

David Mongoin

VARIATIONS POLITICO-JURIDIQUES
SUR L'ABSTENTION ÉLECTORALE

S'inscrivant à une place de choix dans l'argumentaire du dépérissement de la politique¹, l'abstentionnisme électoral constitue la face sombre du fonctionnement des régimes politiques contemporains. Si les régimes les plus liberticides s'enorgueillissent de taux de participation électorale remarquables – même si éminemment et raisonnablement suspects –, les régimes libéraux connaissent un recul de ce taux très (re)marqué. En effet, le constat des progrès de l'abstentionnisme est aujourd'hui dûment étayé par les taux enregistrés lors des récentes consultations électorales². L'abstention électorale désarçonne en ce sens que le vote, exigence somme toute peu contraignante du fonctionnement du régime représentatif, semble pourtant être souvent ressentie comme une sol-

1. Voir sur ce point l'ouvrage de Myriam Revault d'Allones, *Le dépérissement de la politique. Généalogie d'un lieu commun*, Paris, Alto Aubier, 1999.

2. En raison de son caractère symptomatique, on rappellera que le quinquennat, vecteur disaient d'un rapprochement entre les citoyens et les politiques, fût approuvé le 24 septembre 2000 avec un taux de 69,8 % d'abstention. À l'occasion du référendum sur la Nouvelle-Calédonie le 8 novembre 1988, un taux d'abstention de 63,11 % est enregistré ; les élections régionales des 21 et 28 mars 2004 et le référendum sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 mai 2005 ont enregistré des taux d'abstention moins marqués avec respectivement 37,8 % et 34,32 % pour les 1^{er} et 2nd tours des régionales et 30,63 % pour le référendum. Néanmoins, il semble difficile d'en tirer des enseignements sur le long terme puisque depuis 2002 on assiste à une « reprise » de la participation au vote, tant lors du référendum du 29 mai 2005 que pour les élections présidentielles de 2007. Stéphane Jugnot montre pourtant que le niveau exceptionnel de participation atteint lors de l'élection présidentielle de 2007 s'explique conjonctuellement par la « mémoire de 2002 » et rappelle que l'abstention à l'élection législative de la même année a battu un nouveau record (39,6 % au premier tour), « La participation électorale en 2007. La mémoire de 2002 », *INSEE Première*, n° 1169, décembre 2007. La séquence électorale de 2002 semble bien constituer un « point d'orgue de ce mouvement de désaffection des électeurs », Anne Muxel, « La poussée des abstentions : protestation, malaise, sanction », in Pascal Perrineau, Colette Ysmal (dir.), *Le vote de tous les refus, Les élections présidentielles et législatives de 2002*, Paris, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, 2003, p. 125.

licitation excessive³. Le triomphe de l'institution du vote a donc apparemment assuré et ce de façon paradoxale les conditions de son essoufflement, voire de sa défection alors que, dans le même mouvement, toute autorité publique dont la désignation des membres n'est pas soumise à élection (songeons par exemple au cas des autorités administratives indépendantes) est irrémédiablement dénoncée comme « antidémocratique »⁴.

À vrai dire, les rapports entre la démocratie et l'abstention sont certainement plus complexes : le phénomène de l'abstention semble en effet rendre compte de la déconnection d'une sorte de déshérence institutionnelle de la démocratie qui, paradoxalement, chemine au bras de la réalisation progressive de la démocratie au moins dans sa version toquevillienne⁵. Le point auquel nous sommes aujourd'hui parvenus semble ainsi conjindre deux tendances contradictoires : d'un côté un exclusivisme électif comme fondement de la *légitimité* (justifie une action) et de la *légalité* (donne un titre à agir), et de l'autre la progression de la désaffection électorale. La formule fameuse empruntée à un autre champ des sciences sociales selon laquelle « trop de vote tue le vote »⁶ invite à s'interroger, notamment, sur le point de savoir en quoi la démultiplication des élections, si elle doit s'accompagner d'un accroissement de l'abstention, serait-elle plus « démocratique » ? De même, puisque l'extension du corps électoral n'entraîne aucun fléchissement sensible de la participation, les progrès de l'abstention soulignent l'inanité de toute réforme portant sur les restrictions juridiques relatives

3. François Goguel et Alfred Grosser notent en ce sens : « Le fait d'aller aux urnes ne constitue qu'une forme de participation élémentaire à la vie politique. L'électeur est un citoyen actif par rapport à l'abstentionniste », *La politique en France*, Paris, Armand Collin, coll. « U », 1975, p. 94.

4. On peut seulement pointer un simple rapport de concomitance entre l'épuisement de la voie de désignation politique par l'élection et l'extension du champ électif à de nouveaux territoires, ou alors y voir un rapport de causalité.

5. Il faut rappeler que Tocqueville avait parfaitement perçu l'insatisfaction infinie de l'égalité et donc de sa revendication en la nichant dans la mécanique du désir (la passion du semblable). L'abstention constitue une des expressions privilégiées de la « démocratie contre elle-même ». On reconnaîtra le titre d'un recueil d'articles de Marcel Gauchet (*La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 2002) qui synthétise assez bien, selon nous, le centre d'intérêt de nombreux penseurs politiques actuels, et dont la France a plusieurs représentants de grande qualité avec, outre Marcel Gauchet, Philippe Raynaud ou encore Pierre Manent.

6. Lire sur ce point Guilhermina Marques de Bastos, « La sélectivité de la participation », in Hanspeter Kriesi (dir.), *Citoyenneté et démocratie directe. Compétence, participation et décision des citoyens et citoyennes suisses*, Zürich, Éditions Seismo, 1993, p. 167-188. Le cas de la Suisse est à cet égard éclairant puisque l'auteur nous apprend que depuis une vingtaine d'années le pourcentage de l'abstention dépasse régulièrement les 50 % et relie ce constat à la démultiplication des votations.

à l'extension du corps électoral, pourtant régulièrement remises en question⁷, pour influencer de façon décisive sur les taux de participation. À la façon dont les économistes nous informent qu'une poche de sans-emploi a vocation à demeurer dans une société dite de plein-emploi, une société de « plein-vote » serait ainsi une société où subsiste nécessairement de l'abstention. Donnée structurellement irréductible à la pratique électorale, l'abstention ne mériterait ainsi aucune forme particulière d'investigation si elle ne dessinait pas en creux, dit-on, le profil de l'homme démocratique de demain⁸.

Il nous semble que la question de l'abstention électorale doit faire l'objet d'une nouvelle investigation et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, elle porte en elle nombre de contradictions de notre époque : comment ne pas s'interroger sur le paradoxe d'une société d'individus qui revendiquent massivement des droits subjectifs coexistant avec une déshérence progressive du droit de vote ; sur la coïncidence d'un moment de progrès de l'abstention avec l'affirmation concomitante d'une double citoyenneté (nationale et européenne), voire aussi sur cet autre paradoxe, *a priori* énigmatique, d'une abstention qui ne cesse d'augmenter alors même que les facteurs censés la faire reculer (l'instruction au premier chef⁹ mais aussi la multiplication du nombre des candidatures, etc.) se diffusent de plus en plus, ou encore sur celui d'une inflation des prestations attendues de l'État et la déflation de la participation (de nature à étayer les dénonciations contemporaines d'une société d'ayants-droits...).

Ensuite, les inflexions actuelles, comme nous l'avons dit, sur la nature de l'abstentionnisme (en gros, le passage d'un abstentionnisme systématique à un abstentionnisme d'intermittence), consignées par les études les plus récentes invitent à une réflexion à nouveaux frais de ce phénomène. La constance et les progrès du phénomène de l'abstentionnisme électoral ne doivent en effet pas masquer l'intermittence de la pratique abstentionniste¹⁰. Ainsi, au-delà de la

7. On songe évidemment aux propositions de rabaissement de l'âge de la majorité électorale, mais aussi aux débats autour de la reconnaissance du droit de vote des étrangers.

8. En effet, l'homme d'« aujourd'hui » ressemble à certains égards au portrait de l'homme de l'état de nature, cet homme d'« hier » délié de toutes contraintes sociales qu'ont brossé les théoriciens du contrat social.

9. Les progrès de l'éducation justifient toujours le principe électif mais il est clair qu'il n'assure plus l'effectivité du vote.

10. Sur la généralisation d'un abstentionnisme intermittent, voir Anne Muxel, « L'abstention : déficit démocratique ou vitalité politique ? », *Pouvoirs*, n° 120, 2006, p. 43-55 et plus particulièrement p. 50 et s. L'involution des taux de participation peut donner l'impression qu'il existe une population d'abstentionnistes réguliers dont les effectifs seraient en augmentation. Les études les plus récentes ont montré que les abstentionnistes systématiques sont en fait peu nombreux. La plupart de ceux qui sont comptabilisés comme « abstentionnistes » à une élection donnée sont

quasi-disparition de l'abstentionnisme de combat¹¹, peut-on noter une inflexion très nette de l'abstention permanente des titulaires du droit de vote vers des participations sélectives. Ce développement du vote intermittent – une intermittence du vote qui le rend paradoxalement structurel –, semble par ailleurs infirmer la thèse d'une désaffection massive des citoyens pour les affaires publiques.

Enfin, cette question de l'abstentionnisme reçoit un traitement inversement proportionnel aux incidences qu'on lui prête. L'abstention reste malgré tout un phénomène marginal – minoritaire, pourrait-on dire – mais force est de constater qu'on lui prête beaucoup¹². Ainsi, il est tout à fait symptomatique que la problématique de la défiance, dont l'abstention électorale constitue une forme paradigmatique, structure aujourd'hui un grand nombre des travaux portant sur les formes contemporaines de la démocratie¹³. En effet, on postule en général qu'il s'agit d'un phénomène d'une portée considérable dépassant ses conséquences immédiatement électorales pour affecter, nous y reviendrons, les fondements même de l'édifice de la démocratie représentative. Pour autant, bien peu d'investissements théoriques au plan juridique ont été déployés pour tenter d'en rendre et l'intelligibilité et les incidences principales. Pour finir, il apparaît que la répartition quasi-égalitaire des suffrages – dont on prédit encore le resserrement¹⁴ – pourrait conduire à un renouvellement des incidences de

des votants plus ou moins intermittents. Sur la séquence 1995-1997 où se sont déroulées trois élections (présidentielles, législatives, municipales), l'étude d'un échantillon de 40 000 inscrits a conduit François Héran à constater que 8 % seulement de ces inscrits se sont abstenus à tous les scrutins mais que le vote intermittent a concerné un électeur sur deux (« Les intermittents du vote », *INSEE Première*, n° 546, septembre 1997).

11. Parmi des exemples de consignes d'abstention : le Parti Communiste lors de l'élection présidentielle de 1969, le Rassemblement Pour la République lors du référendum de 1988 sur la Nouvelle-Calédonie ou encore, plus proche de nous, Lutte Ouvrière lors du second tour de l'élection présidentielle de 2002. Précisons que nous excluons les cas d'abstention partisane comme ne relevant pas de notre démonstration et étant de fait en voie d'extinction. On peut lire Jean-Paul Charnay, « L'abstentionnisme de combat », *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, juillet-août 1972, n° 4, p. 60 et s.

12. Ainsi, pour un exemple de dramatisation de l'abstention électorale, Monique Castillo juge que « l'indifférence généralisée laissera libre cours aux tyrannies de toutes sortes » dans *La citoyenneté en question*, Paris, Ellipses, 2002, p. 13.

13. On songe notamment à l'ouvrage récent de Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Le Seuil, 2006. On peut également se reporter à Jacqueline Costa-Lascoux et Lucien Jaume, « La démocratie et le déclin de la confiance, une rupture dans la culture politique », in Pascal Perrineau (dir.), *Le désenchantement démocratique*, Paris, Éditions de l'Aube, coll. « Monde en cours », 2003, p. 67-87.

14. Voir l'article de Serge Galam intitulé « Pourquoi des élections si serrées ? » paru dans *Le Monde* du 20 septembre 2006. L'existence, dans une multitude de pays, d'élections extrêmement serrées (au Mexique, le président conservateur a été élu avec un avantage de 0,56 % d'avance ; en Italie,

l'abstention comme facteur décisif dans les résultats électoraux.

Quelques invariants structurent la problématique de l'abstention, dont son inactuelle actualité¹⁵ ou encore l'opprobre morale qui l'entoure¹⁶. Pendant longtemps, on a d'autant moins prêté attention à l'abstention qu'elle n'obérait pas les résultats électoraux. Or, il a bien fallu constater que l'abstention ne fluctuait pas seulement selon les élections mais qu'elle continuait de grimper, plus ou moins régulièrement, et que les niveaux atteints devenaient problématiques¹⁷.

Les premières déplorations sur l'absence de « toute recherche scientifique sur le problème de l'abstention dans les élections politiques »¹⁸ ont débouché sur le travail à tous égards pionnier du politiste Alain Lancelot¹⁹. Avant ce travail, l'abstentionnisme électoral était négligé par la science politique, tenu jusque-là pour seulement négatif et sans enseignements pour la politique. Après lui, auréolée de ses lettres de noblesse scientifique, l'abstention est devenue un objet d'étude important.

Romano Prodi a été avec 0,06 % d'avance ; en Allemagne, la différence en faveur de Madame Merkel a été de 0,92 % conduisant à chaque fois à des contestations plus ou moins sérieuses) suscite avant tout un profond étonnement puis une interrogation sur la possibilité de fonder une légitimité démocratique sur une base majoritaire aussi faible. De même, plus une élection est serrée, plus l'abstention électorale prend d'importance.

15. Félix Moreau soutenait déjà à la fin 19^{ème} siècle que « l'abstention n'est pas, dans nos mœurs politiques, un mal récent », dans « Le vote obligatoire, principe, sanctions », *Revue politique et parlementaire*, tome VII, n° 19, janvier 1896, p. 36-69.

16. Parmi une copieuse littérature sur la condamnation morale de l'abstentionnisme, voir par exemple, Adrien Bavelier, *Essai historique sur le droit d'élection et sur les anciennes assemblées représentatives de la France*, Genève, Mégariotis Reprints, 1979, réimpression de l'édition de Paris de 1874. Il parle notamment d'un « fait coupable » (p. 409) condamnable par une amende « avec ou sans privation du droit de vote pendant un temps déterminé » (p. 410). On peut lire également chez les juristes M. de Pindray, *De l'abstentionnisme en matière électorale et des moyens propres à y remédier*, thèse de droit, Paris, Rousseau, 1901 ; ou encore Romain Ségot, *De l'Abstention en matière électorale, principaux moyens d'y remédier*, Thèse pour le doctorat, Université de Caen, Faculté de droit, Angers, Germain et Grassin, 1906.

17. L'abstention commence en effet à obérer les résultats électoraux : en 1995, le président Jacques Chirac a été le premier président élu sans avoir atteint la majorité absolue des votants au second tour de l'élection présidentielle.

18. François Goguel, « Pour une étude scientifique de l'abstentionnisme électoral en France », *Revue Française de Sciences Politiques*, 1952, vol. 2, n° 1, p. 68.

19. Alain Lancelot, *L'abstentionnisme électoral en France*, préface de René Rémond, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Cahiers de la Fondation nationale des Sciences Politiques n° 162, 1968. En délaissant l'étude monographique, l'auteur fait pour la première fois dans l'histoire de la science politique française une étude théorico-historique d'ensemble de l'abstentionnisme électoral français, et ce depuis la Révolution Française.

Quel a été sur ce point l'apport des juristes ? Un survol de la bibliographie juridique consacrée à l'abstentionnisme électoral atteste de la profonde désaffection de cette thématique chez les juristes, comme si l'abstention était un objet rétif à une appréhension *proprement* juridique.

Le scalpel de la critique dénonce régulièrement la protubérance abstentionniste se manifestant sur le corps électoral. La pharmacopée juridique traditionnelle préconise l'inclusion du vote blanc dans le total des suffrages exprimés²⁰ et bien sûr le vote obligatoire²¹, voire d'autres modalités plus anecdotiques²². On remarquera ainsi que tous ces efforts se portent sur les effets de l'abstention et non sur ses causes et qu'à ce titre, les incidences électorales prêtées au vote obligatoire apparaissent étonnamment optimistes²³. Plusieurs États ont tout de même décidé de modifier leur législation pour introduire le vote obligatoire et ainsi de faire de l'abstention une faute juridique sanctionnable. En Belgique, rappelle ainsi Francis Delpérée, « une fois la qualité d'électeur reconnu, le citoyen doit exercer la charge qui lui est assignée »²⁴. En d'autres termes, la qualité

20. À cet égard, il est possible de signaler la proposition de loi enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2002, tendant à la reconnaissance du vote blanc aux élections. On pourra se reporter sur cette question à l'ouvrage militant d'Olivier Durand, *Le vote blanc. Pour un suffrage vraiment universel*, préface d'Hervé de Charrette, Paris, L'Harmattan, 1999.

21. Rappelons que la contrepartie des droits, en termes juridiques, n'est pas le devoir mais l'obligation. On peut se reporter à l'article récent de William Benessiano, « Le vote obligatoire », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 61, 2005, p. 73-115. La dernière proposition de loi visant à compléter le Code électoral en vue de l'instauration du vote obligatoire (mais aussi de la reconnaissance du vote blanc) a été présentée par Dominique Paillé et enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 18 octobre 2000.

22. Parmi celles-ci, on retiendra la proposition rapportée par Corine Lesnes dans son article intitulé « Des dollars contre l'abstentionnisme en Arizona » dans l'édition du 19 octobre 2006 du journal *Le Monde*. Dans l'État d'Arizona, plutôt que d'imposer le vote sous peine d'amende, a été soumise par un référendum d'initiative populaire l'idée d'un tirage au sort, parmi les votants, d'une personne qui se verra récompenser à hauteur d'1 million de dollars. Les partisans de cette incitation soutiennent que Dieu lui-même « promet des récompenses ». Voilà un retour au tirage au sort dans les procédures électives plutôt imprévisible...

23. Quelles incidences d'un retour aux urnes d'une masse considérable d'individus sous la férule de la loi ! En tout cas, on ne manquera pas de noter le paralogisme entre la sanction de la transgression du vote rendu obligatoire (suspension des droits civiques de façon certes temporaire) et son effet attendu (plus de civisme) !

24. Francis Delpérée, « Le vote obligatoire. À propos des élections présidentielles de 2002 » in *Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 640. Pour un tour d'horizon de plusieurs pays qui connaissent le vote obligatoire, on se reportera à l'étude intitulée *Le vote obligatoire*, dans la *Série législation comparée des Documents de Travail du Sénat* datée de mai 2003. Les lois étrangères qui posent l'obligation de voter prévoient plusieurs motifs d'abstention et facilitent généralement l'exercice du vote par correspondance ou par procuration.

juridique d'électeur emporte l'obligation juridique d'une citoyenneté active. La France demeure rétive à une telle perspective²⁵, et il faudra notamment tenter d'en comprendre les raisons.

Si le champ de l'abstention électorale est labouré tant par les sociologues que par les politistes, il a donc été largement laissé en jachère par les juristes. Le discours juridique majoritaire semble n'avoir rien à dire d'un droit qui n'est pas assorti d'une obligation juridique. Cette désaffection permet d'illustrer en creux ce qu'*est* le droit aujourd'hui. Deux raisons principales et convergentes peuvent être avancées pour mettre en lumière ce délaissement.

Il s'agit tout d'abord d'une raison épistémologique. La prétention à l'objectivité comme seul cap de l'activité scientifique est constitutive du programme positiviste en général, et donc peu ou prou du programme contemporain. Cantonné dans le monde éthéré des « normes » juridiques, le juriste doit, pour remplir pleinement son office, veiller à s'abstenir de tout jugement de valeur qui le ferait basculer dans le monde axiologique. Ramené à l'objet qui nous occupe, le juriste comprend donc l'abstention comme la non-jouissance d'un droit, comme le refus volontaire d'exercice du droit de vote, sur lequel il ne saurait rien dire puisque cette abstention n'est constitutive d'aucune infraction prévue par le droit positif à une quelconque prescription juridique.

La seconde raison tient à un préjugé latent des juristes. La désuétude des analyses juridiques relatives à l'abstention fait fond sur l'adage implicite des facultés de droit : « pas de contentieux, pas de droit ». L'abstentionnisme électorale ne fait pas recette auprès de la doctrine et les manuels de droit électorale ne sont pas là pour infléchir ce constat²⁶. On peut d'ailleurs noter que les manuels de droit constitutionnel ne sont guère plus prolixes. Et pourtant, en dehors même de la question de l'absentéisme parlementaire qui reste une question d'une inac-

25. Il faut tout de même rappeler que si le terme « abstention » ne fait l'objet d'aucune entrée dans le Code électorale, celui de « vote obligatoire » est prévu par l'article L. 318 qui dispose : « Tout membre du collège électorale, qui, sans cause légitime, n'aura pas pris part au scrutin, sera condamné à une amende de 100 euros par le tribunal de grande instance du chef-lieu, sur les réquisitions du ministère public. La même peine peut être appliquée dans les mêmes conditions au délégué suppléant qui, dûment averti en temps utile, n'aura pas pris part aux opérations de vote. » Si le droit électorale français reconnaît le vote obligatoire, il le cantonne pour les élections sénatoriales et ce en raison de leur nature. Introduire le vote obligatoire en droit français, c'est-à-dire étendre son champ d'application des élections sénatoriales aux autres élections, reviendrait en tout cas à doubler l'obligation d'inscription (qui n'a d'autre sanction que l'impossibilité de participer au scrutin) par une obligation de participation (vote obligatoire).

26. Pour ne retenir qu'un seul exemple, voir Jean-Claude Masclat, *Droit électorale*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamentale », 1989. L'index ne comprend ainsi aucune entrée ni aucun développement conséquent relatif au terme d'abstention.

tuelle actualité²⁷, les constitutionnalistes en général, et plus particulièrement les spécialistes du droit parlementaire, connaissent bien la portée de l'abstention parlementaire dans le jeu effectif des institutions. Ainsi, l'abstention a joué un rôle non négligeable dans le fonctionnement du régime « parlementariste » des III^{ème} et IV^{ème} Républiques et joue toujours un rôle important dans celui, « présidentieliste » cette fois, de la V^{ème} République. En effet, la Constitution de la V^{ème} République a érigé la faculté juridique d'abstention parlementaire en authentique participation politique²⁸. Alors que sous les III^{ème} et IV^{ème} Républiques, le gouvernement devait démontrer qu'il disposait d'une majorité qui le soutenait, sous la V^{ème} République, la charge de la preuve a été renversée. Dans le langage juridique, on dit que la présomption n'était pas irréfragable mais simple. En d'autres termes, c'était à l'opposition de montrer que le gouvernement ne dispose plus d'une majorité. L'article 50 de la Constitution de 1946 posait déjà l'exigence d'une majorité absolue et la constitution de 1958 a ajouté le principe d'une prise en compte des seuls suffrages en faveur de la censure. De

27. On pourra lire la présentation historique de Frédéric Rouvillois, « Heurs et malheurs d'un principe : le vote personnel des députés », *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, n° 3, 1998, p. 781-815. La création d'un bulletin d'abstention n'est pas admise par Eugène Pierre qui considère que le premier « devoir » pour les représentants d'un pays est de se prononcer pour ou contre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Paris, Librairies-imprimeries réunies, coll. « Bibliothèque parlementaire », 1902, 2^{ème} édition. Classiquement, l'abstention n'est pas considérée par cet auteur comme une expression politique.

28. Aux termes de l'article 49 de la Constitution de 1946, la confiance ne pouvait être refusée qu'à la majorité absolue des députés, mais le texte sur lequel portait l'engagement de la responsabilité était adopté ou rejeté dans les conditions de droit commun. Le point qui faisait problème provenait de la dissociation du texte sur lequel le Gouvernement engageait son existence de la question de confiance proprement dite. Le gouvernement dont le projet était repoussé à la majorité simple n'était pas contraint constitutionnellement de démissionner mais ne bénéficiait plus de majorité pour gouverner. Le nœud de la contradiction se trouvait dans les abstentions qui, n'entrant pas dans le décompte des suffrages exprimés, permettaient à une minorité de battre le Gouvernement dans un scrutin où les seuls votes pour et contre étaient pris en considération. « Acte apparemment dépourvu d'agressivité, l'abstention équivalait dans les scrutins [sic] serrés à un vote hostile sans qu'on puisse lui imputer la responsabilité de la crise », notent ainsi Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, coll. « Domat, droit public », Paris, 2004, p. 259. L'article 49 aliéna 3 de la Constitution de 1958 comble cette faille dans la mesure où le Premier ministre engage la responsabilité du gouvernement sur le vote d'un texte (articulation entre engagement de responsabilité et vote d'un texte) - comme on le sait ce texte ne peut plus être, depuis la révision constitutionnelle de juillet 2008, qu'« un projet de loi de finances ou de financement de la Sécurité sociale » - qui est « considéré comme adopté » à moins qu'une motion de censure ne soit déposée et votée dans les conditions prévues à l'alinéa 2. La censure ne peut être prononcée qu'à la majorité absolue et seuls les députés qui l'approuvent prenant part au scrutin, les abstentionnistes sont donc présumés soutenir le Gouvernement tant qu'ils ne prennent pas la responsabilité de le censurer. L'abstention a bien la portée d'une expression politique.

la sorte, les députés qui ne participent pas au vote sont présumés approuver le Gouvernement, y compris ceux, qui, dans ce scrutin tenu dans les conditions ordinaires, se seraient simplement abstenus. Ici encore les abstentionnistes se joignent aux absents...²⁹

En tout état de cause, n'étant pas la violation d'une règle juridique sanctionnable par un juge, le discours juridique semble condamné à rester muet. Dès lors se pose cette question iconoclaste : peut-on aborder l'abstention électorale du point de vue du droit ? La pertinence d'une telle approche se joue d'abord dans la faillite explicative des grandes lectures de ce phénomène qu'il nous faut donc présenter en préalable (I). Au rebours des habitudes, ce travail propose donc un désenclavement de l'abstention électorale du champ de la sociologie électorale et de la science politique *stricto sensu*. La thèse d'une telle étude porte donc prioritairement sur l'autonomie d'un discours juridique relatif à l'abstention électorale. Il s'agit non d'épuiser un sujet bien lourd d'implications mais de poser quelques jalons d'une réflexion à poursuivre. En d'autres termes, il s'agit davantage de dessiner un tracé par la construction d'un réseau d'interrogations, non sans d'ailleurs esquisser quelques éléments de réponse, que d'édifier *in toto*. Après avoir posé les fondements d'une conception juridique de l'abstention (II), nous nous limiterons donc à l'étude de quelques traits de la nature juridique du droit d'abstention (III).

29. L'abstentionnisme électorale peut ainsi recouvrir la question de l'absentéisme. Le cas est paradigmatique pour les parlementaires. Dans les propositions du Comité technique pour la Réforme de l'État figuraient déjà le vote obligatoire pour les députés, sous peine de sanction. Voir sur ce point, Jacques Bardoux (dir), *La France de demain. Son gouvernement, ses assemblées, sa justice*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936, p. 157. On peut lire également Dominique Andolfatto, « Quand les abstentionnistes s'expriment », *Revue politique et parlementaire*, n° 960, juillet-août 1992, p. 40-46.

I. Prolégomènes : les grandes lectures de l'abstention électorale

Présentée parfois comme l'expression d'un défaut d'intégration³⁰, comme une forme de contestation politique³¹, comme l'expression d'un comportement stratégique ou rationnel³², comme une modalité d'une stratégie de « défection »³³ ou encore comme une déviance comportementale³⁴ en voie de normalisation³⁵, la pratique abstentionniste apparaît, on le voit, extrêmement fuyante. Chaque discipline scientifique offre en fait son explication du phénomène : les disciples du *rational choice* voient en tout électeur un rationaliste qui décide volontairement de ne pas entrer sur le « marché » ; les approches sociologiques

30. Voir Daniel Gaxie, *Le cens caché, Inégalités culturelles et ségrégation politique*, Paris, Seuil, 1978. Selon cet auteur, l'acte de vote doit s'analyser comme l'effectuation d'une compétence. Cette position, dans le droit fil des analyses de Pierre Bourdieu, revient à considérer que le suffrage universel est toujours en fait un suffrage censitaire puisque les « dominés » intégrant leur incompétence à s'exprimer préfèrent s'abstenir.

31. Françoise Subileau, « L'abstentionnisme, apolitisme ou stratégie », in Nonna Mayer (dir.) *Les modèles explicatifs du vote*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 245-267 ; et du même auteur avec la collaboration de Marie-France Toinet, *Les chemins de l'abstention*, Paris, La découverte, 1993. Pour un intéressant compte-rendu « beardien » de cet ouvrage, voir Walter Dean Burnham, « Heurs et malheurs de la participation électorale. À propos des chemins de l'abstention », *Revue française de science politique*, 1994, vol. 44, n° 4, p. 670-678.

32. Raymond Boudon, « Le paradoxe du vote et la théorie de la rationalité », *Revue française de sociologie*, 1997, vol. 38, n° 2, p. 217-227, mais aussi André Blais, *To Vote or Not to Vote. The Merits and Limits of Rational Choice Theory*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000.

33. Albert O. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty*, Mass., Harvard University Press, 1970, trad. française de Claude Besseyrias, *Défection et prise de parole. Théorie et applications*, Paris, Fayard, coll. « L'espace du politique », 1995. La « loyauté » des citoyens vis-à-vis des institutions représentatives semble s'être considérablement amoindrie, entraînant des stratégies de « défection » au premier rang desquelles figure l'abstention électorale.

34. Voir Yves Déloye, *Les voix de Dieu, Pour une autre histoire du suffrage électoral : le clergé catholique français et le vote (XIX^e-XX^e siècle)*, Paris, Fayard, coll. « L'espace du politique », 2006. L'auteur montre bien, pour la période qui l'occupe, que le fidèle catholique a certes le devoir de ne pas *mal* voter, mais aussi celui de voter. Il souligne ainsi la prétention de l'Église de sanctionner religieusement les formes de déviance électorale, dont l'abstention.

35. L'indifférence politique peut se mesurer à l'aune des inscriptions sur les listes électorales et de la participation politique. Or cette dernière devient, dans certains endroits, minoritaires et l'abstention majoritaire. En d'autres termes, l'abstentionnisme devient une norme comportementale. On peut se reporter à l'investigation sociologique dans un quartier de Saint-Denis de Céline Braconnier et Jean-Yves Dormagen, *La Démocratie de l'abstention*, Paris, Gallimard, coll. « Folio "Actuel" », 2007. Ces auteurs pointent le risque que la majorité sociale ne devienne qu'une minorité électorale en raison de l'abstention. Plus largement, il faut rappeler que l'abstention introduit la possibilité que la majorité électorale ne soit qu'une déformation de la majorité politique.

offrent souvent des explications quasi-déterministes en soulignant les convergences entre le statut social et la participation électorale ; les politologues préfèrent établir des liens de causalité entre l'impact des enjeux politiques, la nature des scrutins et l'échelle de la participation, etc. Si les explications se recourent parfois³⁶, elles ont la particularité de toutes porter sur les causes de l'abstentionnisme, comme nous allons le préciser. Il va sans dire que notre propos n'a aucune prétention à l'exhaustivité, perspective tout aussi prétentieuse qu'insensée – qui épuise d'ailleurs bien plus souvent le lecteur que le sujet –, mais il consiste plus prudemment à privilégier quelques grandes lectures de l'abstention.

A. Les partisans de l'abstention : un nœud convergent d'opposants

Comme le constate Seymour Lipset, « la nécessité de taux élevés de participation paraît avoir (...) toute la force de l'évidence »³⁷, en ce sens qu'une participation élevée est conçue comme le support indispensable d'un bon fonctionnement démocratique. Le postulat premier de la participation électorale est ainsi qu'elle constitue « un indice de la bonne santé de la démocratie »³⁸. Une faible participation lors des élections suscite alors des lamentations bientôt transmuées en récriminations plus ou moins larvées.

Certains auteurs ont pourtant cherché à renverser l'argument en soutenant qu'une participation élevée illustre une situation de crise politique ou, à tout le moins, ont cherché à couper le lien naturellement établi entre l'importance de la participation et son rapport à la démocratie. Quelques voix discordantes viennent ainsi nier les effets délétères d'un abstentionnisme conçu alors comme le reflet d'une démocratie apaisée³⁹.

Dans cette perspective, Samuel Huntington, défendant la thèse d'un optimum de participation, explique que « le fonctionnement d'un système politique

36. Par exemple, le constat de corrélation entre les probabilités de voter et l'âge, la situation familiale et le statut professionnel a conduit Alain Lancelot à soutenir que la participation électorale dépend de « l'intégration sociale » et l'abstention d'une « faiblesse » de cette intégration.

37. Seymour M. Lipset, *L'homme et la Politique*, Paris, Éditions du Seuil, 1963, p. 240.

38. Françoise Decaumont, « L'abstentionnisme dans les élections nationales sous la V^e République », in Christophe Boutin, Frédéric Rouvillois (dir.), *L'abstention électorale, apaisement ou épuisement ?*, colloque du Centre, Caen, 29 et 30 novembre 2001, Paris, Office d'Édition Impression Librairie, 2002, p. 19.

39. Jean-Pierre Esteoule soutient, par exemple, qu'un « fort taux d'abstention est plutôt bon signe pour la démocratie », *Nouveau discours sur l'histoire universelle : Tradition & Modernité*, Paris, Pierre Chalmin éditeur, 2004, p. 59.

démocratique requiert généralement une certaine mesure d'apathie ou de non participation de certains individus et de certains groupes (...) ». De même qu'il y a des limites potentielles à l'extension économique indéfinie, « il y a aussi des limites potentielles souhaitables à l'extension indéfinie de la démocratie politique »⁴⁰. Cette vue qu'il est possible de subsumer sous le vocable de « conservatisme prudentiel » demeure tout de même relativement peu répandue⁴¹. Il s'agit en tout cas d'une reprise marginalement actualisée des thématiques déployées par les libéraux du 19^{ème} siècle pour contester l'universalisation du suffrage. Une trop forte participation entraînerait l'entrée en jeu d'abstentionnistes perturbateurs par nature, hostiles au principe démocratique par principe, ignorants de fait du système politique par déterminisme.

Judith Shklar a également interrogé la dimension démocratique du credo participationniste en notant qu'« il y a une certaine ironie dans le paradoxe d'une citoyenneté démocratique idéale qui ne séduit pas les gens qu'elle est supposée servir »⁴². En d'autres termes, cet auteur souligne le paradoxe qui veut que seule une élite se préoccupe d'un idéal participatif que la majorité des individus délaisse. En ce sens, « l'appel à une démocratie participative classique peut, dès lors, être tout sauf démocratique, parce qu'elle ne correspond pas plus aux aspirations de la majeure partie des Américains aujourd'hui que dans le passé »⁴³. L'idée d'une abstention comme signe de satisfaction, d'apaisement de la démocratie contemporaine, voire d'expression même de la démocratie⁴⁴, est

40. Samuel Huntington, « The United States », in Michel Crozier, Samuel Huntington, Joji Watanuki (ed.), *The Crisis of Democracy*, New York, New York University Press, 1975, p. 114-115.

41. On la retrouve dans l'appréciation de Robert Dahl : « L'augmentation rapide de la participation électorale dans les dernières années de la République de Weimar n'en fit pas une « meilleure » démocratie et ne permit pas à Weimar de résoudre ses problèmes. Plutôt associée à d'autres facteurs, elle transforma une expérience de démocratie en un système monstrueux avec des taux très élevés d'une participation particulière où l'apathie n'était encouragée que dans les camps de concentration », « Further Reflections on the Elitist Theory of Democracy », *American Political Science Review*, juin 1966, p. 301. Nous reprenons ici la traduction donnée par Françoise Subileau et Marie-France Toinet dans « L'abstentionnisme en France et aux États-Unis : méthodes et interprétations », in Daniel Gaxie (dir.), *Explication du vote. Un bilan des études électorales en France*, Paris, Presses de la fondation nationale des Sciences politiques, 1985, p. 192.

42. Judith Shklar, *American Citizenship. The Quest for Inclusion*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1991, p. 12 (trad. française, *La citoyenneté américaine. La quête de l'intégration*, Paris, Calmann-Lévy, 1991).

43. *Ibid.*, p. 30. Paul Magnette rappelle à bon escient que J. Shklar s'en tient à une analyse essentiellement instrumentale de la démocratie dans *Judith Shklar. Le libéralisme des opprimés*, Paris, Michalon, coll. « Le bien commun », 2006, p. 90.

44. Le moment électif concentre certaines tensions qu'il semble impossible de lever. L'élection est le moment paradoxal de l'affirmation d'une égalité ontologico-juridique entre les citoyens

par ailleurs étayée par l'augmentation substantielle de la participation électorale à des moments extraordinaires⁴⁵. Une abstention électorale illustrerait ainsi un état d'apaisement, une absence de conflits majeurs⁴⁶ dans une communauté politique. De même, force est de constater que des forts taux d'abstention ne sont pas de nature à affecter en pratique la stabilité d'un régime. À ce titre, l'exemple des États-Unis demeure archétypique. De l'autre côté de l'échiquier politique, brochant sur une version abâtardie des philosophies du soupçon, l'abstention constitue une valeur refuge. L'abstention électorale permettrait en effet de déchirer le voile d'illusion qui entoure la souveraineté populaire en illustrant son mensonge et en dénonçant son absence de réalité. L'impératif démocratique se formule ici en termes de mystification⁴⁷.

(les gouvernants sont choisis *par* et *parmi* les futurs gouvernés), mais aussi l'actualisation et, plus radicalement, la perpétuation de la distinction entre gouvernants et gouvernés. En un sens, l'élection rehausse le citoyen en souverain en imposant aux gouvernants l'épreuve de la soumission pour rabaisser le premier en sujet une fois ce moment passé. Dans ces perspectives, l'abstention apparaît davantage comme un visage de la démocratie comprise comme une dynamique de récusation radicale de toute forme hiérarchique que comme un symptôme d'un dysfonctionnement démocratique. Inversement, s'abstenir peut également s'analyser comme une tentative de se maintenir en apesanteur au-dessus des contingences politiques, comme un refus de « prendre parti ». Dans ce dernier cas, l'abstention électorale consacre ici implicitement le refus du conflit et donc de la démocratie entendue comme institutionnalisation du conflit.

45. Ainsi, l'éventualité de l'arrivée de la gauche au pouvoir et la prévision d'une marge très faible entre les deux camps lors des élections législatives de 1978 ou encore la présence au second tour du candidat d'extrême droite lors de l'élection présidentielle de 2002 peuvent expliquer un taux d'abstention très faible. François Clanché a ainsi relevé que près de 4,8 millions de personnes (12 % des inscrits) qui n'avaient pas votées au premier tour de l'élection présidentielle de 2002 se sont déplacées au second, « La Participation électorale au printemps 2002. De plus en plus de vote intermittents », *INSEE Première*, n° 877, janvier 2003. Dans la même logique, l'abstention massive lors du référendum portant sur le quinquennat du 24 septembre 2000 est présentée comme une « approbation passive » par Olivier Duhamel dans son article « Confiance institutionnelle et défiance politique : l'a-démocratie française », in Olivier Duhamel, Philippe Méchet (dir.), *L'état de l'opinion, 2001*, Paris, Le Seuil, 2001, p. 70-71.

46. Un accroissement soudain du taux de participation constitue ainsi l'indice d'un état de tension comme pourrait le démontrer le second tour de l'élection présidentielle française de 2002, puis son inflexion notable lors des élections législatives qui l'ont suivi constituer le signe d'un apaisement retrouvé.

47. C'est le mot d'ordre du plus mauvais Sartre (« Élection, piège à cons ») qui est sous-tendu par l'idée, notamment défendu par Lénine que l'élection est un instrument d'acceptation de sa propre servitude. Jacques Rancière juge dans une perspective proche qu'il « n'est pas vrai que l'on assiste à une irrésistible progression de l'abstention. Il y aurait plutôt lieu de voir l'indice d'une admirable constance civique dans le nombre élevé d'électeurs qui persistent à se mobiliser (...) », *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique éditions, 2006, p. 83.

B. La version utilitariste ou l'abstention comme acte de raison

La théorie des choix rationnels qui érige, en raison même de ses prémisses, tout acte irrationnel en paradoxe, ne pouvait en définitive que faire de l'acte de voter une forme paradigmatique. Ce « paradoxe du vote », qui a pu être qualifié de façon assez énigmatique « d'énigme philosophique fort sérieuse »⁴⁸, n'est en réalité qu'une illustration des propres déficiences des théories du *rational choice*⁴⁹. Les partisans de ce courant⁵⁰ ont enfermé l'énigme de la participation en ces termes : la probabilité qu'un vote influe sur les résultats est si faible que les « coûts »⁵¹ de participation devraient rationnellement dissuader les citoyens de se déplacer. On est pourtant tenté de dire : et pourtant, ils votent ! Ce raisonnement fondamentalement utilitariste débouche sur l'inutilité du vote puisque l'influence de chacun est infinitésimale sur le résultat électoral final⁵². La raison n'est donc pas dans le vote mais dans l'abstention. Cette approche s'épuise dans la prise en compte des coûts formels (déplacement jusqu'au bureau de vote, temps consacré au détriment d'autres activités...) en ignorant les coûts réels de l'abstention (devoir accompli, sentiment d'appartenance à une communauté, estime de soi, actualisation de son rapport aux identifica-

48. Jean-Pierre Dupuy, « La Loterie à Babylone. Le vote, entre procédure rationnelle et rituel », in *Le Débat*, mars-avril 2002, n° 119, p. 12.

49. On lira avec beaucoup de profit l'article de Pierre Merle où il interroge de façon critique la pertinence de l'application des concepts économiques néo-classiques aux comportements électoraux, « L'homo politicus est-il un homo oeconomicus. L'analyse économique du choix politique : approche critique », *Revue Française de Science Politique*, vol. 40, n° 1, 1990, p. 64-80.

50. Parmi une littérature très dense, on se reportera de façon générale à Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper and Row, 1957. L'ouvrage pionnier sur le vote reste celui d'Angus Campbell et al., *The American Voter*, New York, Wiley and sons, 1967. Citons également Hilde Himmelweit (ed.), *How Voters Decide*, London, Academic Press, 1984. Sur les conditions d'émergence de cette École du Michigan, voir les remarques factuelles de Michel Crozier dans *Le mal américain*, Paris, Fayard, 1980, p. 50 et s. Enfin, outre les travaux classiques de Jon Elster, on peut se reporter, en français, à sa leçon inaugurale du Collège de France où il traite directement de la question de l'abstention électorale, *Raison et Raisons*, Paris, Collège de France-Fayard, 2006.

51. Ces « coûts » peuvent être, notamment, les éventuelles démarches préalables d'inscription sur les listes imposées par la législation ou encore la perte de temps nécessairement engendrée par la votation.

52. On pourrait tout à fait renverser l'argument et considérer que les individus ont le sentiment que leur propre voix est très importante et qu'ils ne doivent pas la donner facilement. Une démarche individuelle suivant paradoxalement une logique de l'universalisation peut être considérée, dans la même logique, comme présidant à l'incitation du vote. Voir, en ce sens, Jean-François Laslier, *Le vote et la règle majoritaire. Analyse mathématique de la politique*, Paris, CNRS éditions, 2004, p.

14. L'idée peut se résumer simplement en cette formule : si je ne vais pas voter, personne n'ira.

tions patriotiques et politiques ; crainte de la réprobation familiale ou de son environnement social...). Cette vision des « profits » de la participation semble donc trop réductrice – cette approche de l'électeur rationnel ne constitue qu'une déclinaison de la réduction de la pluralité humaine à la source matricielle de l'intérêt raisonnable – en ignorant certains « coûts », pour parler le même langage « scientifique », propres à l'abstention.

C. Les versions libérales et républicaines

Ces deux versions se fondent ultimement sur la césure conceptuelle entre l'homme et le citoyen dont on sait combien elle fut porteuse de lourds investissements – et pas seulement pour les libéraux orthodoxes⁵³ – et qui se trouve ici redoublée par la déconnection entre l'électeur et le citoyen. La liberté négative, disons hobbesienne, représente aujourd'hui la liberté libérale alors que la liberté positive, disons rousseauiste, représente la liberté républicaine. Une lecture libérale de l'abstention sera articulée autour de l'idée qu'elle est certes fâcheuse si elle prend des proportions trop grandes mais qu'en définitive il peut s'agir d'une forme d'autorégulation, une main invisible tempérant les excès possibles d'une masse trop considérable d'électeurs. Les partisans d'une approche républicaine, aujourd'hui intuitivement partagée, seront les contempteurs de cet « individu libéral ». Ce dernier, tout entier tendu vers la satisfaction de ses intérêts propres, se replierait sur sa sphère privée en délaissant sa⁵⁴ sphère publique qu'est sa citoyenneté. Dans la perspective de ces deux sphères, le grossissement de la sphère privée, reflet des progrès de l'individualisme, imputerait d'autant sur la dimension de la sphère publique, entendue ici comme espace public. L'abstention serait ainsi une conséquence naturelle, sinon mécanique, de cette tectonique des sphères (privée et publique), et une déclinaison du puissant phénomène de l'individualisme.

Les droits de l'individu joueraient ici contre les devoirs du citoyen⁵⁵.

53. Dans ses *Lettres écrites de la Montagne*, Rousseau a cette formule : « Ce qui fait la misère humaine est la contradiction [...] entre l'homme et le citoyen. » Cette contradiction se mue en claire opposition dans le programme éducatif de l'*Émile* : « Entre un homme et un citoyen il faut choisir... »

54. On dira « sa » sphère publique puisqu'il s'agit ici d'une dimension irréductible de l'identité moderne de l'individu.

55. Joël Roman, « Une société citoyenne », in Philippe Herzog, Blandine Kriegel, Joël Roman, Dominique Voynet (dir.), *Quelle démocratie, Quelle citoyenneté ?*, Paris, Les éditions de l'Atelier, 1995. L'auteur note que « le citoyen n'a pas de pire adversaire que l'individu » (p. 63) et donne une double signification au repli démocratique : une indifférence aux affaires publiques mais aussi un réflexe de protection.

Implicitement, le découpage des droits et des devoirs s'alignerait, non sans radicaliser l'entaille de la rupture, sur celui opéré entre individu et citoyen. Ainsi, les droits des individus s'opposeraient aux devoirs des citoyens, tout en les débordant. En d'autres termes, l'individu contemporain avec ses droits s'imposerait sur le citoyen et ses devoirs. Une morale au contenu républicain se heurterait ainsi aux principes libéraux d'organisation du vote. Cette vue, pour séduisante qu'elle soit, ne jette au mieux que quelques lueurs sur un sujet beaucoup plus complexe. D'abord, l'abstention semble *a priori* procéder d'un refus d'exercer un *droit* libéral, celui de voter qui n'est que secondairement et dans le cadre d'une *morale* républicaine un devoir. Ensuite, la séparation du public (citoyen) et du privé (homme) est marquée par une tension redoublée par une incertitude sur la consistance effective de la citoyenneté. Enfin, le libéralisme politique a consisté, selon la belle formule de Pierre Manent, à « délivrer l'homme du gouvernement direct sans le délier de la société »⁵⁶. C'est dire que la coupure opérée entre la société (individu) et l'État (citoyen), pouvant être légitimement considérée comme constitutive de la modernité⁵⁷, ne doit pas être comprise de façon trop tranchée, ni d'ailleurs comme impliquant l'idée d'une moindre incidence du pouvoir politique sur les individus.

Cette diversité de lecture de l'abstention électorale illustre pour ce qui nous intéresse les impasses d'une analyse essentiellement causale de l'abstentionnisme (méthode partagée du « portrait-robot »). La présentation de ces différentes lectures doit donc nous convaincre non de la plus grande pertinence de l'une d'entre elles, mais des limites des analyses causales de l'abstention devant conduire à privilégier une analyse juridique qui porte, quant à elle, davantage sur les conséquences de l'abstention.

56. Pierre Manent, « Révolution française, Révolution libérale », in Christian Stoffaës (dir.), *Psychanalyse de l'antilibéralisme, Les Français ont-ils raison d'avoir peur ?*, Paris, Éditions Saint-Simon, Institut d'Histoire de l'Industrie, 2006, p. 84.

57. Maurice Barbier, *La modernité politique*, préface de Marcel Gauchet, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2000.

II. Les affinités électives entre le droit et l'abstention électorale : du phénomène abstentionniste au droit d'abstention

La théorie politique a communément interprété l'abstention électorale comme une pathologie du fonctionnement démocratique. La théorie juridique a communément érigé l'abstention en négatif de l'obligation juridique d'agir pour rendre compte des impératifs d'action⁵⁸. S'il est possible d'étudier le régime juridique d'une action, celui d'une abstention semble par nature impossible. Pourtant, on sait que le droit pénal a érigé certaines abstentions en infractions – la non-assistance à personne en danger en est la version la plus connue – et si le droit civil est essentiellement un droit des obligations, il devient tentant de voir le droit électoral, en raison des progrès de l'abstention électorale, devenir aujourd'hui progressivement un droit de l'abstention... Nos efforts se déploieront en direction d'une ébauche de définition juridique de l'abstention électorale (A) avant de dégager son régime juridique (B).

A. Vers une définition juridique de l'abstention

Dérivant étymologiquement du terme d'abstinence⁵⁹, l'abstention électorale désigne en gros un phénomène de non-participation à un scrutin. C'est bien ce qu'attestent différentes tentatives de définition.

Le *Dictionnaire du vote* s'ouvre – ruse de la raison alphabétique – sur la notion d'« abstention ». Françoise Subileau, l'auteur politiste de cette entrée, nous en donne la définition suivante : « Comportement électoral atypique lorsqu'elle n'est pas subie, [qui] exprime le refus de l'offre politique d'un moment donné, dans une conjoncture particulière. » Si l'auteur en relativise immédiatement le caractère *atypique* devant le constat des progrès actuels de l'abstention, elle le condamne sévèrement sur l'idée que « l'abstention remet en cause le fonctionnement démocratique des institutions et la représentativité du personnel politique »⁶⁰. Les lexiques de termes juridiques se révèlent naturellement plus tech-

58. Gweltaz Guiavarc'h, *Abstention et obligation d'agir en droit public*, Université de Rennes, 1995. Cette thèse porte plus précisément sur l'initiative d'agir en droit public.

59. Le terme d'« abstention » est un emprunt au dérivé latin *abstentio*, d'abord attesté sous la forme *astension* (1160) signifiant « abstinence » (au sens de s'interdire quelque chose), refait en abstention. Mot juridique qui désigne depuis le milieu du XIX^{ème} siècle (première occurrence en 1863) le fait de ne pas s'exprimer lors d'une votation. Voir sur ce point Alain Rey (dir.), *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2004, tome I, p. 11.

60. Françoise Subileau, « Abstention », in Pascal Perrineau et Dominique Reynié (dir.), *Diction-*

niques. La définition de l'abstentionnisme électoral est rendue dans le *Lexique des termes juridiques* par ces termes : « Phénomène de non-participation à une élection ou à un référendum qui se définit par la différence entre le nombre des électeurs inscrits et le total des votants (suffrages exprimés + bulletins blancs et nuls). »⁶¹ De façon plus générale, l'abstention est présentée comme le « non-exercice d'un droit ou d'une fonction, non-exécution d'un devoir ; parfois licite (ex : abstention électorale, fait de ne pas voter au sein d'une assemblée délibérative, AN, règlement article 66), l'abstention peut constituer une faute civile (ex : ne pas donner l'alerte si on constate un commencement d'incendie dans un local inhabité), ou pénale (abstention délictueuse) »⁶². Comme l'atteste cette dernière tentative, l'abstention peut être juridiquement présentée comme un « droit », une « fonction », un « devoir » ou encore une « faute ». Cette relative indétermination se fait l'écho de controverses doctrinales passées sur lesquelles nous allons revenir, mais elle souligne déjà l'absence d'unité conceptuelle de cette notion juridique.

Il faut rappeler d'abord que le phénomène de l'abstention relève de la physique électorale et est quantifiable par soustraction. En effet, il s'agit de soustraire le nombre de votants des inscrits pour le mesurer. L'abstention électorale désigne ainsi précisément « la non-participation au scrutin d'un certain nombre d'électeurs inscrits et possédant la jouissance du droit de vote »⁶³. Lors d'un dépouillement, les bulletins blancs⁶⁴ et nuls sont comptabilisés et sont annexés au procès verbal dressé par les responsables des bureaux de vote. Mais ils n'apparaissent pas dans le résultat officiel où n'est mentionné que le nombre des électeurs inscrits, le nombre de votants, les suffrages exprimés (l'ensemble des bulletins moins les votes blancs et nuls). L'abstention procède ainsi de la différence mathématique

naire du Vote, Paris, PUF, 2001, p. 1.

61. Serge Guinchard et Gabriel Montagnier (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 11^{ème} édition, 1998, p. 2

62. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 4^{ème} édition, 2003, p. 5-6.

63. Jean-Paul Charnay, *Théorie et pratique du suffrage politique en France, Élection parlementaires, Élection présidentielle, Référendums*, Thèse dactylographiée, Paris, (sans date), p. 178. On se reportera spécifiquement au Titre II intitulé « La manifestation de volonté du corps électoral et le principe de la liberté du pouvoir de suffrage », p. 165 et s. L'auteur rappelle justement que le civisme n'est pas seulement une adhésion aux règles de l'ordre social, une adhésion au pouvoir mais surtout un générateur de pouvoir.

64. À noter que la proposition d'intégrer les bulletins blancs aux suffrages exprimés impliquerait une révision de la Constitution puisque l'article 7 de la Constitution de 1958 dispose que le président de la République est élu à « la majorité des suffrages exprimés ». Au second tour, avec deux candidats, l'intégration des suffrages blancs rendrait impossible l'obtention d'une telle majorité.

entre le nombre d'électeurs inscrits au départ et le nombre de votants effectifs au final (suffrages exprimés + bulletins nuls ou blancs). Il faut alors noter que les non-inscrits faussent le taux d'abstention. Calculé par rapport au nombre d'électeurs inscrits, l'abstention est structurellement sous-évaluée⁶⁵.

L'inscription est une condition essentielle : si on réunit toutes les conditions juridiques pour être électeur, « on a la jouissance de l'électorat mais on n'en a pas l'exercice »⁶⁶. La qualité d'électeur appartient aux nationaux français des deux sexes et aux citoyens de l'Union européenne, autres que les ressortissants français, qui possèdent la majorité électorale et qui jouissent de leurs droits civils et politiques, sans être frappés d'une incapacité prévue par la loi. C'est l'article L. 9 du Code électoral qui précise que « l'inscription sur les listes électorales est obligatoire », des décrets en Conseil d'État devant en régler les conditions d'application. Nul ne peut donc voter s'il n'est inscrit sur une liste électorale. Peuvent accomplir cette démarche « tous les nationaux français majeurs, des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques »⁶⁷. En droit français, l'inscription est la toute première démarche obligatoire à remplir pour voter dans la mesure où le droit de vote reste une faculté à actualiser. La participation électorale est bien un droit mais pas une obligation juridique : « Participer à la vie démocratique est un droit et sans nul doute un devoir, un devoir civique, mais un devoir et non une obligation juridique, pénalement ou administrativement sanctionnée. »⁶⁸ La seule sanction de la non-satisfaction de cette obligation est celle de ne pouvoir participer au scrutin. Pour les jeunes atteignant l'âge de la majorité, une procédure d'inscription d'office a été établie par la loi du 10 novembre 1997 (article 11-1 du Code électoral). Une demande explicite n'est nécessaire que de la part de ceux qui ont été radiés de des listes électorales suite à un changement de domicile ou de résidence ; ceux qui ont acquis le droit de vote (étrangers ayant obtenu la nationalité française) ou qui l'ont recouvré (à la fin de la période d'interdiction des droits civiques ou par l'effet d'une amnistie etc.). Pierre Bréchon, dans *La France aux urnes*, insiste ainsi sur l'intime imbrication des phénomènes de non-inscription et d'abstention, les non-inscrits étant nécessairement des « abstentionnistes obligatoires »⁶⁹. Les études les plus

65. 10 % de personnes ne sont pas inscrits sur les listes électorales selon Pierre Bréchon, *La France aux urnes*, Paris, La documentation française, coll. « Les études de la documentation française », 2003. Il s'agit d'un chiffre stable sur le moyen terme de deux décennies mais qui n'en demeure pas moins assez lourd.

66. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, É. de Boccard, tome IV : l'organisation politique de la France, 1924, 2^{ème} édition, p. 38.

67. Tels sont les termes de l'article 3 alinéa 4 de la Constitution du 4 octobre 1958.

68. Jean-Yves Vincent et Michel de Villiers, *Code électoral 2008*, Paris, Litec, 2007, p. 16.

69. Pierre Bréchon, *La France aux urnes. Cinquante ans d'histoire électorale*, Paris, La documenta-

récentes de sociologie électorale⁷⁰ insistent toutes sur l'incidence de la question de l'inscription électorale pour lutter contre l'abstention électorale⁷¹.

Seuls les électeurs inscrits sur les listes électorales qui ne prennent pas part au scrutin sont donc recensés comme abstentionnistes. On qualifie de non-inscrits les citoyens qui se trouvent privés de leurs droits politiques du fait d'un défaut d'inscription. Leur nombre, en France, est évalué en 2005 à environ 9 % des électeurs potentiels soit environ quatre millions de citoyens français disposant de leurs droits politiques.

L'abstentionnisme peut se mesurer et donc se définir de deux manières : au sens restreint, il est calculé par rapport aux inscrits ; au sens large, il inclut les non-inscrits. Dans son *Précis d'anti-électorisme élémentaire*, Raoul Vilette soutient que l'abstentionnisme électoral désigne « la non-participation au scrutin ou [le] dépôt d'un bulletin blanc ou nul »⁷². Si cette définition est assurément erronée d'un point de vue politique, elle semble tout à fait pertinente d'un point de vue juridique. En effet, l'abstention apparaît à l'instar du vote blanc ou du vote nul dénué de toute force juridique. En effet, si la reconnaissance du vote blanc fut inscrite en droit français dans l'article 30 du décret du 2 février 1852 (reprise dans la loi du 29 juillet 1913 et devenue l'article L. 66 du Code électoral), elle n'équivaut pourtant pas à lui donner une quelconque valeur juridique, ce qui a pour effet essentiel de ne pas pouvoir juridiquement le distinguer ni du vote nul ni de l'abstention. Politiquement, un électeur qui vote blanc n'est assurément

tion française, coll. « Les études de la documentation française », 1998, p. 17. Voir plus largement p. 21-42. Il rappelle que s'il y a des non-inscrits, il y a aussi des mal-inscrits, c'est-à-dire des personnes inscrites loin de leur domicile et donc à forte probabilité abstentionniste, sans parler des faux-inscrits...

70. Pour Céline Braconnier et Jean-Yves Dormagen, c'est bien « au stade de l'inscription que se joue aujourd'hui largement l'(auto-)exclusion électorale des milieux populaires », *La démocratie de l'abstention. Aux origines de la démobilisation en milieu électorale*, op. cit., p. 392. Les développements les plus intéressants de l'ouvrage concernent, selon nous, le rapport déculpabilisé à l'abstention, ce que les auteurs appellent pertinemment « le relâchement de la norme participationniste ».

71. Voir l'étude du Centre d'analyse stratégique intitulée *Non-inscrits, mal-inscrits et abstentionnistes - Diagnostic et pistes pour une réforme de l'inscription sur les listes électorales*, Paris, La documentation française, 2007. Sur la séquence 2002-2007 et pour ce qui relève des « milieux populaires », les auteurs de cette étude notent que « l'essentiel en matière de participation se joue dans l'inscription sur les listes électorales » (p. 60). Les « biens inscrits sont (presque) toujours des votants, le maintien de hauts niveaux de mobilisation pourrait être facilité par la mise en œuvre d'une inscription (et d'une réinscription) d'office s'appliquant de manière universelle » (p. 61). En d'autres termes, les auteurs se prononcent pour une inscription juridique d'office comme moyen de lutter efficacement contre la faiblesse des mobilisations électorales, en tout cas dans certaines franges de la population.

72. Raoul Vilette, *Précis d'anti-électorisme élémentaire (120 motifs de ne pas aller voter)*, Paris, Les nuits rouges, 2007, p. 3

pas un abstentionniste alors que juridiquement l'électeur qui vote blanc est un abstentionniste dans la mesure où le vote blanc n'entre pas dans la catégorie juridique des « suffrages exprimés ».

Au milieu du siècle dernier, Pierre Montané de la Roque s'interrogeait déjà sur la possibilité « de proposer une théorie générale de l'abstention en droit public »⁷³. Une telle ambition n'a pas encore trouvé son débouché doctrinal⁷⁴ et force est de constater que la notion d'abstention se trouve dans un relatif flou conceptuel en raison du peu d'investissement que la doctrine a cru devoir lui accorder.

Ce n'est donc pas dans la doctrine du droit électoral mais dans la doctrine administrative qu'il faut chercher des éléments pour nous aider à accomplir cet effort de définition. Juridiquement, la notion d'abstention est comprise classiquement comme une notion dépourvue de toute autonomie. Ainsi, selon Charles Eisenmann, la catégorie de conduites ou comportements comme « l'inaction, l'abstention, n'est qu'une notion négative d'une notion positive : une inaction, une abstention, c'est simplement la négation d'un acte, d'une action. Autrement dit, il ne s'agit pas d'une notion primaire, originaire et indépendante, il s'agit d'une notion seconde et dépendante : l'inaction, l'abstention, ne peut se penser qu'en fonction, qu'en référence à un acte, à une action. C'est en somme purement et simplement une action niée ; c'est la notion d'une action ou d'un acte précédée du signe moins »⁷⁵. Cette approche se situe dans le droit fil des développements de Hans Kelsen sur ce chapitre. Ainsi, pour le maître viennois, on ne « peut parler d'une « abstention » seulement en relation avec une action bien déterminée : on s'abstient seulement d'une action bien déterminée. Une norme, qui *commande* une certaine action, *interdit* de s'abstenir de cette action ; une norme qui *commande* de s'abstenir d'une action déterminée, *interdit* cette action »⁷⁶. Cette position devenue classique revient à considérer que l'abstention

73. Pierre Montané de la Roque, *L'inertie des pouvoirs publics*, Université de Toulouse, Toulouse, Imprimerie Moderne, 1950, p. 4. Cette thèse de droit s'articule autour d'une intuition profonde – et précocement pertinente – qui veut qu'après les menaces d'abus de la puissance publique, la plus grande menace pour les libertés soit celle de l'impuissance publique, comprise comme la forme la plus répandue de l'arbitraire des pouvoirs publics.

74. On peut ainsi se reporter à une tentative de théorisation de Gaston Jèze, « Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public », *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, 1905, p. 764 et s. sous les arrêts du Conseil d'État, *Mathieu* du 28 juillet 1905 et *Ducreux et Zill-Desilles* du 7 août 1905. Ce travail repose sur la distinction entre les individus revêtus d'une « fonction publique » et les individus qui jouent un « rôle public ». L'auteur défend l'idée que l'électeur n'exerce pas une telle fonction en se fondant tout simplement sur le régime juridique de l'électorat en France.

75. Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, tome 1, p. 365.

76. Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani, Paris, PUF,

n'est pas un objet autonome mais simplement la face inversée d'un impératif juridique d'action. Pourtant, force est de constater que le droit oblige parfois à l'abstention et que cette abstention est alors un impératif d'action – de non action en l'occurrence. Juridiquement, une abstention est alors jugée fautive ou illégale dans la mesure où elle relève d'un manquement à une obligation juridiquement préexistante et plus précisément à une obligation de faire, c'est-à-dire une obligation d'accomplir un acte juridique et/ou matériel⁷⁷.

1. L'abstention : droit et/ou fonction ? La querelle révolue entre électorat-droit et électorat-fonction

On a pu observer, nous l'avons dit, que si les juristes depuis les années 50 se montrent peu intéressés par l'abstention⁷⁸, lorsqu'ils le sont, ils vont se ranger au nombre, déjà important, de ceux qui en dénoncent le fait comme un symptôme d'une pathologie démocratique. Si le phénomène de l'abstention électorale intéresse la doctrine publiciste de la Belle époque, cet intérêt n'est qu'indirect. Les critiques tiennent moins, contrairement à ce que l'on pourrait croire, à des motifs tirés de la théorie de la souveraineté nationale et de son succédané l'électorat-fonction qu'à des justifications concrètes tenant au fonctionnement du régime représentatif et à la pratique du suffrage universel⁷⁹. Ce constat est en effet surprenant car tous les grands auteurs de cette époque se sont longuement penchés sur l'opposition entre souveraineté populaire et souveraineté nationale. Les juristes abordent en effet classiquement la question de l'électorat et donc de l'abstention sous le prisme d'une distinction canonique entre électorat-fonction et électorat-droit, qui est elle-même le produit d'une conceptualisation entre ces deux types de souveraineté⁸⁰. Si l'abstention est juridico-compatible avec la théorie de l'électorat-droit, elle est en opposition avec les exigences de l'électorat-fonction.

Dans les deux cas, la question est de savoir si l'octroi du droit de suffrage engendre pour l'électeur un droit subjectif ou une fonction de puissance publi-

coll. « Léviathan », 1996, p. 119.

77. Voir Denise Dorlencourt-Detragiache, *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, Thèse Paris II, 3 volumes, 1972.

78. Alain Laquièze, « L'abstentionnisme dans la doctrine publiciste française du XX^{ème} siècle », in Christophe Boutin, Frédéric Rouvillois (dir.), *L'abstention électorale, apaisement ou épuisement ?*, *op. cit.*, p. 95.

79. *Ibid.*, p. 71.

80. Nous renvoyons le lecteur intéressé aux manuels de droit constitutionnel pour une présentation approfondie de la distinction.

que. Dans ce dernier cas, l'abstention devient impossible, l'électeur titulaire d'une fonction publique doit l'exercer.

Tout d'abord, la formalisation même de cette opposition est critiquable. Par exemple, la doctrine de l'électorat-droit se ramène à un syllogisme qui peut se présenter en ces termes : le titulaire d'un droit est libre de l'exercer ou non, l'électorat est un droit, par conséquent le citoyen peut s'abstenir. La mineure et la majeure sont sujettes à caution. Tous les droits ne sont pas facultatifs en droit et il en est d'autres dont l'exercice est obligatoire (droit de participer à un jury de justice). Léon Duguit notait d'ailleurs dès 1918 dans son *Manuel de droit constitutionnel*, comme pour mieux souligner la fragilité de cette distinction, que « dans la conception française, l'électeur est à la fois titulaire d'un droit et investi d'une fonction ; l'électorat est un même temps un droit et une fonction. Le droit est le droit à la reconnaissance de la qualité de citoyen, droit qui entraîne le pouvoir de voter (...). La fonction est le pouvoir conféré à un certain individu, investi de la qualité de citoyen, d'exercer une certaine fonction publique qui s'appelle le vote. La conséquence principale qui résulte de ce que l'électorat est une fonction, est que l'électeur est obligé de voter, comme tout fonctionnaire est obligé de remplir la fonction dont il est investi. Cependant, en France l'obligation du vote n'a pas encore été sanctionnée par la loi positive »⁸¹. Duguit s'appuyait sur la loi du 2 août 1875 qui avait établi le vote obligatoire pour les sénateurs pour considérer que « cette obligation existe déjà dans la conscience des hommes ; et certainement elle sera consacrée par la loi positive dans un avenir très prochain ». Or, si les propositions n'ont pas manqué, force est de constater qu'elles n'ont jamais abouti. Pour Maurice Hauriou, l'électorat est à la fois un droit et une fonction, comme chez Duguit, mais contrairement à lui, il énonce que l'électorat est un droit avant d'être une fonction⁸². La relativisation de la distinction passe ici par le truchement d'une hiérarchisation.

81. Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1918, p. 140. Voir aussi Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, É. de Boccard, tome IV : l'organisation politique de la France, 1924, 2^{ème} édition, p. 38. Raymond Carré de Malberg contestera vivement cette façon de voir les choses dans sa *Contribution à la Théorie générale de l'État*.

82. Hauriou cerne bien le glissement du vote – « suffrage » selon le terme qu'il préfère, certainement parce qu'il convient au gouvernement représentatif comme au gouvernement direct – en droit individuel. Le vote en devenant un pouvoir d'assentiment se mue en droit individuel. Mais pour lui, il joue une fonction sociale dans l'opération collective du scrutin, en clair « il a le droit individuel de participer à cette opération ; mais, dans l'opération elle-même, il devient un fonctionnaire ; il l'est quand il entre dans l'isoloir pour voter, aussi que lorsqu'il s'assied à une table de scrutateurs ; il l'est en ce sens qu'il existe un *quorum* de votants nécessaire pour l'existence d'une majorité au premier tour », *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 2^{ème} 1929, p. 566.

Ensuite, appréhender la question de l'abstention dans les termes de l'opposition que l'on peut qualifier de structurante entre l'électorat-droit et l'électorat-fonction relève d'une démarche qui a perdu de sa vertu heuristique. Le droit constitutionnel positif s'est chargé de dire « le vrai » et l'article 3 de la Constitution de 1958 selon lequel « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum »⁸³ a semble-t-il définitivement fané cette controverse.

Enfin, il y a tout bien pesé peu d'intérêt à recourir à l'idée d'un droit et pas plus à l'idée d'une fonction pour caractériser l'électorat. La préservation de la liberté civile est un des buts du pouvoir mais la liberté politique est un privilège qui même s'il ne connaît pas de limites *a priori* à son extension, est toujours lié à la position sociale de celui qui l'exerce : l'électeur d'Edmund Burke exerce ainsi moins un droit qu'il ne remplit une fonction. En dernière analyse, l'opposition entre droit ou fonction reposait largement sur la dissociation entre liberté politique et liberté civile. Cette thématique a disparu avec la réelle, bien que relative, disparition de cette dissociation. Une autre voie consiste justement à se demander si l'abstention est un droit et/ou une liberté.

2. L'abstention : droit et/ou liberté ?

Le vote apparaît avant tout comme une liberté devant garantir l'individu du pouvoir politique⁸⁴. Le droit de vote est d'abord une liberté de vote. Le titulaire d'un droit, s'il n'est pas maître du contenu de ce droit, est maître de son exercice. Comme on le sait, cherchant à extraire un critère d'identification⁸⁵ d'une « liberté publique », Jean Rivero va notamment opposer les libertés publiques aux droits de l'homme en posant que la liberté constitue « un pouvoir d'auto-

83. L'article 3 de la Constitution de 1958 conjoint dans son libellé les deux types de souveraineté rendant ainsi la distinction constitutionnellement caduque.

84. Voir notamment sur ce point Olivier Ihl, *Le vote*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs », 2^{ème} édition, 2000. On peut également se demander si le droit de vote est un droit individuel ou ce que Claude Lefort appelle une « liberté de rapport » ? Claude Lefort considère en effet que les libertés collectives (les libertés de pensée, de réunion) sont des « libertés de rapport », c'est-à-dire des attributs de l'espace public démocratique. Ainsi revenir sur ces libertés, c'est moins violer les droits individuels que mettre en danger la démocratie.

85. L'objet de son propos est ici d'assurer l'autonomie des libertés publiques par rapport au droit. Il part donc d'une définition d'une liberté – dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle est aussi rapide qu'équivoque notamment au regard d'une définition essentiellement sociologique du droit – devant lui permettre d'aboutir à une telle distinction sans pour autant déconnecter totalement le droit des libertés.

détermination »⁸⁶. La liberté est donc affaire individuelle (« La liberté est un pouvoir que l'homme exerce sur lui-même ») et se décline dans le cadre d'une simple alternative : un pouvoir d'agir (action) ou de « n'agir pas » (abstention). L'auteur opère ainsi une césure ontologique entre les libertés entendue comme pouvoirs de se déterminer soi-même et les autres droits, pouvoirs d'imposer un comportement positif à d'autres ou à la collectivité (les droits créances). La liberté est un « pouvoir » qu'exerce l'homme sur lui-même tandis qu'un droit est un pouvoir qu'exerce l'homme sur les autres (sur autrui ou sur la société). Au regard d'autrui, une liberté n'a que des conséquences négatives – au contraire des droits – qui passent par « l'obligation de respecter, par l'abstention, le jeu de la liberté des autres »⁸⁷.

Alors que l'on a le sentiment qu'émerge une distinction entre des libertés-pouvoirs et des droits-pouvoirs, Rivero fait signe vers une autre distinction en opposant les libertés entendues comme des pouvoirs d'un individu de s'autodéterminer à d'« autres droits » opposables à autrui. S'il s'agit d'« autres droits », alors ces libertés-pouvoirs sont aussi des droits et on peut parler comme le fait Hugues Moutouh de « droit-liberté »⁸⁸ en les opposant aux droits-créances. En tout état de cause, l'obligation juridique du droit de vote apparaît comme une contradiction dans les termes. Selon les catégories de Jean Rivero, il faut convenir que l'abstention est un droit tout comme le vote. Le vote obligatoire est un non-sens puisque le droit de vote est un droit-liberté qui traduit un pouvoir d'agir ou de ne pas agir et que la liberté réside précisément dans cette option. *En tant que tel, le droit de vote ne saurait donc être obligatoire sous peine de ne plus être un droit.* L'abstention est ainsi l'expression d'une liberté comme il est un droit. Si comme nous le soutenons l'abstention électorale est bien un droit, alors elle entraîne des effets juridiques et est dotée d'un véritable régime juridique.

86. Jean Rivero, Hugues Moutouh, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2003, 9^{ème} édition, tome I, p. 5 et s.

87. *Ibid.*, p. 6

88. Hugues Moutouh « Présentation », in Christophe Boutin, Frédéric Rouillois (dir.), *L'abstention électorale, apaisement ou épuisement ?*, op. cit., p. 15.

B. Le régime juridique de l'abstention électorale

Participation et abstention ne sont pas seulement les faces inversées d'une même médaille⁸⁹, même si c'est bien dans le taux de participation et donc d'abstention que se joue tant la légitimité du système électif que la validité juridique d'un scrutin.

L'abstention électorale produit des effets juridiques. Si cette affirmation relève de l'évidence pour ce qui concerne le droit administratif, il faut encore le démontrer pour ce qui est du droit électoral. Tel est l'enjeu de ces développements.

Pour le droit administratif, les analyses sur l'abstention portent prioritairement sous l'angle du principe de légalité. Ce principe impose certes le respect par l'administration des règles juridiques dans les actes positifs qu'elle accomplit mais il peut imposer également des obligations d'agir⁹⁰. Le régime juridique de l'abstention est alors considéré comme un pan du régime juridique des obligations d'agir. L'abstention se présente ainsi juridiquement comme l'absence de satisfaction d'une obligation d'agir. Toute abstention, juridiquement appréhendée, n'est pourtant pas constitutive d'une illégalité. En droit administratif, pour un exemple parmi d'autres, si l'administration ne s'est pas prononcée dans un délai donné sur une demande de permis de construire, le demandeur devient titulaire d'un permis tacite. Le régime juridique de l'abstention tend souvent à se concentrer sur la marge d'appréciation laissée à l'administration. On considérera donc que lorsqu'un texte prescrit à l'administration de prendre une mesure, celle-ci est juridiquement tenue d'agir. Son abstention est alors susceptible d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours en responsabilité. Comme on le sait, la police administrative est un terrain d'exercice privilégié pour cette obligation d'agir. La jurisprudence admet ainsi que l'autorité de police « méconnaît ses obligations légales » lorsque « à raison de la gravité du péril résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publiques, cette autorité publique n'ordonne pas les mesures indispensables pour faire cesser ce péril grave »⁹¹. Au contraire, en l'absence d'un dispositif légal précis, l'administration est considérée comme

89. René Rémond, dans sa préface à la thèse publiée d'Alain Lancelot, note à juste titre que l'abstention est certes « l'envers » mais aussi « le corollaire de la participation », *L'abstentionnisme électoral en France*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Cahiers de la Fondation nationale des Sciences Politiques, n° 162, 1968, p. IX.

90. Par exemple, André de Laubadère, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1980, 8^{ème} édition, p. 264.

91. CE, 23 Octobre 1959, *Doublet*, avec les conclusions d'A. Bernard, *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, 1959, p. 1235.

ayant une « opportunité d'agir ». L'administration apprécie librement cette « opportunité d'agir » qui comprend l'abstention de toute action. La distinction classique entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire rend compte de la légalité d'une abstention de l'administration⁹².

Le juge administratif peut parfois rencontrer la question de l'abstention électorale mais toujours à la marge. Dans un arrêt de 2004⁹³, le Conseil d'État a ainsi jugé que l'abstention ou la participation d'un électeur n'est pas l'expression d'une opinion politique au sens de la loi informatique et libertés. L'information relative à la participation ou à l'absence de participation d'un électeur à un scrutin n'est pas couverte par la protection particulière garantie aux opinions politiques par la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Le droit électoral français connaît les « absents »⁹⁴, mais pas les « abstentionnistes ». S'il est bien certain qu'empiriquement ces derniers participent factuellement de la première catégorie, ils n'en relèvent pas juridiquement. Le droit électoral ne connaît les « absents » que par leur procuration, c'est-à-dire en quelque sorte par leur représentation et donc leur présence. Les abstention-

92. Si la compétence liée fait perdre à l'administration sa faculté d'agir et donc de s'abstenir, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire consiste dans l'édition d'une décision ou dans l'abstention de toute décision. Il convient pourtant de distinguer plus précisément entre l'initiative de l'acte et son contenu, comme le fait Gweltaz Guiavarc'h (*Abstention et obligation d'agir en droit public, op. cit.*, p. 362). Il complexifie la relation entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire en expliquant que « même si l'administration avait dans toutes les hypothèses la faculté d'agir, elle n'en aurait pas pour autant toujours un pouvoir discrétionnaire ; il y a bien au contraire nombre d'hypothèses où l'administration a en effet le choix entre l'action et l'abstention – ce choix étant laissée à sa seule appréciation – mais où une fois l'action décidée, se retrouve encadrée par des motifs légaux prédéterminés, autrement dit, en situation de compétence liée » (*Ibid.*, p. 363).

93. CE 10 mars 2004, *M. Colman*, avec les conclusions de Sophie Boissard, *AJDA*, 2004, p. 1036. Nous remercions vivement Sébastien Miller d'avoir porté cet arrêt à notre connaissance. La participation ou non d'un électeur n'est pas une opinion au sens de l'article 31 de la loi du 6 janvier 1978 car l'abstention « ne donne par elle-même aucune indication sur la nature des convictions politiques » d'un citoyen dans la mesure « où l'attitude de l'électeur est susceptible de recevoir de multiples explications (...) », selon les termes du commissaire du gouvernement. La pluralité des causes de l'abstentionnisme le conduit à considérer qu'il est impossible d'en tirer une quelconque conclusion sur les opinions politiques des personnes concernées.

94. André et Francine Demichel insistent d'ailleurs sur le fait que « le problème du vote des absents est l'un des plus complexes du droit électoral, et peut-être l'un des plus mal résolus » en raison de deux impératifs contradictoires qui pèsent sur lui : celui de permettre l'exercice du droit de vote aux électeurs ayant une raison juridiquement légitime de ne pouvoir se rendre dans le bureau de vote et celui d'éviter que ce régime dérogatoire ne favorise le vote d'électeurs fictifs faussant la sincérité du scrutin, *Droit électoral*, Paris, Dalloz, coll. « Manuels Dalloz de droit usuel », 1973, p. 188.

nistes sont donc les seuls qui soient vraiment absents, c'est d'ailleurs comme cela qu'on les reconnaît. Il ne faut pas croire pour autant que l'abstention soit sans incidence sur le régime juridique de l'« absence électorale ». C'est bien sous couvert d'une lutte contre l'abstentionnisme électoral que le gouvernement (voir par exemple l'ordonnance du 8 décembre 1993 prise avant les élections européennes et régionales de 1994) a entendu ouvrir quasiment sans limite la détermination des électeurs pouvant revendiquer le bénéfice du vote par procuration. L'électeur n'est ainsi plus tenu de fournir des justificatifs délivrés par des autorités officielles et il lui suffit de remplir une attestation sur l'honneur dont le contrôle des modalités de mise en œuvre apparaît, en pratique, pour le moins limité. Ironie de l'histoire, il est amusant de constater que la banalisation du vote par procuration atténue le principe du vote personnel des électeurs au moment où le vote personnel des parlementaires est enfin devenu effectif, conformément à l'article 27 de la Constitution de 1958.

Commençons par le cas de l'abstention d'un conseiller municipal à remplir les fonctions pour lesquelles il a été élu, qui emporte comme conséquence, si l'abstention est prolongée et sans excuses valables, la démission d'office de l'élu (art. L. 2121-5 du CGCT⁹⁵).

Il faut également rappeler au préalable que le phénomène d'abstention a parfois des causes juridiques comme la radiation, c'est-à-dire une décision juridique, des listes électorales. L'électorat est d'abord considéré comme une dignité ce qui exclut les individus frappés d'une certaine condamnation. L'article L. 6 du Code électoral dispose ainsi que « ne doivent pas être inscrits sur la liste électorale, pendant le délai fixé par le jugement, ceux auxquels les tribunaux ont interdit le droit de vote et d'élection, par application des lois qui autorisent cette interdiction ». D'assez nombreuses dispositions du Code pénal prévoient une telle interdiction temporaire du droit de vote et d'élection, mais elle doit toujours être fixée par une décision expresse de justice.

Surtout, l'abstention joue un rôle juridique dans la mesure où le droit électoral a suspendu la validité juridique des élections à un certain pourcentage de

95. L'article L. 2121-5 du Code général des collectivités territoriales dispose : « Tout membre d'un conseil municipal qui, sans excuse valable, a refusé de remplir une des fonctions qui sont dévolues par les lois, est déclaré démissionnaire par le tribunal administratif. Le refus résulte soit d'une déclaration expresse adressée à qui de droit ou rendue publique par son auteur, soit de l'abstention persistante après avertissement de l'autorité chargée de la convocation. Le membre ainsi démissionnaire ne peut être réélu avant le délai d'un an ». Parmi un abondant contentieux, n'est pas considéré comme un refus d'exercer une fonction dévolue par la loi, l'absence répétée aux séances du conseil municipal (CE, 6 novembre 1985, Maire de Viry-Châtillon). Un tel refus doit résulter soit d'une déclaration expresse soit d'une abstention persistante (TA, Amiens, 18 juillet 2002, *Commune Léglantier*).

votants⁹⁶. L'abstention joue ainsi un rôle non négligeable dans la proclamation des résultats⁹⁷. L'abstention est ainsi un des facteurs qui – parmi d'autres facteurs comme par exemple celui de l'éligibilité – détermine la validité juridique d'une élection. Ainsi, toutes les dispositions du droit électoral qui imposent un nombre minimum de suffrage recueillis par rapport au nombre des inscrits, plutôt qu'au nombre des suffrages exprimés (cf. article L. 126 pour les députés ; article L. 193 pour les membres du conseil général ; article L. 253 pour les conseillers des communes de moins de 3 500 habitants ou encore l'article L. 294 du Code électoral pour les sénateurs désignés dans les départements où doivent être élus trois sénateurs au moins) font référence aux électeurs inscrits plutôt qu'aux suffrages exprimés pour garantir que l'élu bénéficie d'un socle de suffrage suffisamment représentatif de la population. Ainsi aucun député, conseiller général ou municipal ne sera élu au premier tour de scrutin s'il n'obtient la majorité absolue des suffrages exprimés et un nombre de suffrage égal au quart du nombre des électeurs inscrits. À noter qu'au second tour, cette double condition expire et l'obtention de la majorité relative seule suffit.

Retenons le contentieux découlant de l'article L. 193 du Code électoral qui dispose que nul n'est élu membre du Conseil général au premier tour de scrutin s'il n'obtient la majorité absolue des suffrages exprimés et un nombre de suffrages égal au quart de celui des électeurs inscrits. A été jugé d'ordre public, le moyen tiré de ce que le nombre des suffrages obtenu par le candidat déclaré élu est inférieur au quart des électeurs inscrits (CE, 2 juin 1961, *Élection cantonale Saint-Louis-de-Marie-Galante* : Rec. CE, Tables, p. 1054). Il appartient au juge de l'élection, pour le calcul du quart des électeurs inscrits, de retrancher du nombre des électeurs inscrits les électeurs décédés avant la date du scrutin (CE, 6 mai 1921, *Élections d'Arjew* : Lebon 448, 28 octobre 1983, *Joly* : Lebon T. 733), mais non de se prononcer sur le point de savoir si doivent être radiés de la liste électorale des électeurs inscrits dans d'autres cantons. Si le nombre des électeurs inscrits n'est pas divisible par 4, il convient de retenir le quart du multiple de 4 immédiatement supérieur à ce nombre (CE, 10 mars 1976, *El. Cant. de Saint-André* : Lebon T. 925). De même, pour les conseillers municipaux, le Conseil d'État a jugé que la majorité absolue requise au premier tour est celle des suffrages exprimés et non des votants (CE 23 février 1966, *Élections municipales de Rochetoirin* : req. n° 67115). Un nombre de suffrage égal au quart de celui des électeurs inscrit : une candidate qui, à l'issue du premier tour d'un scrutin, a obtenu un nombre de voix inférieur au quart du nombre des électeurs inscrits

96. Charles Henri Sévène, *L'abstentionnisme politique en France*, Paris, Éditions de Babel, 1953, p. 33.

97. Bernard Malignier, *Droit électoral*, Paris, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2007, p. 448 et s.

ne peut être proclamée élue et ne peut utilement se prévaloir, pour demander la validation de son élection, ni de la faible participation au scrutin, ni de l'obtention par elle de la majorité absolue des suffrages exprimés, ni de l'obtention d'un nombre de voix plus faible par les autres conseillers municipaux élus au second tour lors des mêmes opérations, ni de la tenue prochaine des élections municipales (CE, 29 novembre 2000, *Élections municipales partielles de Wailly* (Pas-de-Calais) req. n° 220510 : Lebon T. 1011 ; Coll. Terr., février 2001, n° 32, p. 15, note Moreau : l'annulation est prononcée dans le cas où dans une commune de moins de 3 500 habitants, le candidat élu au premier tour n'a pas obtenu un nombre de suffrages égal au quart des électeurs inscrits).

Juridiquement, l'abstentionnisme désigne donc l'attitude d'un électeur qui exerce son droit de vote en ne votant pas, conformément à la loi. En d'autres termes, l'abstention est un droit contenu dans le droit de vote dans la mesure où ce dernier n'est juridiquement qu'une faculté de vote. Le droit de vote comprend bien en lui-même le droit d'abstention⁹⁸. Il reste à voir comment s'articule ce droit d'abstention avec le régime démocratique et étudiant quelques traits de la nature du droit d'abstention.

98. On retrouve d'ailleurs cette idée chez Joseph Proudhon qui fustigeaient justement ceux qui dénonçaient l'abstention en estimant qu'ils « mutilaient eux-mêmes la puissance électorale, en frappant de réprobation l'une des facultés les plus importantes, et dans certains cas la plus efficace, de l'électeur », *Ceuvres complètes, nouvelle édition publiée avec des notes et des documents inédits. Contradictions politiques. Les démocrates assermentés et les réfractaires. Lettre aux ouvriers en vue des élections de 1864. Si les traités de 1815 ont cessé d'exister ?*, Paris, Rivière, 1952, p. 45-46.

III. Éléments de la nature du droit d'abstention

Pour paraphraser une formule bien connue, on peut soutenir que le régime représentatif est le régime le moins démocratique à l'exception de tous les autres⁹⁹. Le régime représentatif démocratique est travaillé par une tension irréductible que vient illustrer en creux l'abstention électorale. Comme tout régime politique, la démocratie moderne est en effet une modalité d'institutionnalisation de la défiance, mais elle se singularise en étant le seul régime dont le fonctionnement et la légitimité ne peuvent reposer ultimement que sur la confiance des citoyens. Celle-ci passe inéluctablement par l'intériorisation de normes comportementales et par l'extériorisation à échéances régulières de l'acceptation de cette institutionnalisation du conflit que seule réalise la démocratie constitutionnelle. Le vote ne s'épuiserait donc pas dans une expression politique mais condenserait également en lui l'acceptation de la règle du jeu¹⁰⁰. On pourrait dire : quand faire son acte électoral, c'est dire sa citoyenneté. Dans cette perspective, l'abstention fait craindre que l'élection ne soit plus qu'un sondage, c'est-à-dire littéralement l'expression d'un échantillon – et même de moindre qualité qu'un sondage ordinaire dans la mesure où sa représentativité sera absolument aléatoire¹⁰¹.

Aux perspectives – apparemment – épuisées des grands soirs, beaucoup préfèrent aujourd'hui s'enivrer aux prévisions des nouveaux matins grâce à l'avènement de la « démocratie participative ». Les nouveaux sorciers de la politique se lancent ainsi dans des invocations pour faire advenir ce « nouvel esprit » de la démocratie, qui apparaît, tout bien pesé, davantage comme une forme révolue de la politique que comme une forme renouvelée¹⁰². Pour autant, la résur-

99. Si on doit rappeler classiquement, à l'instar de John Dunn, que la démocratie représentative est la « manière d'assurer la démocratie pour l'État moderne » (« Démocratie: l'état des lieux », in Marcel Gauchet, Pierre Manent, Pierre Rosanvallon (dir.), *La pensée politique, Situation de la démocratie. Démocratie: l'ancien et le neuf L'historicisme et ses ennemis Passé Présent*, Hautes Études, Paris, Gallimard-Le Seuil, n° 1, 1993, p. 84.), on doit surtout prendre conscience du fait que le régime représentatif entretient avec le régime démocratique des relations éminemment complexes.

100. On retiendra, par exemple, cette formule d'Olivier Ihl : « Si l'on vote pour un candidat, l'on vote *plus encore* pour l'institution même du vote. », *Le Vote*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 17 (souligné par nous). En ce sens, l'abstention électorale équivaut avant tout à une désertion civique ou citoyenne.

101. Jacques Antoine insiste sur les indéniables améliorations des techniques d'échantillonnage et d'enquête (*Histoire des sondages*, Paris, Odile Jacob, 2005) même si, nous le savons, les sondages ne seront jamais complètement immunisés de toute critique.

102. La démocratie participative donnerait un ainsi « nouvel esprit » à une démocratie représentative finissante ou en tout cas déclinante. On peut lire cependant, parmi une littérature de

gence d'une telle thématique de la participation, même revêtue des manteaux sémantiques du moment, illustre significativement une certaine forme d'épuisement moins d'ailleurs spécifiquement de la représentation politique que plus généralement des médiations¹⁰³. On ne compte plus les analyses qui, à l'instar de Georges Burdeau, reposent sur l'idée que l'abstention électorale illustre « le décalage entre la façade des institutions et la réalité qu'elle recouvre »¹⁰⁴. Pour le droit, l'abstention est jusqu'à un certain point, c'est-à-dire le point au-delà duquel il invalide une élection, un phénomène factuel sans conséquence. Dans les faits, l'abstention électorale semble rendre sensible l'ampleur de la déchirure entre le pays légal et le pays réel. Sont ainsi traditionnellement imputés à l'abstention électorale, à la fois une remise en cause spécifique du pouvoir de la majorité (A), et plus largement la mise à mal du fonctionnement de la démocratie représentative (B).

A. Universalité du suffrage et pouvoir majoritaire aux défis de l'abstention

Si de façon générale, comme le souligne Robert Dahl, « les élections sont tout à fait inefficaces en tant qu'indicateurs des préférences d'une majorité »¹⁰⁵, au fil des progrès de l'abstentionnisme se profile la perspective d'une négation du principe majoritaire, constitutif du fonctionnement des régimes politiques

qualité très inégale mais globalement décevante, le petit ouvrage de Loïc Blondiaux, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Paris, Le Seuil, coll. « La république des idées », 2008. Sa critique (partielle) de la démocratie participative est interne : ses nouvelles formes de participation ont le plus souvent pour résultat sinon pour finalité de maintenir en place les logiques et les structures de domination politique traditionnelle.

103. On devrait dire combien l'idée de *distance* se situe au cœur du constitutionnalisme moderne et combien les tendances démocratiques contemporaines tendent à affecter lourdement une telle idée.

104. Georges Burdeau, *Traité de la Science Politique, tome X, La rébellion du social*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1977, p. 107. Il précise son propos en ces termes : « La façade, c'est le principe selon lequel au terme d'une consultation électorale nationale, c'est le peuple tout entier qui s'est prononcé ; la réalité c'est que, si l'on chiffre la consistance, ce peuple ne représente au mieux que 80 % et, au pire à peine 50 % du nombre des citoyens qui remplissent les conditions légales pour prendre part au scrutin. » Michel Balinski insiste également de façon appuyée sur la forte torsion entre le principe constitutionnel d'égalité de suffrage et sa traduction pratique, pour ce qui concerne le projet de redécoupage des circonscriptions électorales emporté par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, dans « Projets électoraux : le droit rencontre les mathématiques », *Recueil Dalloz*, n° 3, 2009, p. 183-186.

105. Robert Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, University Press of Chicago, 1956, p. 131.

modernes¹⁰⁶. Suscitée par la pratique démocratique même, l'abstention serait ainsi de nature à permettre une « prise » du pouvoir par une minorité. Ainsi, en juin 2006, la Catalogne a voté un nouveau projet de statut d'autonomie à 73,90 %. Pourtant, cette autonomie élargie a été ternie par une abstention de 50,59 %. Loin de considérer que seule la légitimité du projet était en cause, les responsables du Parti populaire (l'opposition de droite) ont considéré que le statut catalan était anticonstitutionnel. L'addition des abstentions et des « non » à la question référendaire ferait que 2/3 des électeurs l'auraient rejeté.

A priori, l'universalité du suffrage semble inéluctablement atteinte lorsqu'une part non négligeable d'électeurs refuse de prendre part effectivement au vote. Le suffrage universel, entaché d'un trop grand nombre d'abstentions, deviendrait une forme effective de suffrage restreint. Pour autant, l'universalité du suffrage est un principe constitutionnel qui signifie simplement que les conditions d'accès à l'exercice du droit de suffrage ne sont pas déterminées par des conditions de naissance, de fortune ou d'instruction. L'abstention, ce retrait de la « scène électorale » en tant qu'il est volontaire¹⁰⁷ apparaît le seul conforme aux impératifs démocratiques et ne saurait se confondre avec une restauration du suffrage censitaire. L'abstention apparaît comme un mode de sélection naturelle de la participation au contraire d'une sélection artificielle et donc encore moins légitimement arbitraire. La question décisive n'est pas celle de l'obtention d'un droit (électoral) mais de son exercice, la jouissance de cette prérogative. Le suffrage dit universel ne peut se prévaloir de cette qualité qu'en droit et, bien

106. On peut se tourner vers l'ouvrage un peu oublié du juriste Claude Leclercq, *Le principe de majorité*, Paris, Armand Colin, coll. « Droit public interne », 1970.

107. Émile Giraud estime ainsi que « les abstentionnistes représentent, dans leur ensemble, au point de vue politique, une valeur nulle et que leur non-participation à la politique, tant qu'existent les causes qui commandent leur abstention, représente non point une perte pour le pays mais une élimination salutaire, élimination qui a le caractère d'être spontanée et qui, de ce fait, est la seule possible en régime démocratique » dans « Le vote obligatoire du point de vue des principes et du bon fonctionnement des institutions représentatives », extrait de la *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, juillet-août-septembre 1931, Paris, Marcel Giard, 1931, p. 7. « Les mutilations volontaires [l'abstention] sont les plus lamentables de toutes les mutilations », lit-on également dans un article du *Le Petit Parisien* du 14 octobre 1877, cité par Paul Feuilloley, « Pour une étude méthodique des abstentions électorales », *La Revue administrative*, 18^{ème} année, janvier-février, 1965, p. 9. La figure de l'abstentionniste interpelle d'autant plus aujourd'hui qu'il est considéré comme une figure de l'exclusion : une exclusion volontaire. Les sciences sociales ont gardé, en France, des vertiges du « marxisme scientifique » quelques vestiges d'analyses sociales dont les premières pierres reposent sur des oppositions binaires assez frustrées. Ainsi le prisme d'opposition exclus / inclus est encore largement répandu dans le compte rendu de l'abstentionnisme électoral. « Les mutilations volontaires [l'abstention] sont les plus lamentables de toutes les mutilations », lit-on déjà dans un article du *Le Petit Parisien* du 14 octobre 1877 (cité par Paul Feuilloley, p. 9).

évidemment, jamais en fait. La recherche d'unanimité ne peut résider que dans l'acceptation de la procédure en raison de la pluralité irréductible des choix ultimes d'une société. Il importe que chacun donne sa voix car « c'est la participation unanime qui garantit l'efficacité du vote démocratique (...) »¹⁰⁸, selon les termes de Lucien Scubla. L'impossible unanimisme sur le fond des problèmes implique de se retrouver dans la procédure qui seule peut fonder un fond de légitimité sur la surface de ces indéterminations. L'unanimisme procédural doit ainsi venir au soutien d'un impossible consensus sur les choix.

En définitive, pour le juriste, la question de l'abstention n'emporte pas de conséquence sur le principe majoritaire. En effet, le pouvoir de la majorité, c'est toujours le pouvoir, selon les termes de Maurice Hauriou, « d'émettre la décision *au nom* de l'universalité et, par conséquent, de représenter cette universalité »¹⁰⁹. En dernière analyse, selon les termes de Bernard Manin, « la majorité doit être considérée comme valant pour l'unanimité ». En effet, « la volonté majoritaire n'est pas légitime par elle-même, elle est légitimée parce qu'on *décide* de lui conférer tous les attributs de la volonté unanime »¹¹⁰. Cette authentique décision implique le recours à la notion de fiction juridique en son sens le plus général de torsion de la réalité empirique. De façon fonctionnelle, la fiction est une relation d'équivalence, juridiquement, elle est un rapport de substitution. Ce travestissement volontaire des faits entraîne des conséquences de droit déconnectées de toute relation aux faits auxquels ils sont censés se rapporter. Pourtant, seule cette fiction permet d'assurer l'obéissance de tous (ceux qui se sont prononcés contre mais aussi les abstentionnistes et ceux qui ne sont pas titulaires du droit de vote). La source légitime de l'obligation politique réside dans la liberté individuelle¹¹¹.

108. Lucien Scubla, « Sur l'impossibilité de la volonté générale chez Rousseau », Cahiers du CREA, n° 1, octobre 1982, cité par Jean-Pierre Dupuy, *Éthique et philosophie de l'action*, Paris, Ellipses, 1999, p. 378.

109. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel, op.cit.*, p. 591 (souligné par nous).

110. Bernard Manin, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, n° 33, 1985. Bernard Manin fait figure de précurseur en France dans la promotion de la « délibération politique ». En 1985, il fait de la délibération, plutôt que la volonté générale, le principe directeur de la décision démocratique. Invité à revenir en 2002 sur son article de 1985, l'auteur explique que son propos était alors de soutenir que « le principe de légitimité démocratique doit être recherché dans le processus de formation de la volonté collective et non pas dans cette volonté elle-même », « L'idée de démocratie délibérative dans la science politique contemporaine. Introduction, généalogie et éléments critiques », *Politix, Revue des sciences sociales du politique*, 2002, vol. 15, n° 57, p. 38.

111. Voir Raymond Polin, *L'obligation politique*, Paris, PUF, coll. « SUP », 1971. Seule la liberté qui est au principe de l'obligation politique peut fournir le principe de ses limites. Le droit au consentement (*right of consent*) implique le droit au refus (*right of dissent*).

On peut enfin s'interroger sur le fait de savoir si l'abstention n'affecte pas la qualité de citoyen. Rappelons à cet égard les mots de Victor Hugo en 1850, soit deux ans après l'instauration du suffrage universel masculin : « Ce droit de suffrage sans lequel le citoyen n'est pas, ce droit, qui fait plus que le suivre, qui s'incorpore à lui, qui naît avec lui pour ne mourir qu'avec lui [...] ce droit qui est en quelque sorte la chair et l'âme du citoyen et de l'homme même. »¹¹² De même, dans un passage d'un manuel électoral du milieu du 19^{ème}, nous trouvons cette singulière formule : « Qui s'abstient s'annule. »¹¹³ L'abstention ne doit pas être comprise comme une entrée dans la catégorie des non-citoyens¹¹⁴ dans la mesure où la qualité de citoyen est déliée de toute effectivité des droits et obligations qu'elle emporte dans le domaine électoral. Juridiquement, la notion de citoyenneté ne s'épuise pas dans la qualité d'électeur¹¹⁵. Plus lourdes semblent être les conséquences de l'abstention sur le fonctionnement même de la démocratie représentative.

B. L'abstention électorale et la démocratie représentative

L'abstentionnisme électoral constitue l'« impensé » de la réflexion démocratique dans la mesure même où cette réflexion s'est adossée à l'émancipation des individus dont le vote devait constituer un des instruments institutionnels privilégiés, sinon exclusifs. Si la participation active des citoyens n'a tout sim-

112. Victor Hugo, discours à l'Assemblée nationale législative, 21 mai 1850, in *Le Moniteur universel*, 22 mai 1850, 2^{ème} édition, p. 1763. L'existence de la citoyenneté est liée à la reconnaissance du suffrage universel mais aussi à l'effectivité du droit de vote. Notons que Victor Hugo prend le soin de lier étroitement la condition d'homme à celle de citoyen.

113. Cité par Alain Garrigou, *Le vote et la vertu. Comment les Français sont devenus électeurs*, Paris, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, 1992, p. 11.

114. Un non-citoyen peut être entendu comme un résident étranger, un mineur... Sur une thématique qui demeure peu explorée voir tout de même, Guillaume Bacot, « La situation juridique des non-citoyens d'après J.-J. Rousseau », *Revue du droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, janvier-février 2000, n° 1, p. 77-99.

115. On se reportera à Paul Magnette qui rappelle qu'historiquement, la citoyenneté est d'abord la jouissance de la loi et qu'ensuite s'est imposée l'idée qu'elle recouvrait également la participation à la souveraineté populaire, *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, préface de John Dunn, Bruxelles, Bruylant, 2001. Il est clair que la relation entre citoyenneté et électorat est aujourd'hui assez complexe. Il apparaît que dans le contexte actuel, la dépolitisation ne se mesure pas à l'aune de l'abstention. En effet, en France en tout cas, le vote exprime aujourd'hui autant la désaffiliation partisane – mais non la dépolitisation – des citoyens que l'abstention. En d'autres termes, il semble qu'un nombre non négligeable d'électeurs vote davantage par conviction citoyenne que par conviction partisane.

plement pas été pensée¹¹⁶, il existe tout de même des préjugés qui tapissent le sentier de la condamnation de l'abstention. On considère ainsi de façon assez consensuelle que le suffrage universel ne suffit pas à garantir la démocratie, encore faut-il qu'il soit réellement représentatif¹¹⁷. En d'autres termes, s'impose intuitivement l'idée que la qualité de la représentation s'inscrit dans une stricte dépendance du niveau de la participation.

Pour autant, la logique inhérente au schème représentatif exclut radicalement une telle vue dans la mesure où elle exclut toute possibilité d'une appréciation qualitative. Il est en effet rigoureusement impossible de démontrer l'existence d'une mauvaise représentation dans la simple mesure où, par nature, il n'existe aucun point d'appréciation pour le faire. Pour bien le comprendre, il faut revenir à l'auteur décisif sur cette question : Hobbes. Est-ce en effet les représentés qui créent leurs représentants par leur désignation ou les représentants qui créent les représentés par leurs volontés ? A cette question, Hobbes répondait par cette célèbre formule : « Une multitude d'hommes devient une seule personne quand ces hommes sont représentés par un seul homme ou une seule personne, de sorte que cela se fasse avec le consentement de chaque individu singulier de cette multitude. Car c'est l'*unité* de celui qui représente, non l'unité du représenté, qui rend *une* la personne.¹¹⁸ ». Hobbes, puis Rousseau mais avec des conséquences radicalement différentes, vont considérer que c'est le représenté qui va créer le représentant car celui-ci n'a de volonté que dans et par la représentation¹¹⁹.

En introduisant l'abstention dans cette perspective, on s'aperçoit que ce sont des représentants, les électeurs, qui vont désigner les représentants, les élus. En effet, puisque les individus ne s'expriment qu'en tant qu'ils sont habilités par le droit, un électeur qui prend part au vote est une personne juridique de droit politique. À partir du moment où l'on est un électeur, on est aussi un représentant, et notamment de ceux qui s'abstiennent. De même, un élu est nécessairement un représentant de représentants et non de représentés.

116. C'est bien ce que nous pensons lire chez Catherine Colliot-Thélène dans « L'ignorance du peuple », in Gérard Duprat (dir.), *L'ignorance du peuple*, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1998, p. 17-40. On peut remarquer d'ailleurs que si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen reconnaît le droit à la liberté d'expression, elle ne contient pas de dispositions spécifiques sur l'exercice du droit de vote.

117. Voir notamment Michel Balinski, *Le suffrage universel inachevé*, Paris, Éditions Belin, coll. « Débats », 2004.

118. Thomas Hobbes, *Le Léviathan*, trad. Tricaud, Paris, Sirey, 1971, p. 166 (souligné par nous).

119. On peut lire la bonne présentation faite par Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 31^{ème} édition, 2009, p. 175 et s.

Une telle conception se retrouve dans le *Précis de droit constitutionnel* de Maurice Hauriou où il reprend à son compte une formule empruntée à Adhémar Esmein selon laquelle « [l]es électeurs sont les premiers et nécessaires représentants de la nation »¹²⁰. Ce dernier, dans la 5^{ème} édition des *Éléments de droit constitutionnel*, écrit en effet dans une formule saisissante : « Les citoyens actuellement existants ont nécessairement l'exercice de la souveraineté, mais ils n'en ont que l'exercice : ils sont en quelque sorte les premiers et nécessaires représentants de la souveraineté nationale.¹²¹ » Si Hauriou cite sans grande précision Esmein, qui ne parle pas d'électeurs mais de citoyens – or c'est précisément dans cet écart que gît la possibilité de l'abstention – il tire également d'Esmein des choses que ce dernier ne dit absolument pas – ceci n'est d'ailleurs qu'un constat et non une critique tant la vie intellectuelle se nourrit d'incompréhension et de distorsion de la pensée d'autrui. Chez Esmein, cette formule ne peut se comprendre qu'à la lumière de la distinction qu'il opère entre la nation et les individus qui la composent, pour rendre compte de l'idée de souveraineté nationale – c'est-à-dire distincte des individus qui la composent et qui comprend « le développement de générations successives »¹²². Ainsi, la souveraineté ne se fractionne pas, ne s'aliène pas et demeure, écrit-il, « l'attribut indivisible, inaliénable de la nation elle-même dans le développement continu des générations successives »¹²³. Une telle approche historique fait que les électeurs, ceux qui exercent leur droit de suffrage politique, « agissent donc en réalité, non en leur propre nom, mais au nom de la nation dont ils sont les représentants ». En un sens, la position d'Esmein revient bien à considérer qu'il ne peut y avoir dans l'électorat qu'une fonction de représentation et qu'ainsi les abstentionnistes sont représentés par les électeurs.

Une telle conception peut paraître très théorique, elle est pourtant également reconnue par le droit positif¹²⁴. Par sa décision 85-195 DC, *Évolution de la*

120. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 553. Hauriou remarque que la formule d'Esmein a disparu des éditions ultérieures. On la retrouve pourtant dans la 6^{ème} édition de 1914 revue par Joseph Barthélémy, celle qui a fait l'objet d'une réédition aux éditions Panthéon-Assas (p. 348). Cette disparition tient en tout cas, selon Hauriou, au fait qu'Esmein a « cru devoir faire du suffrage une fonction sociale » (p. 553 du *Précis*).

121. Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel Français et comparé*, Paris, Sirey, 5^{ème} édition, 1909, p. 300

122. C'est d'ailleurs dans son chapitre relatif à la « souveraineté nationale » que s'insère cette formule et pas dans celui dévolu au « gouvernement représentatif ».

123. *Ibid.*, p. 306

124. On notera que cette perspective est celle de Hans Kelsen dans, *La démocratie, Sa nature, Sa valeur*, traduction de Charles Eisenmann, préface de Philippe Raynaud, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2007.

Nouvelle-Calédonie du 8 août 1985, le Conseil constitutionnel s'est engagé dans le contrôle des découpages des circonscriptions électorales en se fondant sur le principe d'égalité du suffrage¹²⁵. Sur la question qui nous occupe, la formule du Conseil constitutionnel essentielle est celle-ci : « Le Congrès, dont le rôle comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire, doit, pour être représentatif du territoire et de ses habitants, dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur des bases essentiellement démographiques. » La base décisive retenue par le Conseil constitutionnel est de nature démographique et non citoyenne. Si l'élément pris en compte est le nombre d'habitants et non celui de citoyens ou d'électeurs, à partir du moment où on est un électeur qu'en tant que personne juridique de droit politique, on est donc un représentant de ceux qui ne votent pas. Ceux qui n'ont pas la qualité d'électeurs ou qui n'intègrent pas la catégorie juridique des « suffrages exprimés », dont les abstentionnistes, sont ainsi représentés par les premiers représentants que sont les électeurs. C'est d'ailleurs ce que soutient Maurice Hauriou lorsqu'il écrit que « fonctionnaire ou non, l'électeur reste toujours un représentant, le corps électoral également. Et la volonté électorale qu'expriment les opérations du suffrage reste elle-même un représentant de la volonté nationale »¹²⁶.

La question de l'abstention interroge aussi la consistance du corps électoral et donc du corps politique lui-même. Le glissement semble en effet permanent : la dissolution du corps électoral, notamment emportée par l'abstention, serait celle du « corps » politique lui-même. Dit différemment, l'abstention mettrait à mal la démocratie elle-même. Il faut ainsi interroger l'idée d'un évidement de la substance de la démocratie qui menace de n'être plus qu'une simple forme, et notamment sans citoyens, au moment même de son universelle acceptation.

Une des idées récurrentes qui gravitent autour du régime démocratique est celle de « désincorporation ». Il s'agirait du phénomène même du pouvoir moderne qui serait un « lieu vide ». C'est Claude Lefort qui a su le mieux dire ce refus consubstantiel au programme démocratique de s'incarner dans une totalité, dans la configuration figée d'une unité, en d'autres termes de maintenir « vide le lieu » du pouvoir. Ne pourrait-on pourtant pas suggérer, parmi bien d'autres

125. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, a rappelé que l'Assemblée nationale « doit être élue sur des bases essentiellement démographiques » par l'effet combiné des articles 1, 3 et 24 de la Constitution. Il a également souligné que ce fondement démographique doit reposer lui-même sur une répartition des sièges de députés et une délimitation des circonscriptions législatives respectant au mieux l'égalité devant le suffrage. Si le législateur peut atténuer la portée de « cette règle fondamentale », il ne peut le faire que pour des « impératifs d'intérêt général » et seulement dans « une mesure limitée ».

126. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 553.

hypothèses possibles¹²⁷, que le peuple souverain a en réalité une configuration proprement physique dans le, si symptomatiquement dénommé, *corps* électoral ? Celui-ci désigne juridiquement les personnes qui remplissent les conditions légales d'inscription et qui sont inscrites sur les listes électorales. Dans le cadre d'une formulation reçue de la dogmatique juridique le peuple est considéré dans les régimes populaires comme le pouvoir souverain originaire, mais il est aussi un organe constitué, à savoir l'électorat, le corps électoral. L'unité du souverain serait alors dans l'épaisseur du corps électoral. Le corps électoral est celui qui constitue, en ce sens, il s'agit d'un pouvoir constituant les pouvoirs constitués mais en même temps il traduit l'ambivalence d'un pouvoir constituant qui est aussi un pouvoir constitué. Joseph Barthélémy et Paul Duez considèrent ainsi que le « corps électoral est le premier et le plus important des organes constitutionnels »¹²⁸ dans la mesure où il désigne les autres organes. En conséquence, ils parlent « d'assise fondamentale de notre édifice constitutionnel »¹²⁹, mais refusent pourtant de lui assurer, à la façon de Maurice Hauriou, une place décisive dans leur théorie générale des organes de l'État.

L'idée que le peuple souverain s'incorpore – c'est-à-dire se donne corps – par l'élection se heurte certes à de fortes objections, tant il est vrai que la représentation exclut irréductiblement l'incorporation *définitive* du pouvoir. D'abord, le corps électoral n'est pas le collègue électoral, dans la mesure où l'épaisseur réelle d'un collègue électoral est totalement déconnectée de celle du corps électoral. Claude Lefort lui-même souligne également que « la démocratie moderne, pourrait-on croire, institue un nouveau pôle d'identité : le peuple souverain. Mais ce serait se leurrer de voir, avec celui-ci, rétablie une unité substantielle.

127. Nous profitons d'une métaphore utilisée par Pierre Avril pour suggérer une autre piste. Cet auteur soutient, en effet, que « la Constitution désigne, sous l'angle sous lequel on choisit de l'observer, le fondement de l'édifice politique ou le sommet de la hiérarchie juridique (...) », dans *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997, p. 157. Dans les démocraties libérales, l'individu est au fondement de l'édifice politique par la reconnaissance de ses droits et au sommet de l'ordre juridique par le principe de souveraineté populaire. Si le peuple, en tant que souverain, n'est nulle part dans les organes de l'État, il est tout entier dans la Constitution. On peut donc en tirer l'idée que dans les démocraties représentatives modernes, le corps du peuple est un autre terme pour désigner le corps constitutionnel. Cette perspective aurait certaines conséquences dont celle d'imposer la voie référendaire pour les révisions constitutionnelles.

128. Joseph-Barthélémy et Paul Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Librairie Dalloz, 1926, p. 247. L'ouvrage a été réédité aux Éditions Panthéon-Assas dans la collection « Les Introuvables » en 2004. Léon Duguit soutiendra de même que « le corps électoral est aujourd'hui l'organe suprême de l'État français » dans la mesure où tous les organes politiques, administratifs et juridictionnels dérivent directement ou indirectement de lui, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, É. de Boccard, tome IV : l'organisation politique de la France, 2^{ème} édition, 1924, p. 2.

129. Joseph-Barthélémy et Paul Duez, *op. cit.*, p. 247.

Cette unité demeure latente. On peut s'en persuader à considérer l'opération du suffrage universel. C'est précisément au moment où la souveraineté est censée se manifester, le peuple s'actualiser en exprimant sa volonté, que le social est fictivement dissous, le citoyen se voyant extrait de toutes les déterminations concrètes pour être converti en unité de compte : le nombre se substitue à la substance »¹³⁰. Si on pouvait parler des deux corps du roi, on doit parler de l'absence d'un corps du peuple. Dans cette perspective, le peuple souverain est bien un pouvoir sans corps, dans la mesure où la représentation exclut en effet l'incorporation définitive du pouvoir.

Conclusion

L'idéal démocratique repose sur l'idée que le pouvoir politique procède du peuple souverain. De même, si seule la loi que l'on s'est faite est liberté, la participation soit médiate soit immédiate à la détermination du contenu de la règle juridique devient déterminante. On en a déduit qu'il ne pouvait y avoir de démocratie sans implication du citoyen, c'est-à-dire sans individus titulaires du droit de vote *et* votant de façon effective. Pourtant, cette présentation est en décalage non seulement avec l'avènement de la démocratie moderne qui repose fondamentalement sur l'abstention de l'individu, en tout cas, son absence, puisqu'elle a pris la configuration de la représentation¹³¹, mais surtout avec l'état du droit positif car, comme nous l'avons vu, en faisant de l'abstention une modalité du droit de vote, aucune règle juridique, hors le cas singulier des élections sénatoriales, n'implique une participation effective. Il y a donc une sorte de déconnexion entre le discours juridique et le discours politique sur l'abstention électorale, entre les exigences politiques de la démocratie et leur traduction en règles juridiques.

Politiquement, l'abstentionnisme désigne l'attitude de celui qui n'exerce pas son droit de vote, tandis que juridiquement l'abstentionnisme désigne l'attitude d'un électeur qui exerce son droit de vote en ne votant pas, conformément à la loi. Le délaissement juridique du droit d'abstention et le refus de doubler l'obligation d'inscription sur les listes électorales par une obligation de participation s'alimentent, selon nous, à cette configuration paradoxale où existe une logique proprement juridique d'exclusion du vote obligatoire mais où le droit ne peut *que* proposer le vote obligatoire pour lutter contre l'abstention électorale. Il nous semble en tout cas qu'étant une expression du droit de vote, l'abstention devrait,

130. Claude Lefort, *Le temps présent. Écrits 1945-2005*, Paris, Belin, 2007, p. 466.

131. La représentation suppose nécessairement une absence puisqu'elle a précisément pour objectif de « rendre présent » ce que l'on doit bien considérer en pure logique comme une absence.

en pure logique juridique, être comptabilisée dans les calculs électoraux.

Le droit positif français se fonde sur la reconnaissance d'un droit d'abstention déconnecté de toute obligation d'agir. En effet, le Code électoral repose ultimement sur l'idée que le vote n'est obligatoire qu'en vertu d'un environnement normatif contraignant, pour les citoyens vraisemblablement les plus vertueux, mais non juridiquement obligatoire pour les autres. C'est sur ce partage implicite que l'obligation juridique d'inscription sur les listes électorales n'entraîne pas celle du vote. L'abstention électorale est donc un droit non sanctionné juridiquement, même si elle constitue encore la violation d'une norme sociale, possiblement sanctionnée de façon diffuse.

David Mongoin

Maître de conférences en droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas.