

Le Conseil Constitutionnel, conseiller en matière électorale*

Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de contentieux électoral est bien connu et l'on ne reviendra pas ici sur cette fonction qui a été étudiée de manière fort précise¹. Est moins connu, en revanche, le rôle qu'il s'est progressivement construit en suggérant au législateur, c'est-à-dire au gouvernement qui a généralement l'initiative en la matière, les modifications que lui inspire l'établissement des résultats, pour l'élection présidentielle et le référendum, ou l'apurement du contentieux pour les élections parlementaires. Disons tout de suite que ce rôle n'est pas usurpé, mais qu'il découle d'une interprétation, large mais nécessaire, des formules des articles 58 (élection présidentielle) et 60 (référendum) de la Constitution : « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité... et proclame les résultats* ». Certes, la formule qui lui donne compétence pour le contentieux de l'élection des députés et sénateurs est moins ouverte : « *Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs* » (article 59). Autrement dit, dans les deux premiers cas, il

* Publié dans « Le processus électoral, permanence et évolutions » B. Owen éd, Studyrama, 2006, pp. 52-61.

¹ Notamment par Camby, J. P., *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Dalloz, 2^e éd., 2001, p. 182 ; Maligner, B., dans les différents fascicules du *jurisclasseur* ; voir également, même si on n'en partage pas toutes les analyses, l'article stimulant de Torcol, S., « Le contentieux des élections législatives : réflexions autour d'un contentieux à risques », in *RDP* 2004, n° 5, pp. 1211-1241.

a une vue d'ensemble du processus, puisque la proclamation suppose l'examen des résultats département par département et le règlement des réclamations ; dans le troisième, une vue plus partielle, puisqu'il ne peut statuer que sur les requêtes dont il est saisi, par un candidat malheureux, un électeur concerné ou — et le cas est fréquent — par la CNCCFP pour les aspects financiers de l'élection. Cette différence se marque dans le fait que si le Conseil est saisi systématiquement, pour avis, de tous les actes préparatoires à un référendum ou à une élection présidentielle, il ne l'est pas pour les élections législatives pour la préparation desquelles il ne peut intervenir que par la fenêtre contentieuse, étroite, de la jurisprudence initiée par la décision Delmas du 11 juin 1981 suivie de la décision Bernard (16-20 avril 1982) avec une formule bien rodée et étendue par la suite au référendum (Hauchemaille, 25 juillet 2000) et à l'élection présidentielle (Hauchemaille, 14 mars 2001)². Pour intéressante qu'elle soit, on laissera cette question de côté, car le rôle du juge n'est pas celui de conseil, pour s'en tenir à ce dernier rôle et montrer qu'il s'exerce soit à l'occasion de l'examen des textes, soit, ce qui est plus nouveau, par la publication devenue quasi-systématique d'observations à l'issue des opérations électorales.

I. L'examen des textes

Le rôle du Conseil peut se présenter exceptionnellement à l'occasion de l'examen des lois électorales, lorsque le Conseil est saisi par la voie classique de l'article 61 de la Constitution ; plus fréquemment, son rôle de conseil se manifeste évidemment lorsqu'il est saisi pour avis de

² Le contrôle qui entraîne une possibilité d'annulation — même si le cas ne s'est pas encore produit — est admis dès lors que l'acte est de niveau décretaal et que l'irrecevabilité qui serait opposée à la requête aurait pour conséquence :

- * soit de compromettre gravement l'efficacité du contrôle ;
- * soit vicierait le déroulement des opérations ;
- * soit porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics.

Cette ligne jurisprudentielle, si elle a été discutée par une partie de la doctrine (voir en particulier le vigoureux article de Delvolve, P., « Le Conseil constitutionnel, juge administratif », in Mélanges Benoit Jeanneau, Dalloz, 2002, pp. 55-75), a finalement été acceptée par le Conseil d'État (CE Assemblée : 1^{er} septembre 2000, Mégrét, Meyet et autres).

textes émanant soit du gouvernement, soit d'autorités administratives indépendantes.

Las lois électorales

On laissera de côté les cas de censure où le Conseil constitutionnel déclare non conforme une disposition qui lui est soumise, mais sans indiquer quelle solution lui paraît souhaitable (ainsi la décision du 3 avril 2003 avec la déclaration de non-conformité, pour des motifs de procédure, du seuil de 10% des électeurs inscrits pour participer au second tour des élections régionales). Mais on peut signaler deux cas dans lesquels l'exemple d'une loi, sans entraîner l'annulation, amène à adresser un conseil pressant — certains parlementaires ont parfois parlé d'injonction — au législateur. Le premier cas concerne la répartition des sièges des sénateurs entre les départements : dans sa décision du 6 juillet 2000, le Conseil, s'il accueille le moyen relatif aux délégués municipaux, rejette celui qui concerne les évolutions démographiques, tout en soulignant que les normes constitutionnelles « *imposent au législateur de modifier la répartition par départements des sièges des sénateurs pour tenir compte des évolutions de la population* » en admettant toutefois qu'il n'est pas exigé pour autant que cette prise en compte « *intervienne avant l'entrée en vigueur de la loi déferée* ». Mais il y avait là comme un avertissement, d'autant plus justifié dans le cas du Sénat que le nombre de sièges d'un département détermine le mode scrutin qui lui est applicable (proportionnelle dès trois sièges dans la loi du 10 juillet 2000). L'avertissement, qui pouvait être compris comme une menace d'annulation d'une prochaine loi électorale relative au Sénat a été entendu puisque, lorsque le législateur décidera de remonter le seuil précédent de trois à quatre, il corrigera simultanément le tableau de répartition des sièges en tenant compte des évolutions démographiques (sauf pour la Creuse et Paris, où le nombre de sièges ne sera pas diminué : loi du 30 juillet 2003), solution acceptée par le Conseil dans sa décision de 24 juillet 2003.

L'autre cas est ce que l'on appelle volontiers « *l'affaire des femmes corses* » : dans la décision du 3 avril 2003 sur la loi relative aux élections européennes et régionales, le Conseil est saisi d'un grief tiré du fait

que l'obligation d'alternance par sexe applicable aux listes de candidats pour les élections régionales n'est pas retenue pour l'Assemblée de Corse ; il répond « *qu'aucune particularité locale ni aucune raison d'intérêt général ne justifient la différence de traitement* » et s'il ne censure pas le dispositif retenu (parité par groupe de six), parce que le résultat serait pire, il souligne « *qu'il appartiendra à la prochaine loi relative à l'Assemblée de Corse de mettre fin à cette irrégularité* » (cons. 26 à 28). Là, l'injonction est claire — « *il appartiendra* » — et effectivement, la mesure, contenue dans l'annexe de la loi du 10 juin 2003 organisant la consultation des électeurs de Corse, sera, après le rejet de ces orientations, l'objet de l'article unique de la loi du 18 décembre 2003. Mais, comme on le voit, l'hypothèse est rare³ et la fonction de conseil se manifeste beaucoup plus, c'est une évidence, à l'occasion de l'examen des textes préparatoires à une élection.

Les actes préparatoires

La généralité de la formule des articles 58 et 60 (veille à la régularité) et, depuis la décision Delmas de 1981, l'éventuelle compétence contentieuse du Conseil constitutionnel en la matière expliquent qu'il soit systématiquement saisi de tous les actes préparatoires à l'élection présidentielle et au référendum.

Pour ne pas risquer d'être indiscrets, laissons parler nos collègues Pierre Avril et Jean Gicquel, généralement bien informés, comme l'on dit : « *Dans la fonction consultative, le Conseil, en accord avec le gouvernement, a procédé pour l'examen des décrets afférents au référendum européen, comme en 2000, à une procédure originale en deux étapes : une saisine officielle à l'origine d'un premier avis officieux transmis au secrétariat général du gouvernement. Puis, les observations officieuses du Conseil ont été prises en compte avant la saisine officielle. D'où l'avis conforme, lequel demeure secret, cependant, et la qualité de*

³ Sur la capacité d'injonction du juge constitutionnel et sa rareté en France, voir la belle thèse de Behrenot, C., *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 537. Cet ouvrage a reçu le prix de thèse 2005 du Conseil constitutionnel (attribution à laquelle ne participait pas l'auteur de ces lignes, membre du jury de soutenance !).

coauteur du Conseil en la matière. La seconde délibération du Conseil se bornant "à vérifier qu'il avait été suivi" »⁴.

Rien ne permettant de démentir ces affirmations, on se contentera d'ajouter, d'une part, que cette procédure en deux temps permet d'éviter un avis négatif ou assorti de réserves pour quelques modifications mineures (notamment les renvois à d'autres textes devenus extrêmement compliqués pour ce qui concerne l'outre-mer) et, d'autre part, que la jurisprudence Delmas donne à ces avis une force particulière.

Ce qui vient d'être dit pour le référendum est vrai aussi pour l'élection présidentielle ; ainsi, pour n'évoquer que la décision la plus récente, le Conseil a été amené à se prononcer dans sa séance du 5 avril 2006, juste après avoir examiné la loi organique relative à l'élection du Président de la République, sur un projet de décret qui avait pour objet, d'une part, de tirer les conséquences de cette loi et, d'autre part, d'introduire d'autres modifications faisant suite à ses observations (voir infra), l'ensemble relevant du pouvoir réglementaire (loi organique du 5 avril 2006 et décret du 21 avril 2006). On soulignera que cette compétence consultative s'étend aussi aux actes des autorités administratives indépendantes qui peuvent intervenir dans le déroulement de l'élection présidentielle et du référendum. Il s'agissait jusqu'à présent du CSA, auquel s'ajouter, depuis la loi organique précitée, la CNCCFP. Ainsi, pour le CSA, le Conseil, consulté officieusement à l'approche de 2002 sur des modifications importantes qu'envisageait l'autorité de l'audiovisuel, a indiqué que si les mesures lui paraissaient sur le fond opportunes, elles se coulaient difficilement dans les textes applicables et qu'il y avait, dès lors, un risque contentieux ; faute d'obtenir du gouvernement une modification des textes, le CSA y a donc renoncé. En ce qui concerne la CNCCFP, la compétence est toute nouvelle, mais a eu à s'appliquer à deux reprises : le 27 avril 2006 sur le « *mémento à l'usage des mandataires financiers des candidats à l'élection présidentielle* », et le 15 juin sur le formulaire de reçu remis aux donateurs pour ladite élection.

On notera, peut-être pour conjurer le sort, que le contentieux des décisions de ces autorités appartient, selon la ligne de partage établie, au Conseil d'État, ce qui pourrait amener à la situation curieuse où

⁴ Avril, P., Gicquel, J., dans leur précieuse « Chronique constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 115, décembre 2005, p. 196.

Le Conseil Constitutionnel, conseiller en matière électorale

une décision qui aurait reçu l'avis favorable du Conseil constitutionnel serait annulée par le Conseil d'État... Mais n'anticipons pas et passons plutôt au second volet !

II. Les observations du Conseil constitutionnel

C'est maintenant devenu une habitude que le Conseil, à l'issue d'une consultation électorale sur laquelle il a exercé son contrôle, publie des observations pour faire le bilan des opérations et, surtout, indiquer les modifications des textes législatifs ou réglementaires qui lui paraissent souhaitables. Rappelons cette pratique avant de dire quelques mots des questions qui restent pendantes.

La généralisation de la pratique

Si l'habitude est ancienne, les observations sont restées longtemps discrètes, adressées aux seules hautes autorités de l'État (avec comme principal destinataire le secrétariat général du gouvernement, puisqu'il s'agissait généralement de points très techniques) et la première publication, à notre connaissance, se fait curieusement dans la revue *Pouvoirs* en janvier 1995,⁵ la revue remerciant « *les secrétaires généraux du Conseil constitutionnel et du gouvernement d'avoir autorisé Pouvoirs à publier ces observations du Conseil constitutionnel transmises aux pouvoirs publics le 29 mars 1994 à la suite des élections législatives de mars 1993* ».

Les observations suivantes, relatives à l'élection présidentielle de 1995, seront-elles, publiées au *Journal officiel* (15 décembre 1995), sans doute parce que l'attention particulière portée cette année-là au contrôle des comptes de campagne conduisait à un effort particulier de transparence. Il en sera de même pour toutes les suivantes, ce qui en fait 9 à ce jour⁶.

⁵ *Pouvoirs*, n° 72, janvier 1995, pp. 163-165.

⁶ Décisions du 8 décembre 1995 (J.O. du 15 décembre), du 12 juillet 1996 (J.O. du 26 juillet), du 4 juin 1998 (J.O. du 12 juin), du 8 décembre 1998 (J.O. du 11 décembre), du 22 juin 2000 (J.O. du 23 juillet), du 28 septembre 2000 (J.O. du 30 septembre), du 7 novembre 2002 (J.O. du 15 novembre), du 15 mai 2003 (J.O. du 21 mai) et 7 juillet 2005 (J.O. du 8 juillet), selon la liste établie par Stéphane Cottin, chef du service du greffe du Conseil.

Elles couvrent la plupart des élections de la période (élections présidentielles de 1995 et 2002, législatives de 1997 et 2002, référendum de 2000, mais pas celui de 2005, sénatoriales de 1995 et 1998, mais pas celles de 2001 et 2004, ces absences s'expliquant par le fait qu'il n'y avait pas matière suffisante). On remarquera deux publications « à blanc », celle du 22 juin 2000 « *dans la perspective de l'élection présidentielle* » et celle du 7 juillet 2005 « *sur les échéances électorales de 2007* ». Elles s'expliquent par la nécessité de rappeler au législateur, un peu moins de deux ans avant l'élection présidentielle dans les deux cas, qu'il convient de mettre un peu d'ordre dans les textes, ne serait-ce que, question récurrente, pour rendre applicables à l'élection présidentielle les modifications intervenues dans le code électoral qui, n'ayant pas valeur organique, ne le seraient pas nécessairement ; en outre, les observations de 2005 s'expliquaient aussi par la volonté de mettre en garde contre l'encombrement du calendrier électoral de 2007 (successivement élections municipales, cantonales, présidentielles, législatives et sénatoriales). Ces observations ont été pour partie entendues, tant par les lois (organique et ordinaire) du 15 décembre 2005 qui reportent les élections locales et sénatoriales que par la loi organique du 5 avril 2006 pour laquelle le gouvernement, qui au départ souhaitait s'en tenir au « service minimum » (mise en conformité des textes), a finalement consenti à ajouter quelques autres points (vote le samedi en Amérique, anticipation du recueil des parrainages, transfert du contrôle des comptes de campagne à la CNCCFP, possibilité de moduler le remboursement des dépenses de campagne en fonction des manquements constatés).

Ce n'est certes pas la première fois que des observations sont suivies d'effets : un décompte établi au service du greffe du Conseil constitutionnel par Guy Prunier montre qu'il y a eu environ 120 propositions de modification du droit existant dans les différentes observations, parmi lesquelles un tiers, d'ordre technique, a abouti à une réécriture des textes, mais que, pour les autres, le taux de succès est plus faible car le législateur, c'est-à-dire en fait le gouvernement, craint d'être accusé de modifier la loi électorale à son profit, même s'il pourrait en l'espèce, comme il l'a fait pour la loi organique du 5 avril 2006, s'abriter derrière les demandes du Conseil. Mais cela ne lui paraît sans doute pas une garantie suffisante ! De ce fait, restent bon

Le Conseil Constitutionnel, conseiller en matière électorale

nombre de questions non traitées ; on se contentera de signaler celles qui posent de vrais problèmes.

Les questions pendantes

On en soulignera trois par ordre d'importance croissante.

L'absence d'un code législatif permanent pour le référendum

Imaginons que tel ou tel d'entre nous soit consulté par les autorités d'une nouvelle démocratie lointaine sur un projet de Constitution qui contiendrait en substance l'idée que le pouvoir exécutif décide librement de l'organisation d'un référendum et fixe à sa convenance le contenu de la question, l'organisation de la campagne, le choix des formations politiques autorisées à y participer et la répartition entre elles des temps de parole. La réponse serait probablement que quelques principes de grammaire démocratique sont à revoir... Et pourtant, c'est bien la situation que nous connaissons en France, même si le contrôle du juge (Conseil d'État et Conseil constitutionnel selon la ligne de partage maintenant établie) fait qu'il n'y a pas de scandale véritable, mais de simples habiletés qui font par exemple que les critères d'habilitation des formations autorisées à participer à la campagne sont en réalité déterminés par le choix préalable de ces formations ; ils n'ont pas été les mêmes pour les quatre derniers référendums (Nouvelle-Calédonie, décret du 5 octobre 1988 ; Maastricht, décret du 6 août 1992 ; quinquennat, décret du 18 juillet 2000 et Traité portant Constitution européenne, décret du 17 mars 2005).

Dans ses observations du 27 septembre 2000, le Conseil déplorait l'absence d'un cadre légal permanent pour un scrutin de cette importance, situation d'autant plus choquante au regard de l'article 34 de la Constitution que, depuis 2003, il existe un cadre législatif permanent pour les référendums locaux. Ceci n'a pas été entendu, alors que ce n'est pas très difficile à faire : beaucoup de règles fixées par décret se répètent d'un référendum à autre et pourraient donc constituer la structure de la loi ; quant aux formations habilitées, des critères permanents pourraient être trouvés pour écarter l'arbitraire,

Jean-Claude Colliard: profesor, constitucionalista, juez electoral y hombre honesto

par exemple en se rapprochant des conditions, nécessairement durcies, d'accès au financement public (d'autant que le décret du 17 mars 2005 tendait à s'en rapprocher).

La réforme du système des parrainages à l'élection présidentielle

Dans ses observations du 7 juillet 2005, le Conseil a « relevé que la législation en vigueur n'avait pas empêché en 2002 un nombre sans précédent de candidats. Une telle situation comporte des inconvénients tant pour la clarté et la sincérité des opérations électorales que pour l'organisation matérielle et le contrôle de ces opérations. Le Conseil s'interroge de nouveau sur le bien-fondé de règles de présentation dont le renforcement en 1976 (qui a porté de 100 à 500 le nombre de présentations requises) ne suffit plus à éviter la multiplication des candidatures. Si la législateur partageait ce sentiment, il lui appartiendrait de prendre les mesures appropriées ».

L'appel très net n'a pas été entendu, de peur sans doute que le renforcement n'apparaisse comme une manipulation de l'élection à venir, les conditions déterminant l'offre et, par là même, le résultat. Il est donc probable que le nombre de 16 atteint en 2002 sera approché en 2007, d'autant que la candidature à l'élection présidentielle apparaît comme un produit d'appel pour les élections législatives qui la suivent immédiatement et que ces dernières génèrent l'accès au financement public. Avec quelque 40 000 parrains potentiels, le risque est grand et peut-être faut-il imaginer un autre système, l'actuel, hérité des « grands électeurs » de 1958, n'ayant plus grand sens avec le suffrage universel direct.

Accessoirement, la demande de publicité du nom des présentateurs, réitérée à plusieurs reprises depuis 1974, n'a pas été retenue non plus, alors qu'il y a là une exigence élémentaire de transparence et que la situation actuelle — publication au *Journal officiel* dans la limite des 500 nécessaires — crée une inégalité choquante, le présentateur d'un candidat ayant reçu 3 000 formulaires ayant une « chance » sur 6 de voir son nom publié, celui d'un candidat ayant reçu 550 signatures en ayant, lui, 9 sur 10 !

Le découpage des circonscriptions législatives

Lors de l'examen du contentieux des élections législatives de 2002, le Conseil a été souvent saisi de griefs fondés sur l'inégalité des circonscriptions électorales ; il les a systématiquement rejetés selon sa ligne jurisprudentielle classique, à savoir que, saisi sur la base de l'article 59 de la Constitution, il n'a pas à se prononcer sur la constitutionnalité des textes applicables. Néanmoins, comme le grief est, au fond, parfaitement justifié, il a tenu à lui donner un large écho dans ses observations de 15 mai 2003 : « *Le découpage actuel résulte de la loi [...] du 24 novembre 1986 [...] Il repose sur les données du recensement général de 1982. Depuis lors, deux recensements généraux, intervenus en 1990 et 1999, ont mis en lumière des disparités de représentation peu compatibles avec les dispositions combinées de l'article 62 de la Déclaration de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution. Il incombe donc au législateur de modifier ce découpage.* » Cet appel pressant a été réitéré dans les observations générales du 7 juillet 2005 avec l'adjonction suivante : « *Si cela n'est pas fait avant les prochaines élections législatives, ce qui serait regrettable, cela devra être entrepris au lendemain de celles-ci* ».

Ce regret s'explique par le fait que la cause paraissait déjà perdue : le Premier ministre, Jean-Pierre Raffarin, avait bien repris à l'automne 2004 cette préoccupation et mis en place une commission présidée par Pierre Bordry, qui avait effectivement confirmé qu'il y avait au moins 60 circonscriptions législatives qui ne répondaient plus aux critères posés par le Conseil constitutionnel dans sa décision des 1^{er} et 2 juillet 1986 (en particulier que le nombre d'habitants d'une circonscription ne s'écarte pas de plus de 20% de la moyenne départementale). Mais redécouper 60 circonscriptions, cela veut dire en toucher au moins 120 (puisqu'il faut bien une autre circonscription pour accueillir ou donner ce qu'on enlevé ou ajoute à la circonscription litigieuse), et probablement plus. Devant l'ampleur de la tâche, le gouvernement a renoncé et nous voterons donc, en 2007, sur la base d'un recensement qui aura un quart de siècle, ce que d'autres pays démocratiques considéreraient comme scandaleux. On sait, au Royaume-Uni, au Canada, créer des commissions indépendantes et respectées dont les

Jean-Claude Colliard: profesor, constitucionalista, juez electoral y hombre honesto

travaux sont ratifiés par le Parlement. Espérons que nous saurons le faire en 2007-2008, pour éviter qu'il ne soit trop tard en 2012⁷ !

On conclura par-là : si le Conseil a été ainsi amené à développer sa fonction consultative en la matière, jusqu'apparaître comme l'inspirateur, voire le coauteur des règles législatives ou réglementaires, c'est que la matière électorale n'est pas suffisamment prise au sérieux en France. On a créé des dizaines d'autorités administratives indépendantes avec l'idée qu'il y avait là des sujets trop sensibles pour être laissés à la discrétion d'un gouvernement juge et partie. Et l'on n'a pas encore su la faire pour les élections, alors que c'est la base même de la vie démocratique ! Une telle création permettrait de remettre les choses en ordre : une institution qui propose au Parlement ou au Gouvernement des règles, sous le contrôle du juge, Conseil constitutionnel ou Conseil d'État. Elle éviterait le mélange actuel où le Conseil, par nécessité, est à la fois conseiller et juge, comme l'est, il est vrai, le Conseil d'État aussi. Puissent, les échéances de 2007 passées, une telle réflexion prendre corps et les réponses aux trois graves questions ci-dessus, entre autres, être apportées !

⁷ Sur cette question du découpage, voir le livre très percutant de BALINSKI, M., *Le Suffrage universel inachevé*, Belin, 2004, 335 p., notamment pp. 237-250.