

Le contentieux électoral*

On ne peut que se réjouir de voir l'intérêt maintenant porté aux opérations électorales dont ce séminaire est un nouvel exemple. Pendant très longtemps la question a été considérée comme assez secondaire, relevant d'une sorte de « cuisine » politique dans laquelle un juriste de qualité devait se refuser à entrer ou ne le faire qu'avec réticence, d'où la tradition que les assemblées parlementaires - s'appuyant sur leur qualité de représentant du souverain - jugeaient elles-mêmes de la validité du mandat de leurs membres.

On considère heureusement aujourd'hui que puisque le pouvoir repose sur le suffrage, les élections parlementaires sont bien souvent aussi l'élection au suffrage universel du Premier ministre et du gouvernement, la question de la sincérité de l'opération électorale devient centrale dans le processus démocratique et pour la confiance des citoyens dans ce processus.

A partir de là toutes, les phases de l'opération doivent être soumises au droit et par là-même au juge, le respect du droit étant en fin de compte garanti par l'intervention d'un juge amené à corriger voire à annuler. Il en va ainsi pour les principes de base, ceux que la Commission de Venise a définis comme constitutifs du patrimoine

* Rapport CDL-UD(2005)008 présenté dans le cadre du Séminaire Unidem "organisation des élections par un organe impartial" (Belgrade, 24-25 juin 2005) " organisé par la Commission de Venise.

électoral européen (suffrage universel, égal, libre, secret et direct) ; plus délicate est la détermination du mode de scrutin où une grande variété peut être admise à l'intérieur des grandes familles que sont les scrutins majoritaires, les scrutins proportionnels et les scrutins mixtes avec finalement pour toute exigence ce que les mathématiciens appellent la monotonie, c'est-à-dire que le parti qui a le plus de voix soit celui qui recueille le plus grand nombre de sièges (sauf accident et il a pu y en avoir). C'est d'ailleurs souvent, mais pas toujours, ainsi en France, la Constitution elle-même qui fixe le mode de scrutin.

Mais si les principes sont ainsi déterminés et contrôlés, toute la difficulté réside dans l'application qui requiert un grand nombre d'acteurs puisque le jour de l'élection toute la population d'un pays est mobilisée, tous comme électeurs et quelques-uns comme organisateurs dans des bureaux de vote nombreux, la norme d'un pour 1 000 habitants étant souvent retenue, accentuée par la division en communes (ainsi en France pour 63 millions d'habitants et 44 millions d'électeurs, nous avons près de 67 000 bureaux de vote). Dans ce vaste ensemble il est inévitable qu'il y ait des défauts de fonctionnement, soit volontaires et cela relève de la fraude électorale, soit involontaires du fait d'une mauvaise appréciation des textes et des situations.

Et là aussi, il faut une autorité qui rétablisse la situation telle qu'elle aurait dû être, c'est-à-dire un juge, car généralement c'est un juge, qui apprécie ces irrégularités et leurs conséquences éventuelles sur le résultat, en effectuant ce que mes collègues sociologues appellent « la construction d'une normalité électorale ». C'est ce dont on voudrait parler ici et je le ferai, je vous prie de m'en excuser, en m'appuyant principalement sur l'exemple français ; ce n'est pas que je le pense exemplaire, mais c'est celui que je connais le mieux pour l'avoir pratiqué et même si, bien sûr, d'autres solutions sont possibles, il donne à voir ce que sont les principales questions à poser. Elles me paraissent s'organiser autour de celle relative à la place du juge et de celle relative à la conduite du procès électoral.

I. La place du juge

La première question est naturellement celle de savoir de quel juge il s'agit : la seconde est de savoir qui y a accès, qui doit y avoir accès pour atteindre l'objectif de sincérité.

Quel juge ?

Comme on l'a dit la tradition parlementaire c'est que l'Assemblée soit juge elle-même de la régularité de l'élection de ses membres. Et cette formule subsiste encore, pour l'essentiel, dans plusieurs pays, ceux du Bénélux, le Danemark, l'Italie et les Etats-Unis d'Amérique. On remarquera que pour les premiers, ce sont des scrutins proportionnels où les irrégularités portant sur quelques voix n'ont pas forcément beaucoup d'importance en termes d'attribution des sièges et que pour les Etats-Unis beaucoup d'élections (90% pour la Chambre des représentants) sont considérées comme peu disputées, c'est-à-dire que les écarts sont importants.

Mais ce système conduit inéluctablement à faire juger de la régularité d'une élection par une majorité politique ; elle peut conduire à des abus, l'exemple le plus fréquemment cité étant l'invalidation de nombreux députés poujadistes (on dirait aujourd'hui populistes) par l'assemblée française issue des élections du 2 janvier 1956 d'où, devant un tollé général, le transfert de cette compétence au juge constitutionnel créé par la Constitution de 1958.

Le juge constitutionnel a également compétence en matière d'élections parlementaires en Autriche, en Grèce, en Allemagne au Portugal et en Espagne, mais dans ces trois derniers cas, il intervient en second recours après le juge ordinaire, solution assez satisfaisante puisqu'elle offre la garantie de deux degrés de juridiction.

Le juge dit « ordinaire » est compétent au Royaume Uni, *common law* pour tout le monde, et le juge administratif en Finlande (c'est aussi le cas pour les élections européennes et locales en France).

Toutes ces formules paraissent acceptables et on ne sache pas qu'elles posent problème là où elles sont utilisées, le choix dépendant évidemment des traditions juridiques et juridictionnelles locales qui ne sont pas identiques et n'ont pas à l'être.

D'autres systèmes, notamment dans les nouvelles démocraties, prévoient un premier règlement par les commissions électorales, locales, nationales ou fédérales avec une possibilité d'appel devant une Cour suprême ou une Cour constitutionnelle ce qui balaie l'objection que l'on pouvait avoir devant des commissions à la fois organisatrices et juges (ce qui est d'ailleurs le cas, et c'est une critique que l'on peut adresser au système français, du Conseil constitutionnel français au moins en matière de référendum et d'élection présidentielle).

Qui y a accès ?

On est là partagé entre deux tentations : celle d'ouvrir très largement l'accès au prétoire en considérant que la démocratie étant l'affaire de tous, le contrôle de l'opération démocratique peut être ouvert à tous. Mais on risque alors l'encombrement du fait de requérants d'habitude, il y a des maniaques du contentieux électoral, et donc un traitement superficiel ou alors trop long par rapport à une autre exigence, que l'assemblée dans sa composition définitive, soit rapidement installée. Une majorité, surtout si elle est étroite, ne peut rester longtemps sous la menace d'être remise en cause.

La formule généralement admise est de restreindre l'accès à ceux qui ont intérêt pour agir, c'est-à-dire les candidats malheureux et leur intérêt est évident, ou les électeurs de la circonscription concernée, ce qui est raisonnable sur un plan pratique même si c'est discutable sur un plan théorique puisqu'un député est souvent considéré comme un représentant de la Nation toute entière alors qu'il est dans les faits élu dans une circonscription déterminée.

La question peut être posée de savoir si un parti politique doit être considéré comme ayant, en tant que tel, intérêt à agir : en bonne logique, il faudrait répondre oui puisque c'est son nombre de députés qui va faire la force d'un parti au Parlement, mais la réponse est pourtant souvent négative tant est forte la fiction que la candidature est un acte individuel, le parti n'intervenant qu'en soutien.

En revanche, l'intervention d'un parti politique peut être plus facilement admise en amont de l'opération électorale et c'est le contentieux de ce que l'on appelle les actes préparatoires ; contentieux de la loi électoral elle-même (notamment si elle contient des seuils

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

d'exclusion excessifs et la Cour de Strasbourg s'est récemment penchée là-dessus à propos de la loi électorale turque pour la confirmer en définitive) ; contentieux sur les conditions de la campagne électorale (répartition des temps de parole à la radio-télévision, pressions des autorités en place, etc...).

Une autre question est celle de la forme de la requête : libre dans un certain délai après l'élection (dix jours en France) ou subordonnée à l'inscription d'une plainte sur le procès-verbal du bureau de vote concerné (c'est notre solution pour le référendum). Je pense qu'il ne faut voir là qu'une question de forme assez secondaire et que la seule préoccupation est que le droit au recours soit effectif, c'est-à-dire que la plainte ou la protestation sur procès-verbal remonte effectivement au juge chargé d'en apprécier le bien-fondé, et que litige électoral puisse ainsi se nouer.

II. Le procès électoral

La justice électorale suppose une sérénité qui n'est pas toujours évidente car elle intervient à chaud, immédiatement après une campagne électorale qui a parfois été virulente et elle doit rejoindre les principes généraux, l'égalité des armes, ce qu'assure normalement le principe du contradictoire ; pour autant il ne faut pas oublier que son objet n'est pas de réprimer toute irrégularité, éventuellement le juge répressif saisi parallèlement pourra le faire, mais de s'assurer que celui qui occupe le siège est bien celui qu'ont voulu les électeurs, c'est donc un contentieux relatif.

L'exigence du contradictoire

On sait l'importance que la Cour européenne des droits de l'homme attache à ce principe, même si elle est restée très prudente en matière de contentieux électoral.

On comprend bien l'intérêt qu'il présente ici : il y a en face l'un de l'autre, un député dont l'élection est contestée mais qui a été proclamé par les premières instances de vérification et un candidat malheureux

ou un électeur mécontent qui ont généralement de bonnes raisons à faire valoir mais qui ne peuvent pas non plus être crus sur parole.

Cela veut dire qu'il y a nécessairement une instruction menée par le juge quel qu'il soit, qui va tenter d'évaluer la véracité et l'importance des faits qui lui sont dénoncés. Je n'ai pas là d'éléments comparatifs suffisants et je me contenterai de parler du cas français.

Devant le Conseil constitutionnel, la procédure est exclusivement écrite : le Conseil reçoit la requête, vérifie la recevabilité (délai, électeur inscrit dans la circonscription, griefs précis etc...) et la communique au député élu qui établit un mémoire en réponse (généralement avec l'aide d'un avocat) dans lequel il se justifie des faits qui lui sont reprochés. Ce mémoire en réponse est communiqué au plaignant qui peut à son tour répondre (mais sans ajouter de griefs nouveaux), ce qui est communiqué au défenseur et ainsi de suite jusqu'à ce qu'il apparaisse qu'il n'y a plus rien à ajouter. A ce moment l'instruction est terminée, c'est très rare qu'elle se poursuive par une vérification sur place (qui est possible dans certains cas) et l'audition des parties ou de leurs avocats avant la décision peut être envisagée. Pendant longtemps le Conseil constitutionnel l'a systématiquement refusée et la procédure était uniquement écrite ; les choses ont changé en 2007-2008, sans doute par crainte de se heurter aux exigences de la Cour européenne des Droits de l'homme, et plusieurs auditions ont été organisées à l'occasion des dernières élections législatives. Je ne suis pas sûr que cela change fondamentalement l'issue du litige mais c'est certainement plus satisfaisant pour la théorie des apparences.

Une fois l'instruction terminée le dossier est mis en ordre par un rapporteur adjoint (membre du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes) qui l'expose devant une section d'instruction (trois membres du Conseil sur neuf) qui établit un projet de décision soumis ensuite à l'assemblée plénière du Conseil qui donnera son accord, éventuellement modifiera sur tel ou tel point ou, mais c'est rare, choisira la position inverse. La décision est alors communiquée aux intéressés et publiée, elle n'est susceptible d'aucun recours (les quelques tentatives devant la Cour de Strasbourg ont été rejetées).

Tout ceci se déroule dans un délai assez bref : les requêtes les plus simples prennent environ six mois (du fait qu'il faut attendre quatre mois environ pour les décisions de la commission chargée de vérifier

les comptes de campagne s'il y a des griefs financiers) et le Conseil, même s'il n'est tenu par aucun délai, se fixe comme objectif d'avoir tout fini au plus tard un an après l'élection, ce qu'il a pu faire en 2002-2003 et en 2007-2008. Ceci est facilité par l'objet même du contentieux.

Un contentieux relatif

On veut dire par là que le contentieux électoral n'a pas le caractère absolu que peut avoir le contentieux administratif par exemple, dans lequel une irrégularité importante (mais il peut y avoir là une marge d'appréciation pour le juge) entraîne l'annulation de l'acte ou de la décision en cause.

Dans le contentieux électoral ce qui est important c'est de savoir si celui qui a été proclamé élu est bien celui qui devait l'être et donc la question est de savoir si les irrégularités invoquées ont pu ou non altérer le résultat. Autrement dit la question de la marge avec laquelle l'élection a été acquise (et ceci est plus particulièrement vrai dans les scrutins majoritaires) est un paramètre essentiel : supposons que dans une circonscription 200 votes soient contestés et que l'instruction montre qu'ils sont effectivement contestables ; si l'élection a été acquise avec 1 000 voix d'écart la réponse sera que c'est regrettable (et le juge le dira parfois pour stigmatiser un comportement fautif) mais que cela ne peut remettre en cause le résultat ; si en revanche l'élection s'est jouée à 100 voix le juge considérera qu'il y a doute et annulera. On notera que le Conseil constitutionnel qui en a pourtant le pouvoir n'a jamais réformé une élection (c'est-à-dire proclamé élu l'autre candidat) alors que le Conseil d'Etat la fait parfois pour de (petites) élections locales.

Cela veut dire que le juge va d'abord établir la réalité des griefs et évaluer le nombre des voix litigieuses. C'est parfois facile : 10 procurations irrégulières, 20 bulletins validés ou annulés à tort, 15 absences d'émargement sur la liste électorales, on a des chiffres certains. Mais cela peut être plus difficile : combien pèse la diffusion d'un tract hors délai, l'appel d'un maire à voter pour tel ou tel etc... c'est là l'affaire de précédents, d'expérience et une part de subjectivité est inévitable.

Après avoir établi un chiffre, même approximatif, des voix litigieuses, le juge procède à ce que nous appelons une déduction hypothétique, en enlevant fictivement ces voix au nombre de celles obtenues par le candidat élu : si le total reste supérieur à celui de l'autre candidat l'élection est validée, s'il est inférieur, elle est annulée. On peut plus élégamment résumer cela par les inéquations suivantes où a et b sont les nombres de voix de l'élu et de son challenger et x le nombre de voix a priori irrégulières :

Si $a - x$ supérieur à b \longrightarrow validation

Si $a - x$ inférieur à b \longrightarrow annulation

On reconnaîtra volontiers que tout dépend de la manière de calculer x et qu'il peut y avoir une part de subjectivité. Mais à l'inverse, un contentieux rigoureux, toute irrégularité entraîne annulation, risquerait d'amener à une annulation générale, car dans toute circonscription, voire tout bureau de vote, il y a forcément quelques irrégularités vénielles. Et cette perspective-là est sans doute plus inquiétante que la précédente !

Ceci dit, on peut parfaitement admettre qu'il y ait annulation sans tenir compte de l'écart des voix dans le cas d'une fraude d'une particulière gravité : bourrage des urnes, falsification des procès-verbaux, violences systématiques etc... Le raisonnement du juge sera alors de considérer qu'au-delà de ce qui peut se voir dans les pièces de la procédure, il y a sans doute davantage (la partie visible et la partie invisible de l'iceberg) et que donc, au-delà des chiffres, il y a une présomption grave d'irrégularité d'ensemble des opérations.

On peut rapprocher cela d'un contentieux particulier que nous avons en France et qui est je crois assez unique : à côté du contentieux de la sincérité, il y a un contentieux de l'aspect financier de l'élection : si un candidat a transgressé les règles de financement de la campagne (dépassement du plafond des dépenses, acceptation de dons prohibés, aide d'une personne publique) il sera déclaré inéligible et si c'est le candidat élu, il perdra son mandat et l'élection sera annulée. Et c'est le cas, même si le manquement à la règle est assez faible ; nous sommes d'ailleurs en train de nous demander si cette législation, sans doute nécessaire au début pour que les règles de financement soient prises

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

au sérieux, n'est pas devenue trop sévère et le président de l'Assemblée nationale a créé un groupe de travail qui est en train d'y réfléchir.

Ainsi va la justice électorale : un juge, un droit au recours effectif, le respect du contradictoire et pour le reste la prudence du juge - qui sera à son tour jugé par l'opinion si des décisions paraissent aberrantes. J'ai la faiblesse de penser que, dans les démocraties établies, les décisions du juge électoral sont rarement contestées... si ce n'est par celui qui en est victime et qui aura à cœur de sauver la face pour préparer sa revanche à l'élection suivante !