

Commentaire

Décision n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014

M. Dominique de L.

*(Incompatibilité des fonctions de militaire en activité
avec un mandat électif local)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 24 septembre 2014 par le Conseil d'État (décision n° 381698 du 24 septembre 2014) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Dominique de L., portant sur le premier alinéa de l'article L. 46 et le dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral.

Dans sa décision n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014, le Conseil constitutionnel a déclaré le premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral et les mots : « à l'article L. 46 et » figurant au dernier alinéa de l'article L. 237 du même code contraires à la Constitution.

Dans cette procédure, M. Renaud Denoix de Saint Marc a estimé devoir s'abstenir de siéger.

I. – Les dispositions contestées

A. – L'incompatibilité instituée par le premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral et le droit d'option prévu par le dernier alinéa de l'article L. 237 du même code

Le rapport de la commission de révision du statut général des militaires présidée par M. Renaud Denoix de Saint Marc indiquait : « *Dans le domaine des droits civils et politiques (...) le cantonnement juridique des militaires (...) est depuis toujours (...) rigoureux* »¹. Cette rigueur se traduit notamment par un certain nombre d'incompatibilités et d'inéligibilités.

Il convient de préciser que si les deux notions d'inéligibilité et d'incompatibilité entretiennent des liens de « parenté »², elles ne sauraient être confondues. Comme l'indiquait le professeur Marcel Waline, « *l'inéligibilité est un obstacle*

¹ Rapport de la commission de révision du statut général des militaires présidée par M. Renaud Denoix de Saint Marc, 29 octobre 2003, p. 5.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 5^{ème} éd., 1903, p. 328.

dirimant à l'élection régulière de celui qui en est frappé (...). Au contraire l'incompatibilité entre telle fonction élective et telle autre fonction ou tel emploi, ne crée aucun obstacle à l'élection de celui qui occupait, au jour du scrutin, la fonction ou l'emploi incompatible avec la fonction élective. Elle oblige seulement l'élu à opter entre l'une ou l'autre des deux fonctions incompatibles entre elles, la loi lui impartissant généralement un délai (assez bref) pour déclarer son choix, et établissant au besoin une présomption de choix, à défaut d'une telle déclaration »³.

Des régimes d'inéligibilité et d'incompatibilité très sévères pour les militaires sont la règle depuis la Révolution française.

Déjà, l'article 3 de la loi du 3 germinal an V⁴ (23 mars 1797) interdisait aux citoyens faisant partie de l'armée de continuer « *l'exercice des fonctions militaires (...) tant que dur(ait) leur qualité de législateur* ». Sous la Restauration et la Monarchie de juillet, il était fait interdiction aux « *officiers généraux commandant les divisions militaires* » d'être « *élus dans les départements où ils exer(çai)ent leurs fonctions* »⁵.

Sous la II^{ème} République, l'article 87 de la loi électorale du 15 mars 1849 prévoyait qu'« *à dater du jour de leur admission (à l'Assemblée législative), et pendant la durée de leur mandat, les officiers de tout grade et de toutes armes nommés représentants du peuple (étaient) considérés comme étant en mission hors-cadre ; les sous-officiers et soldats, comme étant en congé temporaire* ».

Sous le Second Empire, l'article 30 du décret organique du 2 février 1852 sur les élections interdisait aux officiers généraux commandant les divisions et subdivisions militaires d'être élus « *dans tout ou partie de leur ressort, pendant les six mois qui suivraient leur destitution, leur démission ou tout autre changement de leur position* ». Par ailleurs, et selon l'article 10 de la loi du 5 mai 1855 sur l'organisation municipale, étaient incompatibles « *les fonctions de conseiller municipal avec celles (...) de militaires ou employés des armées de terre et de mer en activité de service* ».

Sous la III^{ème} République, et sans doute « *par défiance (...) envers une armée qui avait été l'instrument du coup d'État de 1851* »⁶, la loi militaire du 27 juillet 1872 sur le recrutement de l'armée dite « loi Cissey » privait les « *hommes sous*

³ Marcel Waline, Commentaire sur CE, 7 janvier 1966, *Élections du maire de Marcoing*, RDP, 1966, p. 577.

⁴ Loi concernant le mode de remplacement des fonctionnaires publics qui deviennent membres du Corps Législatif du 3 germinal an V (23 mars 1797).

⁵ Art. 17 de la loi du 5 février 1817 sur les élections et article 15 de l'ordonnance du Roi du 25 juillet 1830 qui réforme, selon les principes de la Charte constitutionnelle, les règles d'élection, et prescrit l'exécution de l'article 46 de la Charte.

⁶ Rapport de la commission de révision du statut général des militaires précité, p. 7.

les drapeaux » du droit de vote. Le droit d'éligibilité a lui aussi connu de nombreuses exceptions. L'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi organique du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés prévoyait qu'« *aucun militaire ou marin faisant partie des armées actives de terre ou de mer ne pou(vait), quel que soit son grade ou ses fonctions, être élu membre de la Chambre des députés* ». En outre, l'article 31 de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale disposait que n'étaient « *pas éligibles [au conseil municipal] les militaires et employés des armées de terre et de mer en activité de service* ». En outre, le cinquième alinéa de l'article 34 de la même loi prévoyait un droit d'option entre les fonctions de conseiller municipal et celles de préfet, de sous-préfet, de secrétaire général de préfecture⁷, de commissaire et d'agent de police⁸, de gouverneur, directeur de l'intérieur et de membre du conseil privé dans les colonies⁹. Ce cinquième alinéa était ainsi rédigé : « *Les fonctionnaires désignés au présent article qui seraient élus membres d'un conseil municipal, auront, à partir de la proclamation du résultat du scrutin, un délai de dix jours pour opter entre l'acceptation du mandat et la conservation de leur emploi. À défaut de déclaration adressée dans ce délai à leurs supérieurs hiérarchiques, ils seront réputés avoir opté pour la conservation dudit emploi* ».

À la Libération, l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-1839 du 17 août 1945 relative à l'électorat et à l'éligibilité des militaires a reconnu aux militaires des trois armées la qualité d'électeurs « *dans les mêmes conditions que les autres électeurs* ». L'article 2 de la même ordonnance pose le principe selon lequel « *les militaires des armées de terre, de mer et de l'air sont éligibles dans les mêmes conditions que les autres citoyens* », sous réserve des incompatibilités ou inéligibilités.

En ce sens, le premier alinéa de l'article 3 de la même ordonnance prévoit que « *les fonctions de militaire de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, sont incompatibles avec un mandat de conseiller municipal, conseiller général, membre du Parlement ou de l'Assemblée constituante* ».

Pour organiser la résolution de cette incompatibilité, le troisième alinéa du même article 3 de l'ordonnance du 17 août 1945 a rendu applicable le droit d'option institué par l'article 34 de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale aux « *militaires de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale* ».

⁷ Art. 34, 1^o, de la loi du 5 avril 1884.

⁸ Art. 34, 2^o, de la loi du 5 avril 1884.

⁹ Art. 34, 3^o, de la loi du 5 avril 1884.

Par la loi n° 55-328 du 30 mars 1955, le Gouvernement a été autorisé à procéder, « *par décret en Conseil d'État pris sur le rapport du ministre de l'intérieur et du garde des sceaux, ministre de la justice, après avis de la commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires, à la codification des textes concernant la législation électorale et, notamment, les dispositions sur l'électorat, les listes électorales, l'éligibilité, la propagande, l'organisation des scrutins et les référendums* ».

L'article 60 du code électoral tel qu'il résulte du décret n° 56-981 du 1^{er} octobre 1956 prévoit que « *les fonctions de militaire de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, sont incompatibles avec les mandats* » régis par le livre I^{er} du code électoral. Cette disposition est ensuite recodifiée au premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral, objet de la décision commentée par le décret n° 64-1086 du 27 octobre 1964 portant révision du code électoral. L'article 13 de la loi n° 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale a complété cet article par un second alinéa ainsi rédigé : « *Ces dispositions ne sont pas applicables au réserviste exerçant une activité en vertu d'un engagement à servir dans la réserve opérationnelle ou au titre de la disponibilité. Toutefois, le réserviste de la gendarmerie nationale ne peut exercer cette activité au sein de sa circonscription* ».

S'agissant de l'option entre l'acceptation du mandat et la conservation de l'emploi, l'article 258 du code électoral, dans sa rédaction issue du décret du 1^{er} octobre 1956 précité, prévoit que les « *militaires de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale (...) qui seraient élues membres d'un conseil municipal auront, à partir de la proclamation du résultat du scrutin, un délai de dix jours pour opter entre l'acceptation du mandat et la conservation de leur emploi. À défaut de déclaration adressée dans ce délai à leurs supérieurs hiérarchiques, elles seront réputées avoir opté pour la conservation dudit emploi* ». En 1964, cette disposition est recodifiée au dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral.

Les militaires de carrière ou assimilés, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, élus à l'un des mandats visés au livre I^{er} du code électoral sont ainsi contraints d'opter pour la conservation « de leur emploi » ou pour l'exercice de leur mandat, le cumul des deux étant interdit.

Le troisième alinéa de l'article L. 4121-3 du code de la défense prévoit que « *les militaires qui sont élus et qui acceptent leur mandat sont placés dans la position de détachement* ». Comme le précise l'article L. 4138-8 du même code, « *dans cette position, le militaire continue à figurer sur la liste d'ancienneté de son corps et à bénéficier des droits à l'avancement et à pension de retraite* ».

Concernant ce droit d'option prévu par le dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral, la commission de révision du statut général des militaires, présidée par M. Renaud Denoix de Saint Marc, avait relevé que « *le débat sur l'exercice de fonctions électives se pose dans des termes différents selon le mandat concerné. Les mandats européen, nationaux, ainsi que ceux de conseiller régional ou général et de conseiller municipal d'une grande ville supposent, en règle générale, un engagement partisan avéré. Il est donc souhaitable qu'ils continuent à ne pouvoir être exercés qu'en position de service détaché. L'exercice d'un mandat municipal dans une petite commune par un militaire en position d'activité ne paraît pas, en revanche, incompatible avec le principe de neutralité. Il ne se conçoit toutefois qu'accompagné de restrictions qui en réduisent fortement l'intérêt : élection sur une liste apolitique, caractéristique d'ailleurs difficile à vérifier et pas toujours pérenne - inéligibilité dans le ressort où le militaire exerce certaines fonctions - exclusion des fonctions municipales exécutives qui sont dans les faits incompatibles avec les absences prolongées ou les mutations que peuvent connaître les militaires - maintien de l'incompatibilité actuelle au moins pour les officiers de gendarmerie, par analogie avec le régime électoral des corps de direction et de commandement de la police nationale. Tout ceci ne profiterait en définitive qu'à des militaires résidant dans une petite commune, distincte de celle où est implantée leur unité, jouissant d'une stabilité géographique compatible avec la durée d'un mandat municipal et de toute façon exclus des fonctions de maire ou d'adjoint au maire* »¹⁰. Cette commission avait donc conclu que « *si l'exercice d'un mandat municipal en position d'activité ne paraît pas inenvisageable au plan des principes, il n'apparaît pas opportun à la commission d'en ouvrir la possibilité, tant il faudrait l'assortir de conditions étroitement restrictives et largement dérogoratoires au droit électoral* »¹¹.

L'incompatibilité instituée par le premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral et le droit d'option prévu par le dernier alinéa de l'article L. 237 du même code sont à rapprocher des restrictions à l'exercice des droits civils et politiques des militaires prévues par les articles L. 4121-1 à L. 4121-8 du code de la défense. En particulier, le premier alinéa de l'article L. 4121-3 du code de la défense fait interdiction « *aux militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique* ». Une dérogation est cependant prévue pour les militaires candidats à une fonction publique élective, l'interdiction d'adhésion à un parti politique prévue étant 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* »¹². Par

¹⁰ Rapport précité, p. 8.

¹¹ *Ibid.*

¹² Art. L. 4121-3, alinéa 2, du code de la défense.

ailleurs, à la lecture des dispositions des articles L. 4121-1 et L. 4121-2, il apparaît que l'obligation de neutralité des militaires est beaucoup plus contraignante que celle qui s'impose à tout agent collaborant à un service public¹³. Concernant l'obligation de disponibilité (art. L. 4111-1 et L. 4121-5 du code de la défense), il s'agit d'une disponibilité permanente, applicable même en période de permission¹⁴, qui est sans équivalent avec l'obligation réglementaire de service qui s'impose aux fonctionnaires civils.

B. – Le champ d'application de l'incompatibilité instituée par le premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral

1. – Les fonctions incompatibles avec l'exercice d'un mandat électif

L'incompatibilité instituée par le premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral s'applique « *aux militaires de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale* ».

Au 31 décembre 2012, on comptait 304 000 militaires dont 95 500 gendarmes¹⁵.

Le premier alinéa de l'article L. 4111-2 du code de la défense distingue trois catégories de militaires : les militaires de carrière, les militaires servant en vertu d'un contrat et les militaires réservistes qui exercent une activité au titre d'un engagement à servir dans la réserve opérationnelle ou au titre de la disponibilité.

Au sens du premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral, « *les militaires servant en vertu d'un contrat sont assimilés aux militaires de carrière* »¹⁶. En outre, dans une décision *Rauzy* du 7 décembre 1977, le Conseil d'État a jugé que lorsque le militaire a fait valoir ses droits à la retraite, l'incompatibilité instituée par le premier alinéa de l'article L. 46 « *qui l'empêchait d'exercer la fonction de conseiller municipal a cessé d'exister* »¹⁷. En revanche, le militaire qui au moment des élections municipales se trouvait, « *en vertu d'une décision du ministre de la guerre, en congé jusqu'à l'époque de sa mise à la retraite, (...) n'en demeurait pas moins en activité de service* »¹⁸.

Le second alinéa de l'article L. 46 du code électoral prévoit que l'incompatibilité instituée par le premier alinéa n'est pas applicable « *au*

¹³ CE, 3 mars 1950, n° 98284, *Demoiselle Jamet*, Rec. 247.

¹⁴ Art. 4138-5, alinéa 2, du code de la défense : « *le militaire en permission ou en congé de fin de campagne peut être rappelé immédiatement lorsque les circonstances l'exigent* ».

¹⁵ « Points Stats. L'emploi dans les trois versants de la fonction publique en 2012 », ministère de la décentralisation et de la fonction publique, juillet 2014.

¹⁶ Réponse du secrétariat d'État à l'intérieur et aux collectivités territoriales à la question écrite n° 06132 de Monsieur François Marc, publiée dans le JO Sénat du 19/02/2009.

¹⁷ CE, 7 décembre 1977, n° 07884, *Rauzy*.

¹⁸ CE, 21 décembre 1888, n° 70774, *Élections de Boulot*, Rec. 1011.

réserviste exerçant une activité en vertu d'un engagement à servir dans la réserve opérationnelle ou au titre de la disponibilité. Toutefois, le réserviste de la gendarmerie nationale ne peut exercer cette activité au sein de sa circonscription ».

Ne sont pas concernés par les dispositions contestées les militaires en non-activité¹⁹.

Il en va de même pour les militaires placés hors cadres. Selon le premier alinéa de l'article L. 4138-10 du code de la défense, « *la position hors cadres est celle dans laquelle un militaire de carrière ayant accompli au moins quinze années de services valables pour la retraite et placé en détachement, soit auprès d'une administration ou d'une entreprise publique dans un emploi ne conduisant pas à pension du régime général des retraites, soit auprès d'un organisme international, peut être placé, sur sa demande, pour continuer à servir dans la même administration, entreprise ou organisme* ».

2. – Les mandats auxquels l'incompatibilité prévue par le premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral est applicable

Si, à l'origine, le texte était applicable non seulement aux mandats électifs locaux mais également aux mandats parlementaires, cette portée a été modifiée avec l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958, dont le premier alinéa de l'article 25 confie au législateur organique le soin de définir le régime des inéligibilités et des incompatibilités applicables aux parlementaires.

Aussi, des dispositions de nature organique régissent les règles d'incompatibilité avec le mandat parlementaire depuis l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires. L'article L.O. 142 du code électoral rend incompatible l'exercice des fonctions publiques non électives et le mandat de député, excepté dans deux cas (les professeurs titulaires de chaires et les ministres des cultes dans les départements concordataires). Ces dispositions sont applicables aux sénateurs en vertu de l'article L.O. 297 du même code, ainsi qu'aux représentants au Parlement européen, en vertu de l'article 6 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen.

En ce qui concerne les mandats exercés dans les assemblées délibérantes des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et de la

¹⁹ Aux termes de l'article L. 4138-11 du code de la défense : « *La non-activité est la position temporaire du militaire qui se trouve dans l'une des situations suivantes : 1° En congé de longue durée pour maladie ; 2° En congé de longue maladie ; 3° En congé parental ; 4° En situation de retrait d'emploi ; 5° En congé pour convenances personnelles ; 6° En disponibilité ; 7° En congé complémentaire de reconversion ; 8° En congé du personnel navigant* ».

Nouvelle-Calédonie, ce sont également des dispositions organiques particulières qui prévoient un régime d'incompatibilité. Dans les différents textes applicables, il est à chaque fois prévu une incompatibilité avec les fonctions de militaire en activité : au 3° du paragraphe I de l'article 196 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, au 3° du paragraphe I de l'article 111 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, au 4° du paragraphe I de l'article L.O. 493 du code électoral pour la collectivité de Saint-Barthélemy, au 4° du paragraphe I de l'article L.O. 520 de ce code pour la collectivité de Saint-Martin et au 4° du paragraphe I de l'article L.O. 548 de ce code pour la collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Par ailleurs, une incompatibilité identique à celle faisant l'objet de la décision commentée est également instituée pour d'autres mandats électifs, par renvoi de diverses dispositions du code électoral à l'article L. 46 : pour le mandat de conseiller régional (art. L. 342), celui de conseiller de l'assemblée de Corse (art. L. 368), celui de conseiller à l'assemblée de Guyane et de conseiller à l'assemblée de Martinique (art. L. 558-15).

Par conséquent, l'incompatibilité instituée par le premier alinéa de l'article L. 46 ne vise que les mandats de conseiller municipal, conseiller communautaire et conseiller général²⁰.

C. – Origine de la QPC et question posée

Le 23 mars 2014, M. Dominique de L., militaire de carrière dans la marine nationale, a été élu conseiller municipal. Après qu'il a invité l'intéressé à choisir entre son mandat d'élu et ses fonctions militaires, le préfet de la Charente a demandé, par déferé, au tribunal administratif (TA) de Poitiers d'annuler l'élection de l'intéressé comme conseiller municipal. Dans un jugement en date du 19 juin 2014, le TA de Poitiers a considéré « *que n'ayant pas expressément fait connaître son choix dans le délai imparti par les dispositions (...) de l'article L. 237 du code électoral, M. Dominique de L. doit être regardé comme ayant opté pour la conservation de son emploi de militaire* »²¹. Par suite, il a jugé « *qu'il y a lieu (...) d'annuler son élection comme conseiller municipal de Garat* »²².

²⁰ À compter du prochain renouvellement général des conseils généraux, ces dispositions viseront les conseillers départementaux, en vertu de l'article 51 de la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires et modifiant le calendrier électoral. Par ailleurs, la redondance de l'article L. 206 du code électoral pour l'incompatibilité avec le mandat de conseiller général est sans effet sur le périmètre d'application des dispositions de l'article L. 46.

²¹ TA 19 juin 2014, n° 1401110, cons. 7.

²² *Ibid.*

À l'occasion de cette instance, M. Dominique de L. a demandé au TA de Poitiers de transmettre au Conseil d'État une QPC portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions du premier alinéa de l'article L. 46 et du dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral. Par le jugement susmentionné du 19 juin 2014, le TA de Poitiers a transmis cette QPC au Conseil d'État en relevant notamment que le grief tiré de ce que ces dispositions « *portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment au principe énoncé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, pose une question qui n'est pas dépourvue de caractère sérieux* »²³.

Dans sa décision en date du 24 septembre 2014 (n° 381698), le Conseil d'État a décidé de renvoyer au Conseil constitutionnel cette QPC. Il a relevé que le moyen tiré de ce que les dispositions du premier alinéa de l'article L. 46 et du dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral « *méconnaissent le principe constitutionnel d'égalité des citoyens dans la mesure où elles restreignent de façon générale l'accès des militaires en service aux mandats électoraux et aux fonctions électives, soulève une question présentant un caractère sérieux* ».

Par ailleurs, le 18 juillet 2014, M. Dominique de L. a interjeté appel du jugement du TA de Poitiers prononçant l'annulation de son élection comme conseiller municipal. Cet appel est en cours d'instruction devant le Conseil d'État.

Selon le requérant, l'incompatibilité générale entre les fonctions de militaire de carrière et l'exercice de tout mandat électif entrant dans le champ d'application de l'article L. 46 du code électoral, et spécialement au sein de l'assemblée délibérante d'une collectivité municipale, n'est pas justifiée par la nécessité de protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élu contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts. Par suite, il soutient que les dispositions contestées méconnaissent le droit d'exercer un mandat électif dont jouit tout citoyen en vertu de l'article 6 de la Déclaration de 1789.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – Sur les dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a restreint le champ de la QPC en ce qui concerne le dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral. En effet, alors que la règle de résolution des incompatibilités instituée par cet alinéa est applicable non seulement aux incompatibilités résultant de l'article L. 46 mais également à celle résultant des autres premiers alinéas dudit article

²³ *Ibid.*, cons. 4.

L. 237, seule la résolution des incompatibilités résultant de l'article L. 46 était contestée. Aussi, le Conseil a considéré que la QPC « *porte sur le premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral et les mots : "à l'article L. 46 et" figurant au dernier alinéa de l'article L. 237 du même code* » (cons. 4).

Se posait également la question de la nature législative des dispositions contestées, qui, formellement, résultaient d'une codification par décret. En effet, en vertu de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que de « *dispositions législatives* ».

Il ressort de l'historique rappelé précédemment que les dispositions contestées ont été codifiées successivement par un décret du 1^{er} octobre 1956 puis par un décret du 27 octobre 1964.

Toutefois, cette codification s'est opérée à droit constant :

– s'agissant du premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral, à partir du premier alinéa de l'article 3 de l'ordonnance n° 45-1839 du 17 août 1945 relative à l'électorat et à l'éligibilité des militaires aux termes duquel : « *Les fonctions de militaire de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, sont incompatibles avec un mandat de conseiller municipal, conseiller général, membre du Parlement ou de l'Assemblée constituante* ».

– s'agissant du dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral, à partir du troisième alinéa de l'article 3 de l'ordonnance n° 45-1839 du 17 août 1945 relative à l'électorat et à l'éligibilité des militaires qui a rendu applicable le cinquième alinéa de l'article 34 de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale aux « *militaires de carrière ou assimilés, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale* ».

Les dispositions de l'ordonnance du 17 août 1945 ont pleine valeur législative, comme le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion d'en juger à propos d'une ordonnance du Gouvernement provisoire de la République française dans sa décision n° 2011-211 QPC du 27 janvier 2012²⁴.

C'est pourquoi le Conseil a considéré que les dispositions contestées, qui résultaient de la codification à droit constant des dispositions de cette ordonnance, avaient bien le caractère de « *dispositions législatives* » au sens de l'article 61-1 de la Constitution (cons. 6).

²⁴ Décision n° 2011-211 QPC du 27 janvier 2012, *M. Éric M. (Discipline des notaires)*.

Par ailleurs, le Conseil a précisé le champ d'application de l'incompatibilité instituée par le premier alinéa de l'article L. 46. En ce sens, il a relevé « *qu'il résulte de (l'article 25) de la Constitution ainsi que des dispositions organiques prises pour son application que l'incompatibilité instaurée par l'article L. 46 du code électoral ne s'applique pas au mandat de député* » (cons. 7). Il a également signalé le renvoi de diverses dispositions du code électoral au premier alinéa de l'article L. 46, pour les incompatibilités avec les mandats de conseiller régional, de conseiller de l'assemblée de Corse, de conseiller à l'assemblée de Guyane et de conseiller à l'assemblée de Martinique (cons. 8), tout en relevant qu'il n'était pas saisi de ces diverses dispositions.

B. – L'inconstitutionnalité des dispositions contestées

1. – La jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 6 de Déclaration de 1789

Le contrôle opéré par le Conseil en matière d'incompatibilités professionnelles avec des fonctions publiques électives est différent de celui opéré en matière d'incompatibilités entre des mandats politiques. En effet, une telle incompatibilité affecte plus largement l'égalité admissibilité aux emplois publics proclamée par l'article 6 de la Déclaration de 1789. Le contrôle consiste à s'assurer de la réalité du risque que l'interférence possible entre l'activité professionnelle et le mandat électoral ou la fonction élective fait peser sur la « *liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élu* »²⁵.

Dans sa décision n° 2000-426 DC du 30 mars 2000, le Conseil a eu à connaître de l'incompatibilité entre les mandats locaux et les fonctions de président d'un organisme consulaire ainsi que l'incompatibilité entre les fonctions exécutives locales et les fonctions de juge des tribunaux de commerce. Il a jugé que ces incompatibilités n'étaient pas justifiées au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 « *dès lors que les incompatibilités critiquées n'(étaient) pas, en l'espèce, limitées aux cas où le ressort géographique de la collectivité territoriale coïncide, en tout ou partie, avec celui de la chambre consulaire ou du tribunal de commerce* »²⁶.

Dans sa décision n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013, le Conseil constitutionnel a, une nouvelle fois, fait application de cette jurisprudence lors de l'examen de la loi organique relative à la transparence de la vie publique. Il a repris le considérant qui figurait déjà dans sa décision du 30 mars 2000, rendue à propos

²⁵ Décisions n°s 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*, cons. 7 et 2000-426 DC du 30 mars 2000, *Loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice*, cons. 15.

²⁶ Décision n° 2000-426 DC du 30 mars 2000 précitée, cons. 16.

de la loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions électives et à leurs conditions d'exercice : « *Considérant que, si le législateur peut prévoir des incompatibilités entre mandats électoraux ou fonctions électives et activités ou fonctions professionnelles, la restriction ainsi apportée à l'exercice de fonctions publiques doit être justifiée, au regard des exigences découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789, par la nécessité de protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou l'indépendance des juridictions contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts* »²⁷.

Dans cette décision du 9 octobre 2013, le Conseil a jugé plusieurs dispositions instituant ou renforçant des incompatibilités conformes à la Constitution, et notamment la modification de l'article L.O. 146 relatif à l'incompatibilité du mandat parlementaire avec les fonctions de chef d'entreprise, de président de conseil d'administration, de président et de membre de directoire, de président de conseil de surveillance, d'administrateur délégué, de directeur général, directeur général délégué ou gérant exercées dans des sociétés ou entreprises travaillant essentiellement pour des personnes publiques. Les modifications apportées par le législateur organique avaient pour objet de « *rendre plus rigoureux le régime d'incompatibilité entre le mandat parlementaire et l'exercice d'une fonction de direction au sein d'une entreprise ou d'un organisme travaillant de façon substantielle pour une personne publique* »²⁸.

Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en interdisant à un parlementaire d'exercer une activité professionnelle qui n'était pas la sienne avant le début de son mandat (interdiction applicable à toute activité professionnelle quelle que soit sa nature), et de continuer à exercer une fonction de conseil, quelle qu'en soit la nature, lorsqu'il ne l'exerçait pas avant le début de son mandat dans le cadre d'une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé « *le législateur a institué des interdictions qui, par leur portée, excèdent manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts* »²⁹.

Dans ses décisions n^{os} 2014-688 DC³⁰ et 2014-689 DC³¹ du 13 février 2014, le Conseil constitutionnel a respectivement examiné les articles 3 à 5 de la loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, et l'article 1^{er} de la loi ordinaire renvoyant à ces

²⁷ Décision n^o 2013-675 DC du 9 octobre 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, cons. 43.

²⁸ *Ibid.*, cons. 49.

²⁹ *Ibid.*, cons. 50 à 53.

³⁰ Décision n^o 2014-688 DC du 13 février 2014, *Loi interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen*.

³¹ Décision n^o 2014-689 DC du 13 février 2014, *Loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur*.

dispositions de la loi organique. Il a estimé que ces dispositions ne pouvaient subir le même reproche de constitutionnalité. Elles visaient des fonctions ponctuelles à la tête de sociétés d'économie mixte nationales et locales, d'établissements publics ou d'organismes d'habitation à loyer modéré. Le Conseil a jugé que ces interdictions n'excèdent pas manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu et prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts. Le Conseil constitutionnel les a déclarés conformes à la Constitution.

2. – L'application à l'espèce

Dans sa décision du 28 novembre 2014 commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord énoncé les exigences constitutionnelles particulières applicables aux forces armées : *« Considérant qu'aux termes des articles 5 et 15 de la Constitution, le Président de la République est le chef des armées, il assure par son arbitrage, la continuité de l'État et il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités ; qu'aux termes des articles 20 et 21 de la Constitution, le Gouvernement dispose de la force armée et le Premier ministre est responsable de la défense nationale ; qu'en application de ces dispositions, sans préjudice de celles de l'article 35 de la Constitution, le Gouvernement décide, sous l'autorité du Président de la République, de l'emploi de la force armée ; que l'exercice de mandats électoraux ou fonctions électives par des militaires en activité ne saurait porter atteinte à cette nécessaire libre disposition de la force armée »* (cons. 9).

Puis il a rappelé les considérants de principe en matière de contrôle des incompatibilités : *« Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents" ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;*

« Considérant que si le législateur peut prévoir des incompatibilités entre mandats électoraux ou fonctions électives et activités ou fonctions professionnelles, la restriction ainsi apportée à l'exercice de fonctions publiques doit être justifiée, au regard des exigences découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789, par la nécessité de protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élu contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts » (cons. 10 et 11).

Après avoir présenté les obligations particulières qui sont attachées à l'état militaire (cons. 13), et en particulier les obligations de neutralité et de disponibilité prévues par les articles L. 4111-1, L. 4121-1 à L. 4121-3, et L. 4121-5 du code de la défense, le Conseil a examiné distinctement chacune des incompatibilités avec les différentes catégories de mandats électifs locaux instituées par le premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral.

En ce qui concerne l'incompatibilité prévue par le premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral entre les fonctions de militaire de carrière ou assimilé et le mandat de conseiller général, il a jugé qu'eu égard aux modalités de l'élection des conseillers généraux et aux exigences inhérentes à l'exercice de leurs mandats, en prévoyant une incompatibilité entre les fonctions de militaire de carrière ou assimilé et ces mandats, *« les dispositions contestées ont institué, au regard des obligations particulières attachées à l'état militaire (...), une interdiction qui, par sa portée, n'excède pas manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élu contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts »* (cons. 14).

Le Conseil constitutionnel a retenu le même raisonnement pour l'incompatibilité avec le mandat de conseiller communautaire : *« il en va de même pour l'incompatibilité avec le mandat de conseiller communautaire »*, au regard des modalités d'élection de ces conseillers et des exigences inhérentes à l'exercice de leur mandat (cons. 14).

En revanche, concernant l'incompatibilité entre les fonctions de militaire de carrière ou assimilé et le mandat de conseiller municipal, le Conseil a relevé que *« le législateur a institué une incompatibilité qui n'est limitée ni en fonction du grade de la personne élue, ni en fonction des responsabilités exercées, ni en fonction du lieu d'exercice de ces responsabilités, ni en fonction de la taille des communes »* (cons. 15). À cet égard, il faut noter qu'avant la décision commentée le Conseil n'avait jamais eu à examiner une incompatibilité d'une telle ampleur, qui est sans équivalent.

Le Conseil a alors jugé *« qu'eu égard au nombre de mandats municipaux avec lesquels l'ensemble des fonctions de militaire de carrière ou assimilé sont ainsi rendues incompatibles, le législateur a institué une interdiction qui, par sa portée, excède manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élu contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts »* (cons. 15). Par suite, il a déclaré le premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral contraire à la Constitution, et par voie conséquence, les mots : *« à l'article L. 46 et »* figurant au dernier alinéa de l'article L. 237 du même code.

C. – Les effets dans le temps de la décision du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a considéré qu'une abrogation des dispositions contestées à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel poserait un certain nombre de difficultés. En effet, un certain nombre des incompatibilités prévues par les dispositions contestées pourraient en être affectées, alors même qu'elles ne sont pas inconstitutionnelles.

Dans la mesure où « *l'abrogation immédiate du premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral aurait pour effet de mettre un terme non seulement à l'incompatibilité des fonctions de militaire de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, avec le mandat de conseiller municipal mais également à l'incompatibilité de ces fonctions avec le mandat de conseiller général ou avec le mandat de conseiller communautaire et avec les autres mandats électifs locaux auxquels elle est applicable par renvoi au premier alinéa de l'article L. 46* » , le Conseil a décidé de « *reporter cette abrogation au 1^{er} janvier 2020 ou au prochain renouvellement général des conseils municipaux s'il intervient avant cette date* » (cons. 17).