanours ; Defining the Constitutional Limits of Presidential Impeachment », *Southern Carolina Law Review*, 1999, t. 72, pp. 1517-1578.

CALVES (G.), « La réforme de la fonction publique aux États-Unis : un démantèlement programmé », in Conseil d'Etat, *Rapport public 2003*, La documentation française, 2003, pp. 389-398.

CHAULE (J.-B.), BACHINI (B.), « Discipline et liberté de circulation des militaires en Europe », *Droit et défense*, n°3, juillet 1994, pp.10-35.

COHEN (D.), « Le droit à », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, 1999, 868 p., pp. 393-400.

DENQUIN (J. M.), « Citoyenneté », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, pp. 198-200.

DWORKIN (R.), « Le positivisme », *Droit et société*, 1985, n°1, <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds001/ds001-06.htm>

DUFFAR (J.), « Le soldat citoyen », *Droit et Défense*, 1994, n°2, p. 18-25.

DUTHEIL de la ROCHERE (J.), « Le pouvoir judiciaire et les libertés du Royaume-Uni », *Pouvoirs*, n°37, 1986, pp. 95-111.

FISHER (L.), et MOURTADA-SABBAH (N.), « La Cour Suprême des États-Unis : interprète souverain de la Constitution ? », *R.D.P.*, 2002, pp. 1205-1245.

GERKRAT (J.) « Le principe de l'égalité de traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées dans la Bundeswehr » ; *Droit administratif*, 2000, n°2, pp. 22-24,

GREWE (C.), « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, 1989, n°9, pp. 131-142.

GUTTMANN (D.), « Droit subjectif », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, 2003, pp. 529-533.

HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la nouvelle journée*, n°4, 1925, pp. 2-45

HYMAN (H. M.), "Ulysses Grant I, emperor of America", in R. H. KOHN (ed.), *The United States Military under the Constitution of the United States, 1789-1989*, New-York, New-York University Press, 1991, 449 p., pp. 175-192.

JACQUMAIN (J.), « Egalité entre travailleurs féminins et masculins » ; *Common Market Law Review*, 2000, n°6, pp. 1433-1444

KARLAN (P. S.), « Ballots and Bullets : The exceptional History of the Right to vote », *University of Cincinnati Law Review*, 2003, vol. 71, pp. 1345-1372.

KLEBES-PELLISSIER (A.), « La délimitation des pouvoirs entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés », *R.F.D.C.*, 1998, pp. 278-288

LATOURE (X.), « Les transformations de la fonction publique militaire. Le nouveau statut général des militaires et la concertation dans les forces armées », *R.F.D.A.*, 2005, pp. 770-777.

LE GALL SAMPAIO (S.), « L'accès de la femme à la fonction publique militaire », *Droit et Défense*, n°2, avril 1998, pp. 21-26

MacMANUS (S. A.), « « Absentee Balloting », in MAISEL (C. S.) (éd.), *Political parties and Elections in the United States. An Encyclopaedia*, New York, Garland Publishing, 1991, 1345 p.

MALIGNIER (B.), « Pouvoir de réformation du juge de l'élection », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, 716 p., pp. 397-410.

PRELOT (P.-H.) et ROGOFF (M.), « Le fédéralisme devant la Cour suprême des Etats-Unis », *R.D.P.*, 1996, pp. 759-791

RASKIN (J.-B.), « Legal aliens, local citizens the historical, constitutional and theoretical meanings of alien suffrage », *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, vol. 141, pp. 1391-1470.

RAY (P. O.), « Absent-voting Laws », *American Political science review*, 1924, pp. 321-325.

RAY (P. O.), « Military Absent-voting Laws », *American Political Science Review*, 1918, pp. 461-469.

SAVOIE (H.), « L'égal accès des hommes et des femmes aux emplois publics », *RFDA*, n°5, octobre 1998, pp. 1011-1015

SILBER (N.) et MILLER (G.), « Toward « Neutral Principles » in the Law : from the Oral History of Herbert Wechler », *Columbia Law Review*, 1993, vol. 93, pp. 885-931.

TAP (B.), « Elections in the Confederates States of America », in HEIDLER (D. S.) et HEIDLER (ed.), *Encyclopaedia of the American civil war*, Denver, Oxford, ABC-Clio coop., 2000, 2733 p.

TRECHSEL (S.), « L'homme en uniforme et les droits de l'homme en droit comparé », *Annuaire français des droits de l'homme*, vol I, Université de Besançon, Ed. A. Pédone, 1974, 549 p.

VELDHUYZEN (G.) et WRIGHT (S. F.), « Domicile of Military Personnel for Voting and Taxation », *Army Lawyer*, 1992, September, pp. 15-20

VENNESSON (P.), « Le triomphe du métier des armées : dynamiques professionnelles et société militaire en France », *La Revue Tocqueville*, 1996, n° 17, pp. 135-157.

VERGNIOLLE de CHANTAL (F.), « La Cour Rehnquist et le fédéralisme aux Etats-Unis : peut-on parler d'un projet néo fédéral ? », *R.I.D.C.*, 2004, pp. 571-602.

ZOLLER (E.), « La liberté d'expression du fonctionnaire en uniforme aux Etats-Unis », in LETTERON (R.) (dir.), *La liberté d'expression des fonctionnaires en uniforme*, Economica, 2000, 172 p.

ZOLLER (E.), « Le rôle de la Cour suprême dans le système américain de gouvernement », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, 797 p.

IIème partie - Titre I

Ouvrages

ANSON (R.), *Lois et pratiques de l'Angleterre*, La Couronne, 2^{ème} éd., trad., Giard et Brière, 1905, 2 vol.

ANSON (W. R.), *The law and custom of the Constitution*, Londres, Henry Forwde, 3^{ème} éd., 1897, 2 tomes.

AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.) et TAILLEFAIT (A.), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2002, 651 p.

AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.) et TAILLEFAIT (A.), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, 758 p.

AVRIL (P.), *Essais sur les partis politiques*, Petite Bibliothèque Payot, 1990, 222 p.

BAGEHOT, *La constitution anglaise*, 1867, (trad.), Germer Baillière, 1869, 403 p.

BLACKBURN (R.), *The Electoral system in Britain*, Royaume-Uni, Basingstoke, Macmillan, 1995, 504 p.

BRACONIER (S.), *Droit des services publics*, PUF, 2003, 531 p.

BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *Constitutional and administrative law*, Londres, Pearson Longman, 13^{ème} éd., 2003, 880 p.

BRAUD (Ph.), *Sociologie politique*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2004, 710 p.

BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, LGDJ, 2^{ème} éd., 10 t. 1974

CAMBY (J.-P.), *Le Conseil constitutionnel juge électoral*, Dalloz, 2004, 224 p.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, t.2, 797 p.

CHARLOT (M.), *Le pouvoir politique en Grande-Bretagne*, PUF, 2^{ème} éd., 1998, 361 p., p. 196.

CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, PUF, 3^{ème} éd., 2002, 633 p.

CROMWELL (O.), *Oliver Cromwell's letters and speeches*, Royaume-Uni, Londres, Witney and Putnam, 1845, 2 vol.

DAVIS (J. C.), *Oliver Cromwell*, Royaume-Uni, Londres, Oxford University Press, 2001, 256 p.

DENQUIN (J.-M.), *Les droits politiques*, LGDJ, 1996, 216 p.

DENQUIN (J.-M.), *Science politique*, PUF, 5^{ème} éd., 1996, 491 p.

DESDOITS (E.), *L'officier dans l'Armée nouvelle, ses droits privés, ses droits publics*, Thèse, Paris, 1906, 212 p.

DICEY (A. V.), *The Law of the Constitution*, Londres, 8^{ème} éd., 1915, reed., E.-U., Indianapolis, Liberty Found, 1982, 585 p.

DI STEFANO (A.), *La participation des fonctionnaires civils à la vie politique*, LGDJ, 1979, 333 p.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel : théorie générale de l'Etat*, A. Fontemoing, 1^{ère} éd., 1911, 2 vol. ; 2^{ème} éd., T. 1 (1921), T. 2 (1923), T. 3 (1923), T. 4 (1924), T. 5(1925) ; 3^{ème} éd., T. 1 (1927), T. 2 (1928)

DULAIT (A.), *Rapport n°154 (2004-2005) fait au nom de la commission des affaires étrangères*, déposé le 26 janvier 2005, 128 p., <http://www.senat.fr/rap/104-154/104-1541.pdf>

DUVERGER (M.), *Les partis politiques*, Points, 1981, 565 p.

FALLON (R. H.), *The dynamic constitution*, New-York, Cambridge University Press, 2004, 336 p.

FAVOREU (L.) (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2005, p. 834

FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, 1065 p.

FELDMAN, *Civil Liberties and Humans Rights in England and Wales*, Londres, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2002, 791 p.

GARDINER (S. R.) (éd.), *The Constitutional documents of the puritain revolution*, Royaume-Uni, Oxford, Clarendon Press, 1906, reed., Indianapolis, Liberty Found, 2005, 540 p.

GAUDEMET (P.-M.), *Le civil service britannique*, Armand Colin, 1952, 176 p.

GREWE (C.) et RUIZ (F.), *Droits constitutionnels européens*, PUF ; 1995, 661 p.

HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 29^{ème} éd., 2005, 850 p.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., 1933, réed., Dalloz, 2002, 1150 p.

HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 1929, Librairie du Recueil Sirey, 2^{ème} éd., 1929, 759 p.

- HERRY (J.-L.), *La fonction militaire : évolution statutaire*, Berger Levrault, 1976, 285 p.
- HUNTINGTON (S. P.), *The soldier and the state : the Theory and Politics of Civil Military Relations*, Etats-Unis, Belknap Press, 1981, 560 p.
- JELLINEK (G.), *Théorie juridique de l'Etat*, (trad. franç.), A. Fontemoing, 1913, 593 p.
- LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 3^{ème} éd., 2004, 1060 p.
- LOVELAND (I.), *Constitutional Law*, Londres, Butterworth, 1996, 384 p.
- LOVELAND (J.), *Importing the First Amendment*, Hart Pub. , Distributed in the United States by Northwestern University Press , 1998, 198 p.
- MAITLAND (F. W.), *The Constitutional History of England*, Royaume-Uni, Cambridge, Cambridge University Press, 1908, rééd., 1968, 548 p.
- MASCLET (J.-C.), *Droit électoral*, PUF, 1989, 448 p.
- MELLERAY (F.), *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, 365 p.
- MENY (Y.), *Politique comparée*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2004, 488 p.
- MERLET (J.-F.), *Une grande loi de la Troisième République : la loi du 1^{er} juillet 1901*, LGDJ, 2001, 734 p.
- MICHELS (R.), *Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques de l'organisation*, 1911, trad. Française, Flammarion, 1971, 309 p.
- MORANGE (J.), *La liberté d'association en droit public français*, PUF, 1977, 274 p.
- OSTROGORSKI (M.), *La démocratie et les parties politiques*, 1912, rééd. Fayard, 1993, 764 p.
- PIERRE (E.), *Traité de droit politique*, 5^{ème} éd. 1924, (rééd., Editions Loysel, 1989), 2 vol.
- PLANTEY (A.), *La fonction publique. Traité général*, Litec, 2^{ème} éd.

2001, 826 p.

SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, 576 p.

SEEL (G. E.), *The English Wars and the Republic*, Royaume-Uni, Londres, Routledge, 1999, 152 p.

SENECHAL (M.), *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées*, L.G.D.J., 321 p.

SEURIN (J.-L.), *La structure interne des partis américains*, A. Colin, 1958, 267 p.

SOUILLARD (E.), *Du Régime militaire aux États-Unis de l'Amérique du Nord*, thèse, Université de Toulouse, 1897, 287 p.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, 715 p.

SUDRE (F.) (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 4^{ème} éd., 2007, p. 656.

TESSIER (G.), *Rapport n°1969 fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n° 1741) portant statut général des militaires*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} décembre 2004, 296 p., <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1969.asp>

TOINET (M.-F.), *Le système politique américain*, PUF, 2^{ème} éd., 1990, p. 504.

VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, rééd., Dalloz, 2002, 632 p.

VINCENT (J.-Y.), VILLIERS de (M.), *Code électoral commenté*, Litec, 2004, 844 p.

YOUNG P. et HOLMES (R.), *The English civil war*, Royaume-Uni, Chantham, 1978, rééd. Wordworth, 2000, 365 p.

ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 1999, 642 p.

Articles

AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), *Pouvoirs*, 1983, n°25, pp. 181-208

BECQUART-LECLERCQ (J.), « Les partis politiques aux Etats-Unis. Force et faiblesse d'une organisation territoriale », *R.D.P.*, 1982, pp. 689-736

BELL (J.), "English law and French law : not so different ?", *Current Legal Problems*, 1995, vol. 68, pp 63-101.

BIDEGARAY (C.), « « Du confessionnal et du diable ». réflexions sur le statut des partis politiques quarante ans après la fondation de la Ve République », *R.D.P.*, 1998, pp. 1810-1830.

BLOCH (S. J.), « The Judgement of History : Faction, Political Machines, and the Hatch Act », *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 2005, t. 7, p. 225-277.

BOURDONCLE (R.), « De l'obligation de réserve qui s'impose aux fonctionnaires français », *D.*, 1960, chron. XXXVII, pp. 237-248.

CAILLE (P.-O.), « Outre-mer : conflits, particularités, particularisme », *R.F.D.A.*, 2005, pp. 1117-1140.

CAPORAL (S.), « Robert Michels : actualité de l'oligarchie dans les partis », in BOUTIN (C.) et ROUVILLOIS (F.) (dir.), *Partis politiques et démocratie – Inséparables mais incompatibles ?*, François Xavier de Guibert éd., 2005, 348 p.

CHEVALLIER (J), in LETERRON (R.), *La liberté d'expression des militaires en uniforme*, Economica, 2000, 172 p., pp. 81-85.

COLLIARD (J.-C.), « Les partis politiques oubliés des libertés publiques », in *Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Pédone, 1984, 655 p., pp. 405-422.

COLLIARD (J.-C.), « La liberté des partis politiques », in ROBERT (X.), *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, 569 p., pp. 81-99.

CONAC (G.), « Les fonctionnaires et les libertés publiques aux Etats-Unis » in *Droit et libertés à la fin du XXe siècle : influence des données économiques et technologiques : études offertes à Claude-Albert*

Colliard, Pédone, 1984, 655 p., pp. 423-459.

FLAUSS (J.-F.), « Chronique de droit de la Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *A.J.D.A.*, 2005, p. 541-551.

GAXIE (D.), « Economie des partis et rétributions du militantismes », *R.F.S.P.*, 1977, pp. 123-154.

GAY (O.), *Disqualification for membership of the House of Commons*, House of Commons notes SNPC 3221, 2004, 7 p.

GOHIN (O.), « L'encadrement des partis en droit français », in BOUTIN (C.) et ROUVILLOIS (F.) (dir.), *Partis politiques et démocratie – Inséparables mais incompatibles ?*, François Xavier de Guibert éd., 2005, 348 p., pp. 207-210.

ISSACHAROFF (S.), « Gerrymandering and Constitutional Cartels », *Harvard Law Review*, 2002, pp. 612-630.

JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *A.J.D.A.*, 1998, pp. 44-54.

LAUBADERE de (A.), « Chronique générale de jurisprudence », *A.J.D.A.*, 1972, pp. 518-521

LAQUIEZE (A.), « Naissance des partis politiques modernes et démocratisation dans les monarchies constitutionnelles du XIXe siècle », in BOUTIN (C.) et ROUVILLOIS (F.) (dir.), *Partis politiques et démocratie – Inséparables mais incompatibles ?*, François Xavier de Guibert éd., 2005, 348 p., pp. 11-47.

LEVINSON (D. J.) et PILDES (R. H.), “Separation of Parties not Powers”, *Harvard Law Review*, 2006, vol. 119, p. 2311-2386.

MAUS (D.), « Les primaires privées face à la Constitution », in *Mélanges Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, pp. 373-387.

MORANGE (J.), *Droits civils et politiques*, in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p. 537.

MORRIS (G. S.), « Political activities of civil servants and freedom of expression », in

PARKER (J. T.), « Congress amends performance of civil functions restrictions », *The Army Lawyer*, 2004, oct., pp. 1-7.

PERSILY (N.), « Toward a functional defence of political party autonomy », *New York University Law Review*, 2001, juin, pp. 750-810.

PILDES (R. H.), « The Supreme Court 2003 Term. A foreword : The Constitutionalization of Democratic Politics », *Harvard Law Review*, 2004, vol. 118, pp. 28-154

RAMBAUD (T.), « Actualité de la pensée constitutionnelle de Georg Jellinek (1851-1911) », *R.D.P.*, 2006, pp. 707-732.

ROBBE (F.), « Inéligibilités et incompatibilités », *Jurisclasseur Fonction Publique*, fasc. 120, 2004.

ROBERT (J.), « L'homme en uniforme et les droits de l'homme », *Annuaire français des droits de l'homme*, vol I, Université de Besançon, Ed. A. Pédone, 1974, 549 p.

ROWBOTTOM (J.), « the electoral commission's proposals on the funding of political parties », *Public Law*, 2005, pp. 468-475, pp. 469-470.

SCHONFELD (W. R.), « La stabilité des dirigeants politiques. Le personnel des directions nationales du Parti socialiste et du mouvement gaulliste », *R.F.S.P.*, 1980, pp. 477-505.

SILVERA (V.), « Le statut des fonctionnaires investis d'un mandat législatif », *A.J.D.A.*, 1963, pp. 540-541.

VAGTS (D. F.), « Free Speech in the Armed Forces », *Columbia Law Review*, 1957, p. 197.

WEIL (P.), « L'officier et le fonctionnaire », in TROTABAS (P.) (dir.), *La Défense nationale*, PUF, 1958, 623 p.

ZOLLER (E.), « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *R.F.D.A.*, 2004, pp. 757-771.

IIème partie - Titre II

Ouvrages

AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.), TAILLERFAIT (A.), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, 758 p.

AVRIL (P.), *Les Conventions de la Constitution*, PUF, 1997, 200 p.

BRADLEY (A. W.), et EWING (K. D.), *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Pearson Longman, 13^{ème} éd., 2003, 865 p.

BRADLEY (A. W.) et EWING (K.), *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Pearson Longman, 14^{ème} éd., 2007, 872 p.

BRAUD (M.), *Le conseil supérieur de la fonction militaire*, Thèse, Paris II, 1980, 387 p.

BRAUD (Ph.), *Sociologie politique*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2004, 710 p.

BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, LGDJ, t. I, 3^{ème} éd., 1980, 483 p.

BURDEAU (G.), *Les libertés publiques*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1972, 457 p.

CHANTEBOUT (B.), *Droit constitutionnel*, Armand Colin, 21^{ème} éd., 2004, 592 p.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. II, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, 797 p.

CHARLOT (M.), *Le pouvoir politique en Grande-Bretagne*, PUF, 2^{ème} éd., 1998, 361 p.

COLLIARD (C.-A.) et LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2005, 569 p.

DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOZI (C.), *Grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2002, 600 p.

DEAKIN (S.) et MORRIS (G. S.), *Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 1177 p.

DENOIX de SAINT-MARC (R.) (Président), *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires*, 29 octobre 2003, 83 p.

- DENQUIN (J.-M.), *Science politique*, PUF, 5^{ème} éd., 1996, 496 p.
- DORD (O.), *Droit de la fonction publique*, PUF, 2007, 340 p.
- DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2^{ème} éd., 2006, 759 p.
- FALLON (R. H.), *The Dynamic Constitution*, New York, Cambridge University Press, 2004, 336 p.
- FAVOREU (L.) (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2007, 622 p.
- FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, 1065 p.
- FREUND (J.), *Qu'est-ce que la politique*, Seuil, 1965, 187 p.
- GRASSET (B.) et COVA (C.), *Rapport d'information par la commission de la Défense nationale et des forces armées sur les actions destinées à renforcer le lien entre la Nation et son Armée n°2490*, Assemblée nationale, 22 juin 2000, 155 p.
- GREWE (C.) et RUIZ-FABRI (H.), *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, 661 p.
- HERRY (J.-L.), *La fonction militaire : évolution statutaire*, Berger Levrault, 1976, 285 p.
- KLEIN (C.), *Le droit israélien*, PUF, 1990, 127 p.
- KLEIN (C.), *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, 217 p.
- LAUBADERE de (A.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif, La fonction publique*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2000, 229 p.
- LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 3^{ème} éd., 2004, 1060 p.
- LEGRAND (A.), *L'ombudsman scandinave*, LGDJ, 1970, 549 p.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, 791p.
- MAUGUIN HELGESON (M.), *L'élaboration parlementaire de la loi- Etude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*, Dalloz, 2006, 528 p.

- MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2004, 574 p.
- MORANGE (J.), *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 5^{ème} éd., 2000, 460 p.
- RENARD (G.), *La théorie de l'institution*, Sirey, 1930, 639 p.
- ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2006, 536 p.
- SCHMITT (C.), *La notion de politique*, Flammarion, 1992, 323 p.
- TESSIER (G.), *Rapport fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n° 1741) portant statut général des militaires*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} décembre 2004, 296 p., www.assemblee-nationale.fr, consulté le 28 août 2007.
- THOMAS-TUAL (B.), *Le droit de la fonction militaire*, Ellipses, 2004, 126 p.
- VAN CREVELD (M.), *Histoire critique de la force israélienne de défense*, Editions du Rocher, 1998, 588 p.

Articles

- BEAUD (O.), « « Repräsentation » et « Stellvertretung » : sur une distinction de Carl Schmitt », *Droits*, 1987, n°6, pp. 11-20.
- BECET (J.-M.), « La loi 72.662 du 13 juillet 1972 », *Annuaire français des droits de l'homme*, vol I, Université de Besançon, Ed. A. Pédone, 1974, 549 p.
- BELLESCIZE de (R.), « La réforme du statut général des militaires », *R.D.P.*, 2006, pp. 313-347.
- BUSCH (E.), « The German Parliamentary Commissioner And Human Rights In The Bundeswehr », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *Les droits de l'homme dans les forces armées*, Bruxelles, 1978, p. 939.
- CALVES (G.), « La réforme de la fonction publique aux États-Unis : un

démantèlement programmé ? », in *Rapport public du Conseil d'Etat – 2003. Perspectives pour la fonction publique*, 2003, pp. 389-399

CHRISTIAN (L.), « La liberté syndicale des personnels militaires : une vérité juridique à affirmer », *A.J.F.P.*, 2005, pp. 198-203.

CONAC (G), « Les fonctionnaires et les libertés publiques aux Etats-Unis » in *Mélanges Colliard*, Ed. Pédone, 1984, 655 p.

CONTE (Ph.), « La liberté politique au regard du Code pénal nouveau : l'exemple des groupes de combat et des mouvements dissous », in *Mélanges Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp. 164-185.

CRUZET (B), « Le Conseil supérieur de la fonction militaire », *DD*, n°2, avril 1995, pp 23-28

DALE (W.), “The Making and Remaking of Commonwealth Constitutions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1993, Vol. 42, pp. 67-83.

DANSE (M.), « Les droits de l'homme dans les forces armées. Liberté de réunion et liberté d'association », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *Les droits de l'homme dans les forces armées*, Bruxelles, 1978, 1047 p., pp. 345-370.

DEMEZY (C.), « La liberté syndicale et le droit de négociation des militaires », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 546-554.

ENGLAND (Th. F.), « The Active Guard/Reserve Program : A New Military Personnel Status », *Military Law Review*, 1984, pp. 1-76.

EMERSON (Th. I.), “Toward a General Theory of the First Amendment”, *Yale Law Journal*, t. 72, 1963, pp. 877-956.

EWING (K.), « Freedom of Association », in Mc CRUDDEN (Ch.) et CHAMBERS (G.) (éd.), *Individual Rights and the Law in Britain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 728 p., pp. 239-264.

EWING (K. D.), « The Functions of Trade Unions », *Industrial Law*, 2005, vol. 34, pp. 1-22

FOBE (M.), « Rapport Belge », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *Les droits de l'homme dans les forces armées*, Bruxelles, 1978, 1047 p.

FORTIER (J.-C.), « Le Conseil supérieur de la fonction militaire », *AJDA*, 1970, pp. 667-681.

GERTZ (B.), « Le droit d'association et la limitation de l'exercice du pouvoir dans les forces armées. L'exemple de la Bundeswehr », in HOFFMAN (G.) (dir.), *Les procédures de contrôle des forces armées en France et en Allemagne*, Centre de Sociologie de la Défense Nationale, Ministère de la Défense, 1994, 234 p.

GILLAN (A.) et NORTON-TAYLOR (R.), « Angry soldiers demand 'trade' federation - Courts martial and equipment failures fuel rank and file discontent », *The Guardian*, 26 janvier 2006

GOHIN (O.), « Le recours administratif préalable à l'encontre des décisions ministérielles relatives à la situation personnelle des militaires », *Revue droit et défense*, n° 2, 2003, pp. 31-45.

HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la nouvelle journée*, n°4, 1925, pp.2-45.

KELLY (K.) et CORBETT (W. R.), « Droit du travail », 1994, in LEVASSEUR (A.) (dir.), *Droit des Etats-Unis*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994, 379 p.

KRAEHE (R.), « Le délégué parlementaire à la Défense du Bundestag », *R.D.P.*, 1966, pp. 546-553, p. 546.

LAUBADERE de (A.), « Chronique générale de législation », *A.J.D.A.*, 1970, pp. 30-32.

LATOURET (X.), « Les transformations de la fonction publique militaire. Le nouveau statut général des militaires et la concertation dans les forces armées », *R.F.D.A.*, 2005, pp. 770-777.

LENOIR (N.), « Le nouvel ordre constitutionnel d'Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, n°1, pp. 37-40.

LEVY (S.), « Humans rights in armed forces », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *Les droits de l'homme dans les forces armées*, Bruxelles, 1978, pp. 658 et 671.

LOCHAK (D.), « La liberté syndicale dans la fonction publique », *Droit ouvrier*, 1978, n°3, pp. 87 et s.

LUSINK (T. J. C.), « Australian Report », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *Les droits de l'homme dans les forces armées*, Bruxelles, 1978, p. 497.

MAZERES (J.-A.), « La théorie de l'institution chez Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoirs et libertés. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, 706 p.

MAZUR (D. H.), « Rehnquist's Vietnam : Constitutional Separatism and the Stealth Advance of Martial Law », *Indiana Law Journal*, vol. 77, 2002, pp. 701-785.

MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), « Les méthodes d'études du droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 1949, pp.398-399.

NAPIER (B. W.), « Droit du travail », in JOLOWICZ, *Droit anglais*, Dalloz, 2^{ème} éd., 487p.

NEMROW (A.), « Complaints of wrong under article 138 », *Military Law Review*, 1979, pp. 43-96.

NYHOLM (S. B.), « Danish Report », in Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, *Les droits de l'homme dans les forces armées*, Bruxelles, 1978, p. 620.

PARISOT (R.), « intervention au colloque sur l'homme en uniforme et les droits de l'homme », *Annuaire français des droits de l'homme*, vol I, Université de Besançon, Ed. A. Pédone, 1974, 549 p.

PHILIPPE (X.), « Présentation de la Cour constitutionnelle sud-africaine », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°9, pp. 41-52.

POOLE (W. T.), « Unionization of military », *Heritage Foundation Issue Bulletin*, 1977, n°12, 7 p.

RENDER (E.), « United States of America », in BLANPAIN (R.), *The actors of collective bargaining : a world report : XVII World Congress of Labour Law and Social Security*, Montevideo, September 2003, 353 p.

ROBERT (J.), « Les libertés publiques de l'homme en uniforme », *Annales de l'Université de Sciences sociales de Toulouse*, 1977, pp. 57-83.

ROSSETTO (J.), « A propos de la stabilisation conventionnelle de la Cinquième de la République », *R.D.P.*, 1998, n°spécial, pp. 1498-1506.

Sénat, *Les droits politiques et syndicaux des personnels militaires*, Les documents de travail du Sénat, série droit comparé, 2002, 33 p.

RIVERO (J.), « La convention collective en droit public français », *Revue économique*, 1951, vol. 2, pp. 15-24.

SIEMER (D. C.) HUT (A. S.), DRAKE (G. E.), « Prohibition on military unionization : a constitutional appraisal », *Military Law Review*, vol. 78, 1978, pp. 1-47.

SMITH (M. E.), « Major General Wilton Burton Persons, Jr. United States Army (Retired) The Judge Advocate General of The Army (1975-1979) », *Military Law Review*, 1996, pp. 177-244.

TROPER (M.), « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, pp 69-83.

TURLEY (J.), « The Military Pocket republic », *Northwestern University Law Review*, 2002, vol. 97, pp. 1-133

VAGTS (D. F.), « Free Speech in the Armed Forces », *Columbia Law Review*, vol. 57, 1957, pp. 186-218.

VENEZIANI (B.), «La liberté syndicale en droit comparé», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XIII, 1997, pp.377-393.

WARREN (E.), « The Bill of Rights and the Military », *New York University Law Review*, t. 37, 1962, pp. 181-204.

ZOLLER (E.), « La Cour suprême des Etats-Unis - Présentation de la Cour suprême des Etats-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, n°5, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc5/ccc5somm.htm>, consulté le 29 août 2007.

ZOLLER (E.), «La liberté d'expression du fonctionnaire en uniforme aux Etats-Unis », in LETTERON (R) (dir.), *La liberté d'expression des fonctionnaires en uniforme*, Economica, 2000, 172 p.

Conclusion

Ouvrages

Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Cinquième République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Doc. Française, 4 vol

EISENMANN (Ch.), *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, LGDJ, 2002, 668 p.

TUSHNET (M.) (éd.), *Constitution in Wartime*, Etats-Unis, Duke University Press, 2005, 272 p.

Table des matières

Introduction	4
Une séparation écartée par la doctrine	6
Une séparation recherchée dans un cadre comparé.....	24
Une définition juridique du principe	29
ère partie- La séparation entre le militaire et le citoyen	35
Titre I : Une séparation constitutionnelle révolutionnaire.....	37
Chapitre I : Une participation inégale de l'institution militaire au processus révolutionnaire	39
Section I. L'Armée comme pouvoir public	39
A. L'armée anglaise au XVIIème siècle, une institution politique du régime britannique.....	39
1. L'institution d'une nouvelle armée professionnelle	40
2. L'armée britannique comme corps politique délibérant	41
B. L'absence d'institutionnalisation politique de l'Armée en France et aux Etats-Unis.....	47
1. L'absence d'institutions politiques militaires en France et aux Etats-Unis	48
2. Des institutions qui ont pu être identifiées dans d'autres constitutions contemporaines	51
Section II. L'Armée comme « pouvoir constituant »	58
A. Le rôle quasi constituant de la <i>New Model Army</i>	59

1. L'Armée comme force révolutionnaire	60
2. L'Armée comme pouvoir constituant	61
B. Le rôle factuel de l'Armée dans l'instauration des nouveaux régimes en France et aux Etats-Unis	67
1. Une participation révolutionnaire surestimée en France	67
2. L'expérience américaine, une expérience unique	73
3. L'armée, pouvoir constituant dans d'autres régimes	75

Chapitre II : La formulation d'un principe de subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil 78

Section I. La formulation d'un principe politique de subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil..... 78

A. La formulation anglo-saxonne : la recherche d'une garantie contre le pouvoir matériel de l'Armée

1. La conceptualisation anglaise du danger des "Standing Armies"

2. la réception américaine.....

B. La formulation progressive en France d'un principe de défiance personnelle envers les militaires

1. La première formulation : le pouvoir militaire, un danger envers le pouvoir législatif

2. la seconde conceptualisation : le pouvoir militaire, un danger comme méthode de gouvernement.....

Section II. Un principe constitutionnel originaire..... 99

A. Un principe protéiforme de défiance envers le pouvoir militaire

1. Une formulation explicite dans les Constitutions étatiques 102

2. La présence implicite dans la Constitution fédérale	104
B. Une principe constitutionnel de subordination au Royaume- Uni et en France	112
1. Une convention de la Constitution au Royaume-Uni	113
2. Un principe initialement écrit en France	118
Conclusion du Titre Ier	126

Titre II : Un droit de vote désormais acquis..... 126

**Chapitre Ier - La mise en place progressive de l'incapacité
électorale des militaires.....** 129

**Section I - La dualité historique, conséquence de deux
conceptions de la démocratie** 127

A-L'instabilité franco-américaine..... 127

B- La stabilité britannique..... 137

**Section II. La dualité technique des méthodes d'exclusion :
une conséquence de conceptions distinctes de la citoyenneté
.....** 139

A. L'exclusion directe en fonction de la qualité de militaire. . 140

B. L'exclusion indirecte par le critère du domicile..... 142

C- Des exclusions révélatrices des conceptions différentes du
droit de vote..... 144

Chapitre II : L'organisation contemporaine d'un droit de vote effectif	151
Section I. La reconnaissance du droit de vote des militaires.	151
A. Une évolution américaine conditionnée par le fédéralisme	152
1. Les tentatives d'intervention étatique.....	152
2. Les limites à l'intervention des organes fédéraux : l'autonomie constitutionnelle	156
3. Le dépassement du fédéralisme par l'intervention de la Cour suprême	160
B. Une évolution législative en Europe.....	166
 Section II. L'organisation du droit de vote des militaires.	169
A. Des régimes dérogatoires favorables aux militaires	170
B. Des régimes dérogatoires confirmant le caractère non fondamental du droit de vote.....	175
1. L'explication par la subjectivation du droit de vote.....	175
2. Une explication insatisfaisante	176
3. L'explication par la théorie des statuts juridiques.....	181
 Conclusion du Titre II	191
 Conclusion de la Ière partie	192

IIème partie - La séparation entre le militaire et le représentant..... 193

Titre I : Une incompatibilité persistante entre mandat électoral et statut militaire 191

Chapitre I . Un moyen direct : l'incompatibilité entre statut militaire et mandat politique 193

Section I. Une exclusion rigide aux Etats-Unis..... 193

A. Une interdiction posée par le droit fédéral 193

B. Un système distinct : l'obligation de neutralité des agents civils 200

Section II. Une exclusion européenne apparemment plus limitée 202

A. L'inéligibilité parlementaire au Royaume Uni 203

1. L'incompatibilité établie en 1645..... 203

2. Le *Succession to the Crown Act* neutralisé par la coutume. 207

3... La singularité du statut politique des militaires dans l'époque contemporaine 209

B. Le caractère apparemment souple du régime français..... 216

1. L'état du droit antérieur 220

2. Un droit contemporain hétérogène 224

a) les mandats concernés 224

b) Le régime de l'incompatibilité..... 227

C. Une tendance renforcée par le droit européen 227

1. Un droit permettant la limitation des activités politiques des militaires	231
2. Une limitation fondée sur la protection de la démocratie ..	235

Chapitre II : Un moyen indirect : la limitation du droit d'adhérer à un parti politique 235

Section I. Une restriction commune aux trois systèmes 235

A. Une limitation apparemment pondérée en France et aux Etats-Unis.

1. Une interdiction apparemment limitée temporellement en France.

a) Une limitation traditionnelle pour les militaires français

b) une interdiction absolue au regard du droit de la fonction publique civile

2. Une limitation *rationae tempore* aux Etats-Unis.

a) Une limitation très étendue

b) Une limitation ne s'appliquant pas aux agents civils

B. Une interdiction globale en Grande Bretagne confirmant l'existence d'un statut politique militaire.

1. Une interdiction s'appliquant essentiellement aux militaires.

2. Une différence relevant le caractère institutionnel de la restriction pesant sur les militaires.

Section II. La portée unifiante de cette restriction. 250

A. Le rôle déterminant des partis politiques dans les trois systèmes.....

B. Des restrictions obérant la participation des militaires à la désignation des représentants.

C. Une restriction permettant de démontrer l'existence d'un statut politique des militaires.....	263
a) Une restriction validée sur un fondement discutable par le juge européen	268
b) Une restriction confirmant l'existence d'un status militaire	272

Titre II : Une privation de liberté syndicale complémentaire mais fondamentale 270

Chapitre I : Une limitation complète propre aux militaires..... 272

Section I. Une limitation commune aux trois systèmes étudiés..... 272

A. Une limitation récente dans les trois Etats..... 272

1. Une interdiction stabilisée en France et aux Etats-Unis..... 273

 a) La lente construction de la limitation en France

 b) Une interdiction élaborée rapidement aux Etats-Unis

2. Une interdiction confirmée récemment au Royaume-Uni .. 280

B. Des techniques de limitation proches

1. L'apparent libéralisme du système anglais

2. Un particularisme neutralisé en ce qui concerne les moyens d'action syndicaux..... 288

Section II. Une limitation des droits sociaux propre aux militaires relevant des systèmes étudiés..... 293

A. Une limitation fortement restreinte pour les autres agents publics

1. Une liberté syndicale largement reconnue

2. Une conception restrictive des limitations	295
a) Les restrictions très limitées en matière de liberté d'adhésion	301
b) Une limitation plus facilement admise de l'action syndicale	302
B. Une limitation propre aux trois systèmes constitutionnels étudiés.....	299
1. Une limitation ne correspondant pas à la pratique européenne	299
2. La suppression de la liberté syndicale, une spécificité non reprise dans les systèmes de <i>common law</i>	308

**Chapitre II : Une limitation de la fonction représentative
inhérente à la liberté syndicale.....** 315

**Section I. Une dérogation valide à une liberté fondamentale
.....** 315

A. Une dérogation conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme	316
B. Une dérogation conforme à la Constitution aux Etats-Unis et en France	319
a) Une constitutionnalité implicite aux Etats-Unis.....	325
b) Une constitutionnalité virtuelle en France	330

**Section II. Une limitation visant uniquement la fonction
politique des syndicats** 326

A. Une limitation partiellement palliée par des mécanismes institutionnels	327
1. Le recours commun à l'obligation de représentation hiérarchique	328
2. La protection des intérêts matériels des militaires britanniques par une autorité administrative indépendante.....	335

3. . La préférence américaine et française pour une représentation individuelle.....	334
4. La recherche française d'une représentation collective non syndicale.....	338
B. Une limitation visant uniquement la « fonction gouvernementale » des syndicats	340
1. Les syndicats comme des acteurs politiques	341
2. Les syndicats comme représentants	344
Conclusion de la IIème Partie	355
Conclusion générale	357
Arrêts et décisions.....	362
Bibliographie.....	376
Table des matières.....	413