



MINISTERU TAL-ĠUSTIZZJA U L-INTERN  
*Ministry for Justice and Home Affairs*



Strasbourg, le 30 octobre 2008

CDL-UD(2008)005

Fr. seul.

**COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT**  
**(COMMISSION DE VENISE)**

en coopération avec  
**LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE MALTE**  
**ET LE MINISTRE DE LA JUSTICE ET DE L'INTERIEUR**

**SEMINAIRE UNIDEM**

**“L'ANNULATION DES RESULTATS DES ELECTIONS”**

**Mediterranean Conference Centre, La Valette, Malte**

**14 – 15 novembre 2008**

**LE JUGE FACE A LA NORME ELECTORALE**

par

**M. Slobodan MILACIC (France)**

**Professeur Emérite de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV**  
**Centre d'Etudes et de Recherches sur les Balkans**

***Process precedes rights***

Qu'il nous soit permis, au préalable, de justifier le choix du « point de vue » proposé.

Il s'agit de **situer la norme électorale parmi les autres normes constitutives de l'Etat de droit et le juge par rapport aux autres pouvoirs de l'Etat démocratique, c'est-à-dire politique**, puisque, par définition, la démocratie pluraliste dont nous nous réclamons et politique ou n'est pas.

Cette approche qui va du général au particulier<sup>1</sup>, cherche à comprendre les problèmes tels qu'en eux-mêmes, mais aussi dans leur environnement. Elle permet d'**éclairer le contentieux des élections politiques par les « lois » générales qui régissent notre système ; le système et « l'esprit des lois » - systémiques. Or, le système est complexe, ambivalent, car il intègre le juridique et le politique ; l'Etat de droit et l'Etat politique – démocratique.** Tout comme le contentieux constitutionnel des élections politiques qui fait cohabiter des règles juridiques formelles sur la préparation, le déroulement des élections et la proclamation des résultats avec la substance, pour ne pas dire la nature politique des faits soumis au contentieux et qui, nécessairement, à un moment où à un autre, dans une mesure plus ou moins grande, se trouvent en interférence. Ainsi, un pouvoir essentiellement juridique – juridictionnel même, - peut-il, occasionnellement et partiellement, impliquer le politique ; « mordre » sur le politique, tout comme des pouvoirs politiques, de leur côté, interprètent les règles juridiques, ne serait-ce qu'en les appliquant. **Notre système de la démocratie constitutionnelle s'est construit historiquement de façon largement empirique, en faisant la place nécessaire aux nécessités pragmatiques qui s'imposent souvent contre les dogmes de « pureté » ; pureté juridique ou pureté politique, en l'occurrence.** Cette flexibilité relative a été l'un des facteurs de la durabilité historique de la démocratie ; de sa « modération » (Montesquieu) largement synonyme de la rationalité, elle-même devenue aujourd'hui sens du raisonnable, voire de réalité.

C'est dans cette perspective qu'une approche théorisante nous a paru utile, **cherchant à situer le contentieux des élections politiques** (législatives, présidentielles et votes référendaires, en France) **dans et à travers la globalité et la complexité des systèmes étatiques du droit et du politique**, en vue d'en saisir plus complètement « le sens et la portée »<sup>2</sup>.

Pour se dédouaner face aux praticiens du droit et du contentieux – surtout – faut-il rappeler qu'il s'agit de deux types d'approches, voire deux types de cultures fort différentes, mais fondamentalement complémentaires. Un théoricien est appelé à se ressourcer systématiquement par rapport au « terrain », alors que le praticien doit se référer aux catégories conceptuelles pour être guidé dans sa démarche pragmatique et casuistique.

---

<sup>1</sup> Et que les analystes appellent dans le langage savant des méthodes « hypothético-déductives ».

<sup>2</sup> La théorie ce n'est pas la vie telle qu'on peut l'observer « en direct » ; ce n'est pas non plus la somme des cas observés dans un champ et une période prédéterminés. C'est l'interprétation des phénomènes observés qui exige une démarche extrapolative. C'est pourquoi elle sélectionne, filtre, soumet à l'analyse pour ne retenir que le plus typique, le plus explicatif ou compréhensif.

C'est pourquoi la théorie c'est d'abord une vision d'ensemble, globalisante dirait-on de nos jours. « Il n'y a de théorie que du général » disaient les anciens, car le tout aide à mieux comprendre les parties et inversement.

Elle opère par idées, c'est-à-dire abstractions, alias concepts : définitions scientifiquement plus ou moins codifiées par la discipline concernée.

Ainsi, on accède au grade de théorie par l'articulation des concepts majeurs interdépendants, au sein d'un ensemble complexe, mais cohérent en tant que problématique, qui devient le nouveau nom – plus modeste – de la théorie, dont le génie réside davantage dans le questionnement que dans les réponses.

Ces remarques préliminaires étant faites, nous proposons d'abord un point de vue sur le système de l'Etat de droit démocratique qui nous gouverne, avec la place spécifique qu'y occupent la norme juridique et le juge, à côté du vote politique, et la majorité comme une sorte de « sanction électorale », sinon politiquement arbitrale... Dans un deuxième temps, nous tâcherons de profiler ce contrôle, jusqu'à l'annulation des élections politiques par le Conseil constitutionnel français, puisque tel est le thème central de ce séminaire.

## I LE JUGE ET LA NORME DANS L'ETAT DE DROIT – DEMOCRATIQUE

ou

### Du système d'articulation du juridique et du politique

« La démocratie constitutionnelle »<sup>3</sup> a été l'appellation à la mode des années soixante-dix, quelques temps avant la « réinvention » de « l'Etat de droit – démocratique ». Celui-ci s'installe **avec le néolibéralisme**, pour subir, assez rapidement, l'amputation de son adjectif démocratique, en laissant à l'Etat de droit – seul – l'espace du référentiel principal de notre système de gouvernement ; ou – plutôt – de notre gouvernance politique. Le raccourcissement s'est opéré en surface et en profondeur ; il a été sémantique et substantiel, concernant le politique<sup>4</sup>. Il ne s'explique pas seulement par l'impératif rythmique qui, avec l'accélération des temps, exige un langage simplifié... **C'est la démocratie politique, et – elle aussi – primordialement étatique, qui a du mal à trouver sa place, éclipsée comme elle l'est par l'Etat de droit.** Depuis, parmi les diverses appellations courantes des textes juridiques ou des discours doctrinaux elle se rattache à l'Etat de droit par la liaison ET, comme si elle n'en faisait pas partie intime ; ou alors comme l'un des éléments de l'Etat de droit, parmi d'autres... Les textes de droit positif, nationaux, communautaires<sup>5</sup> ou internationaux expriment par là des compromis par juxtaposition ou par énumération<sup>6</sup>, des concepts impliqués, alors que la doctrine a du mal à en faire une synthèse. Il n'y a que la formule du Conseil de l'Europe qui donne à la démocratie la première place dans sa triade bien établie « Démocratie, Etat de droit et prééminence du droit ». Seulement, la prééminence du droit est un principe qui constitue le socle de l'Etat de droit, défini par ailleurs par la hiérarchie des normes, le contrôle de la constitutionnalité et la substance libérale de ses normes majeures. Finalement on retombe, là aussi, sur la dichotomie « Démocratie – Etat de droit ». Pourtant, **ce n'est pas par hasard que notre système a eu besoin de deux mots pour se définir : d'abord démocratie libérale, constitutionnelle et finalement pluraliste ; puis l'Etat de droit, doublé de la démocratie politique, elle aussi essentiellement étatique**<sup>7</sup>, depuis les années 70-80 et la renaissance du libéralisme postmoderne.

**Ce double fondement, à la fois libéral et démocratique, qui fait la complexité de notre système, et qui en fait le génie propre et le génie profond, se retrouve dans tous les espaces de son organisation, avec plus ou moins d'évidence et – surtout – plus ou moins d'équilibre. Nous le retrouverons dans le contentieux électoral, plus finement imbriqué qu'ailleurs.**

---

<sup>3</sup> L'appellation lancée par le constitutionnaliste américain Karl Friedrich.

<sup>4</sup> Il y a autant de différence entre le « gouvernement » (au sens anglo-saxon de « système » de gouvernement) et la « gestion » (comme celle des politiques publiques, voire privées).

<sup>5</sup> Comme celui sur la constitution européenne, notamment.

<sup>6</sup> Par énumération ou juxtaposition des référentiels-clés, plutôt que par une vision intégrée de la démocratie et de l'Etat de droit.

<sup>7</sup> Plutôt qu'internationale ou locale, il y a beaucoup de précautions à prendre avant de qualifier les niveaux international ou local de « démocratiques » ou même de « politiques ».

**Aujourd'hui, l'Etat de droit libéral et l'Etat politique – démocratique constituent un couple fusionnel**, mais il n'en fut pas toujours ainsi. Les deux paradigmes sont dans une relation asymétrique : l'Etat de droit, même libéral, peut exister et a préexisté sans la démocratie. Certains « gouvernements » représentatifs sous forme monarchique ont pu être très généreux en matière des « libertés publiques », surtout individuelles. Mais la démocratie pluraliste, elle, ne se conçoit pas autrement qu'encadrée par un Etat de droit.

Un bref et diagonal retour sur l'histoire<sup>8</sup> nous aidera à comprendre la distinction, au moins pour les besoins de l'analyse, entre ce que nous appellerons le libéralisme juridique et le démocratisme politique.

#### **A. La formation historique du binôme juridico-politique : la démocratie libérale**

Si la modernité commence avec le « siècle des Lumières », en France c'est la Révolution Française de 1789 qui en date le grand tournant ayant amené au pouvoir le libéralisme<sup>9</sup>, dans le sillage duquel, tout au long du XIXe siècle, va s'installer progressivement la démocratie.

Le libéralisme installe la liberté comme valeur référentielle majeure, à la fois comme mythe fondateur et comme finalité dernière. Elle est, depuis, censée s'exercer de façon concurrentielle, c'est-à-dire « libre », sous le contrôle du juge, garant par excellence des libertés et du droit de propriété, notamment. Les libertés étaient ainsi « octroyées » par « le Haut », aux individus au titre de « libertés publiques » et aux villes avec les chartes.

**Le Droit était dans ces conditions la principale logistique du libéralisme, comme le politique le sera par la suite pour la démocratie.**

Sur la base des promesses et des événements révolutionnaires, **avec la valeur égalitaire comme « principe fondateur », le suffrage universel comme logistique politique et le vote comme « sanction » électorale ou majorité arbitrale, la démocratie politique est venue en quelque sorte doubler sinon renforcer le libéralisme juridique**, grâce à la synergie mais aussi aux compromis en permanence négociés entre les deux « sous-systèmes ».

Notre système en est devenu d'autant plus complexe. **La liberté et l'égalité, la norme et le vote, le juge et la majorité se sont ainsi trouvés en relations de complémentarité, voire de synergie. Mais parfois, aussi, en concurrence, voire en contradiction**<sup>10</sup>. A la fois comme procédés de légitimation et corrélativement – comme type de sanction. **Ce n'est pas la première fois, ici, que l'on note certaines contradictions entre l'Etat de droit et la démocratie.**

#### **B. La norme juridique et le vote politique aux sources de la légitimité**

Au cours de deux siècles d'histoire après 1789, **trois grandes périodes ont marqué par un relatif déséquilibre entre les deux paradigmes de notre système.**

**Le libéralisme initial était construit sur la base de la norme constitutionnelle ou autre**, organisant les libertés publiques et la concurrence par elles induite. Le vote propre au régime représentatif était de toute façon restreint aux « élites » de la nation : électrices et éligibles. **La**

<sup>8</sup> Du cas français, mais, dans ce domaine les démocraties européennes ont suivi le même cheminement – fondamental.

<sup>9</sup> Les paramètres démocratiques du discours sur le pouvoir du peuple et la participation du « peuple des faubourgs » aux événements les plus saillants, dont la prise de la Bastille.

<sup>10</sup> A l'exemple des valeurs fondatrices, proclamées noyau dur du patrimoine commun des valeurs et pourtant souvent mis en opposition par la Gauche (trop de liberté tue l'égalité...) et la Droite (symétriquement, trop d'égalité tue la liberté, car l'égalité expose au danger égalitarisme).

**norme était garantie par le juge et le politique, en matière contentieuse, par extrapolation de l'idée de la « justice des pairs »** : l'instance politique se transformant, pour les besoins de la cause, en instance juridictionnelle. Une façon comme une autre du juridique de récupérer le politique avant son affirmation historique.

**Avec l'installation du suffrage universel** et de la 3<sup>e</sup> République parlementaire, en 1875/1877, **le politique démocratique prend le pas sur le libéral juridique**, si on peut résumer rapidement en généralisant.

**Le vote a souvent la priorité sur la norme, considérée comme le produit du vote et à la merci du vote** ; autant la norme légale ou même constitutionnelle et *a fortiori* la jurisprudence, comme source du droit. Bien sûr, le principe de légalité était bien proclamé et sanctionné, mais pas le contrôle de constitutionnalité. **L'Etat légal tenait bien de l'Etat de droit, toute proportion gardée**, mais le Parlement et la classe politique ne relevaient pas de la compétence du juge.

**Le déséquilibre était cette fois-ci favorable à la démocratie politique.**

Il était alors impensable que le juge (ordinaire ou spécial, le constitutionnel n'existait pas encore) puisse sanctionner la classe politique pour illégalités électorales.

Tout au long de la carrière historique presque séculaire (3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> Républiques) de la démocratie régnante dans la sphère du politique, le contentieux électoral était réservé aux instances et procédures des pouvoirs politiques, alias parlementaires. C'est ce qu'on a fini par appeler « la procédure de vérification des mandats », qui pouvait être systématique ou occasionnelle. Les instances politiques étaient alors juge et parties, ce qui n'a pas manqué de produire des effets pervers de la politisation partisane du procédé, qui a fini par rendre l'âme avec la Ve République : gaullienne d'abord, avec l'abaissement du pouvoir parlementaire, en général ; gaulliste, ensuite, avec le retour triomphant du libéralisme, alias « néolibéralisme », avec la nouvelle promotion historique de la norme juridique face au vote politique et du juge constitutionnel face à la norme légale et électorale.

**Désormais, c'est le Conseil constitutionnel, le juge constitutionnel « à la française » qui est chargé du contentieux des élections politiques des députés, des sénateurs, du Président de la République et des votes référendaires.** Et, dans la lignée de cette constitutionnalisation, le droit et le contentieux électoraux, jusque là relativement subsidiarisés, reviennent au premier plan.

Le contentieux qui nous intéresse se place désormais dans un contexte global du système où le libéral s'impose souvent par-dessus le démocratique. La norme constitutionnelle est fréquemment prise dans la pratique juridique et même politique comme source suprême de la légitimité, sans chercher au-delà, le vote politique qui l'a engendré par exemple. Ou, alors, on préfère se référer aux valeurs universelles, portées par le Droit naturel – expression de la rationalité qui transcende le politique.

**Il est primordial, cependant, de ne pas comprendre cette structure duale de notre système de façon dogmatique et, encore moins, manichéenne. La liberté et l'égalité comme valeurs fondatrices, la norme juridique et le vote politique, le juge (avec les droits de la défense) et la majorité (avec les droits de l'opposition) sont dans notre système en synergie, en complémentarité et parfois en tension, voire en conflit, dont l'issue pacifique, par la négociation politique ou la réforme juridique, est toujours possible et même prévue.**

La liberté et l'égalité (parmi d'autres, bien entendu), la norme et le vote, le juge et la majorité font partie du patrimoine consensuel des valeurs et des techniques de la gouvernance. Ce sont en tout cas les référentiels communs. Cependant, les deux familles majeures de la démocratie

libérale<sup>11</sup> ne donnent pas exactement les mêmes contenus substantiels aux valeurs invoquées<sup>12</sup> (liberté et égalité) et – surtout – n'en établissent pas la même hiérarchie, comme pour les techniques juridiques et politiques (contentieux et vote).

Le postulat général sur notre Etat de droit – démocratique ayant été évoqué, pour l'essentiel, il s'agit de situer le juge constitutionnel par rapport au contentieux des élections politiques, tel qu'il se présente dans le cas français.

## II LE JUGE ET LE CONTENTIEUX DES ELECTIONS POLITIQUES

ou

### Le juge comme garant de la liberté et de la démocratie

Avec la Ve République c'est le Conseil constitutionnel qui – pour l'essentiel – devient le juge des élections politiques c'est-à-dire « nationales » ou étatiques. Certains auteurs (tel D. Rousseau, notamment) ont pu déplorer qu'il ne soit pas le juge du Droit commun en matière électorale, ce qui témoigne, au moins indirectement, de sa légitimité acquise, après une lente et progressive évolution dont il a bénéficié en tant que juge constitutionnel, en général, et juge des élections politiques, en particulier.

Malgré les avancées accomplies en ce sens, certains constitutionnalistes déplorent qu'il ne soit pas allé plus loin dans le contrôle du respect des règles relatives au jeu démocratique ; celles relatives à l'égalité des conditions ou des chances au départ. D'autres, au contraire, lui reprochent d'ores et déjà d'en faire trop, en se comportant comme un « juge politique », sans trop préciser si c'est sa composition qui est en cause (nominations politiques) ou ses décisions (plus ou moins « partisans »).

C'est pourquoi nous nous proposons de passer en revue le principe du contrôle juridictionnel des élections politiques sur lequel est construit le modèle français, avant de saisir les quelques avancées de la jurisprudence du Conseil constitutionnel quant aux implications de la liberté (des votes et des candidatures) et de l'égalité (des conditions des sujets et des acteurs).

La rencontre du juridique et du politique est organisée, selon les différents systèmes étatiques, de deux manières générales<sup>13</sup> :

- ou bien l'instance politique (le Parlement) se réserve cette compétence au titre du « pouvoir souverain » ou, alors, on recourt à la fiction de la transmutation du pouvoir politique en compétence juridictionnelle qui, en la circonstance, agirait ès qualité ;
- ou bien, alors, le contentieux des élections politiques est confié aux juges (ordinaires ou spécialisés – constitutionnels).

Pendant longtemps et de façon traditionnelle en France, le juge a été tenu à l'écart du politique qui s'était réservé l'exclusivité du contrôle des élections le concernant. Avec l'installation du système représentatif, puis de la démocratie parlementaire, c'est le système dit de la vérification des mandats (systématique ou ponctuelle) qui s'était stabilisé. Les « représentants de la nation » étaient ainsi « juges et parties » jusqu'à la IVe République – incluse. **Cela correspond à la période historique où le paradigme dominant était celui de la**

---

<sup>11</sup> Pour aller au quotidien « la Droite libérale – classique » et « la Gauche démocratique – moderne », comme on disait encore naguère, avant le néolibéralisme.

<sup>12</sup> Il en va de même avec la dignité, la solidarité, etc. etc.

<sup>13</sup> En n'oubliant pas le système des commissions électorales le plus souvent « doublées », en appel, par l'intervention du juge.

**démocratie politique, avec ses déséquilibres propres et notamment la tendance à la substitution de la « souveraineté parlementaire » à la « souveraineté populaire ».** Mais diverses frustrations qui en ont été les conséquences ont fragilisé le consensus sur ce mode de règlement des conflits électoraux. Et l'élimination des 25 députés poujadistes sur 53 élus en 1951 a, en fait, sonné le glas de ce mode de contrôle, dont la Ve République a pris acte en 1958 en le transférant au juge constitutionnel, pour l'essentiel et pour ce qui nous concerne ici.

#### **A. Le contrôle juridictionnel des élections politiques**

Il s'agit bien d'une fonction « clairement juridictionnelle ». Le Conseil constitutionnel est « juge de l'élection » et, à ce titre, dispose des pouvoirs de « pleine juridiction », c'est-à-dire qu'il peut examiner toute question et exception posées à l'occasion de la requête.

Sur le plan substantiel, par contre, il s'agit d'une matière éminemment politique. La démocratie politique est avant tout électorale. Bien sûr, nous ne sommes plus dans l'Entre-deux-guerres et, **aujourd'hui, la démocratie pluraliste ne se réduit pas à l'élection**, ni, plus généralement, à la votation. **Mais l'élection politique reste au cœur du système démocratique.**

Dans ce cas de figure, le juge est censé exercer un contrôle juridique externe ou formel des actes de procédure ; qu'il s'agisse des actes préparatoires du vote, de ceux qui font partie de la procédure du vote elle-même et, enfin, de ceux qui relèvent de la proclamation des résultats.

**Ce principe de compétence contentieuse en matière électorale, le Conseil constitutionnel l'exerce de façon nuancée ;** sa politique jurisprudentielle est bien différenciée.

**Lorsqu'il s'agit des requêtes manifestement irrecevables, il les écarte sans statuer<sup>14</sup>.** Il ne veut pas s'encombrer des requêtes infondées, fantaisistes ou perverses et, en même temps, il ne veut pas inutilement (souci de l'effet utile) laisser peser sur l'élection un doute qui pourrait naître des contestations massives... même infondées.

**A l'autre extrême, il se refuse à apprécier la sincérité de l'adhésion des candidats aux idées** dont ils se réclament **et à intervenir dans les affaires intérieures des partis politiques** en vérifiant la régularité des investitures partisans<sup>15</sup> ou les questions touchant le fonctionnement interne des partis<sup>16</sup>.

**Entre ces deux cas de figure, le Conseil constitutionnel exerce en général son contrôle de façon relativement « prudente ».** On a pu s'essayer à un jeu de mots en parlant de sa politique juris-« prudentielle » !

Dans un premier temps, plus modeste ou moins « interventionniste », il a surtout cherché à préserver la liberté de choix des électeurs, tout en se plaçant dans l'exigence de « l'effet utile ». Ainsi, il écarte facilement les faits incriminés « qui n'ont pas excédé les limites normales de la polémique » : un dépassement non substantiel du plafond des dépenses électorales ; une diffusion de tracts ne présentant pas un caractère massif et auxquels la personne visée a pu répondre en temps utile, ou en raison de réciprocité ; la pression illégale ou illégitime qui n'a pas raisonnablement atteint un seuil dangereux, faussant réellement le libre choix.

Dans tous les cas et bien d'autres, semblables, le juge n'annule pas.

---

<sup>14</sup> Il écarte sans instruction préalable les recours prématurés ou tardifs, ayant un objet étranger au contentieux et, d'une façon générale, tous les recours où les griefs invoqués n'ont pu, d'évidence, exercer une influence sur le résultat du vote : fermeture d'un bureau de vote quelques instants avant l'heure prévue, injures d'électeurs au candidat, longueur du temps d'attente pour voter, etc. etc.

<sup>15</sup> 25-XI-2004, S., Yonne.

<sup>16</sup> 28-VI-2007, A. N., Bas Rhin, 3<sup>e</sup>.

Une certaine doctrine a critiqué cette attitude trop frileuse du Conseil, mais, en même temps, **ce self restraint du juge correspondait à une phase historique, où il construisait, sur des bases constitutionnelles fragiles, sa légitimité de juge**, en ne voulant pas trop bousculer les autres pouvoirs qui devaient « subir » l'élargissement progressif de son champ et l'intensité de ses interventions<sup>17</sup>. Dans ce contexte, **il ne voulait surtout pas apparaître comme un « juge politique »** face aux deux autres pouvoirs politiques dont il ne désirait pas devenir concurrent déclaré.

Mais l'évolution du système de la Ve République a été favorable au renforcement du rôle du Conseil constitutionnel, ce qui sera perceptible dans le contentieux électoral.

## **B. Vers un juge garant des libertés et des règles du jeu démocratique : jusqu'à l'annulation**

La Ve République française a vu le **« néoconstitutionnalisme » comme expression du « néolibéralisme » assurer une montée en puissance, c'est-à-dire en légitimité, de la norme juridique ; en éclipsant d'autant le vote politique**. Le nouveau déséquilibre entre les deux paradigmes fondateurs, déjà souligné, semble s'être manifesté dans le contentieux électoral, aussi, en autorisant le juge constitutionnel à effectuer quelques incursions plus osées dans l'évaluation substantielle et pas seulement formelle des irrégularités électorales. Dans cette démarche, il a pu être encouragé (pas assez, selon certains auteurs) par la diversification de ses ressources légitimantes, qui ne sont plus exclusivement liées à son articulation plus ou moins directe au suffrage universel. Ainsi, le juge constitutionnel français aurait largement comblé le déficit de légitimité qu'on lui reprochait au départ, au point où certains auteurs le considèrent comme un « représentant du peuple », ès qualité constitutionnelle et jurisprudentielle. Il statue « au nom du peuple français » rappelle-t-on, mais – surtout – sa jurisprudence novatrice a ouvert le droit français aux nouvelles valeurs et idées, reprises ultérieurement par le législateur.

Par exemple, **le respect de la norme et de la procédure en tant que telle devient un facteur de légitimité plus fort que par le passé**<sup>18</sup>. On a vu certains gouvernements (L. Jospin, par exemple) se précipiter, en anticipant, pour aller demander au Conseil l'aval quant à la constitutionnalité de leurs projets de lois pour en faire, par la suite, un argument du bon élève du constitutionnalisme ! Le même état d'esprit et de comportement a pu exister aussi dans les affaires électorales. Cela a favorisé **le glissement du juge vers le droit substantiel, donc politique – libérale et démocratique – où il a rencontré les principes et les logiques d'une telle politique ; les règles et l'esprit des règles d'inspiration libérale ou démocratique**. Etant le juge électoral de « plein contentieux », le Conseil constitutionnel peut rectifier les erreurs matérielles, corriger le décompte des voix<sup>19</sup>, réformer la liste des élus ou tout simplement... annuler l'élection. Il s'agit toujours d'une annulation individuelle, même lorsque

---

<sup>17</sup> Surtout dans le domaine électoral du « plein contentieux », alors que sa compétence générale est d'ordre préventif.

<sup>18</sup> Aux Etats-Unis, pays du « patriotisme constitutionnel », le respect de la règle du jeu a, depuis toujours, été primordial. Il est arrivé plusieurs fois, au cours de l'histoire, même récente, que le candidat élu président, par les « grands électeurs » - présidentiels n'ait pas eu la majorité des voix populaires, ou – même – que le candidat élu ait eu moins de voix populaires que son adversaire battu. En Europe cela serait difficilement imaginable. Aux Etats-Unis ce paradoxe a été vécu, finalement, comme une conséquence possible du procédé électoral, car la loi électorale – aussi durs soient ses résultats – c'est la loi. Ces « incidents » de la procédure sont vécus comme des frais généraux de l'entreprise électorale ! Finalement, comme dans certains sports, le tennis, par exemple, on gagne la partie si on a gagné la majorité des sets, même si on a perdu la majorité des jeux. La règle du jeu est une valeur sacrée.

<sup>19</sup> Toujours guidé par le souci de l'effet utile, il peut valider certains bulletins considérés comme nuls par la commission électorale lorsque cela permet à la tendance politique concernée d'atteindre les 5 % des suffrages et de bénéficier du remboursement des frais de campagne. Cette jurisprudence participe du souci d'assurer la diversité pluraliste des idées politiques au nom de la liberté d'expression et de choix.



cela implique une liste de dix candidats, comme c'est arrivé pour une liste de la représentation proportionnelle<sup>20</sup>.

**Même si les annulations restent encore rares<sup>21</sup>, elles reflètent la prise en compte des conditions de fond nécessaires pour « la formation libre de la volonté », la possibilité d'un « choix réel » des électeurs et – aussi – l'existence de l'égalité de chances entre les candidats.** Le Conseil met désormais en corrélation la formation libre d'une volonté avec l'exercice démocratique de cette liberté : l'existence d'un choix réel, de la concurrence crédible.

D'une façon générale, le Conseil constitutionnel estime qu'une irrégularité substantielle porte atteinte à la sincérité des opérations et de ce fait porte atteinte à la démocratie elle-même. Tout est question du seuil de gravité.

Ainsi, il a annulé lorsqu'il y a eu : la composition irrégulière de bureau de vote<sup>22</sup> ; le dépouillement irrégulier<sup>23</sup> ; l'inéligibilité du remplaçant<sup>24</sup> ; l'absence de la mise à jour des listes électorales<sup>25</sup> ; les inscriptions irrégulières<sup>26</sup> ; le dépassement du plafond des dépenses électorales<sup>27</sup> ; l'absence de transparence financière<sup>28</sup> ; propagande abusive à laquelle le concurrent ne peut répondre<sup>29</sup> ; distribution massive de tracts<sup>30</sup> ; des allégations particulièrement violentes et mensongères<sup>31</sup> ; établissement irrégulier de nombreuses procurations<sup>32</sup> ; disparition momentanée d'une liste d'émargement lors d'une élection acquise à 1 voix de majorité<sup>33</sup> ; pression sur les électeurs<sup>34</sup> ; impossibilité de circuler librement pour les électeurs autour des tables de dépouillement d'un bureau de vote constitué illégalement<sup>35</sup>.

**En matière d'élections présidentielles ou de votes référendaires il n'y a pas eu d'annulation, mais** il y a eu des contrôles « mordant » sur le substantiel. Le juge français des votations refuse de contrôler la loi référendaire « expression directe de la souveraineté nationale » (1962) et si, d'une manière générale, il ne peut pas empêcher, éventuellement, un plébiscite masqué, **il se proclame par contre compétent pour contrôler la constitutionnalité de l'opération référendaire et exige que la question posée au souverain électoral soit « claire et loyale »** ; sinon il pourrait sanctionner la question « équivoque ». Par ailleurs, le Conseil pourrait exercer une certaine influence en s'abstenant de donner son avis au Gouvernement, ce qui ne manquerait pas de jeter une certaine suspicion sur le référendum. Enfin, il peut présenter des observations et suggestions quant à la liste des organismes habilités à user des moyens officiels de la propagande (avis confidentiel, cependant).

Cette fonction consultative tribunitienne ou pédagogique, joue encore plus largement dans les élections parlementaires où elle peut concerner la pratique des sondages, la transparence financière ou celle des listes de « parrainages ».

---

<sup>20</sup> En Haute Garonne, en 1986.

<sup>21</sup> Pour plus de détails, voir ci-dessous.

<sup>22</sup> 19-II-1963, A. N., Réunion, 2<sup>e</sup>.

<sup>23</sup> 12-II-1963, A. N., Gard, 2<sup>e</sup>.

<sup>24</sup> 5-VII-1973, A. N., Lourdes, 1<sup>ère</sup>.

<sup>25</sup> 23-XI, 1988, A. N., Wallis et Futuna.

<sup>26</sup> 12-VII-1978, A. N., Paris, 16<sup>e</sup>.

<sup>27</sup> 24-XI-1993, A. N., Paris, 19<sup>e</sup>.

<sup>28</sup> 16-XI-1993, A. N., Loir et Cher, 1<sup>ère</sup>.

<sup>29</sup> 7-VI-1978, A. N., Seine Saint-Denis, 9<sup>e</sup>.

<sup>30</sup> 3-XII-1981, K. N., Paris, 2<sup>e</sup>.

<sup>31</sup> 7-VII-1993, A. N., Loire Atlantique, 8<sup>e</sup>.

<sup>32</sup> 25-XI-1988, A. N., Bouches du Rhône, 6<sup>e</sup>.

<sup>33</sup> 3-V-1996, S., Vaucluse.

<sup>34</sup> 23-X-1997, A. N., Haut-Rhin, 6<sup>e</sup>.

<sup>35</sup> 21-X-1988, A. N., Meurthe et Moselle, 19<sup>e</sup>.

Malgré les quelques avancées du juge vers le fond, il s'assigne des limites d'ordre, à la fois, quantitatif et qualitatif. **Il exige des seuils de gravité dans les irrégularités et annule globalement peu.**

Depuis le début de la Ve République on compte l'annulation des élections de 57 députés et de 9 sénateurs ; **en tout 66 cas d'annulations**, car il n'y en a pas eu en matière présidentielle, ni référendaire.

Si l'on tient compte du fait qu'il y a eu (jusqu'en 2002) 12 élections générales dans 500 circonscriptions, en moyenne, **c'est relativement peu**. D'autant qu'une tendance générale très nette du corps électoral consiste à réélire le plus souvent l'élu invalidé !

Il faut savoir en même temps que, guidé par sa doctrine de l'effet utile, **le juge n'annule pas une élection irrégulière si la correction de l'écart de voix ne change pas le résultat final.**

**Certains auteurs** se sont offusqués du fait que le seuil quantitatif soit déterminant pour procéder à l'annulation ou non. Ils **ont même jugé cela « amoral » et favorisant une « culture d'impunité » !**

Cela dit, quand le juge effectue des contrôles et prend des sanctions qui peuvent paraître trop sélectives, il agit dans le respect de **l'esprit du système qui concilie le souci de la « bonne représentativité » grâce à l'authentique liberté<sup>36</sup> de la volonté et du choix et le souci de la « bonne gouvernance », du bon fonctionnement démocratique<sup>37</sup>, grâce aux conditions exigées pour la compétition politique.**

Le contentieux électoral a été, pendant très longtemps, tenu dans l'ombre ; considéré comme un contentieux de seconde zone et en tant que tel laissé aux tribunaux ordinaires ou aux commissions électorales – spéciales. **Avec l'Etat de droit et la norme juridique promus par le néoconstitutionnalisme**, les choses changent. **Le respect des règles de droit devient un critère de légitimité de plus en plus opérant**. D'autant plus qu'avec la tendance générale de l'effacement des différences entre les idées politiques on s'installe progressivement dans un système de gouvernement ou de gouvernance – consensuel. De ce fait les critères de légitimation se déplacent vers les procédés ou procédures électorales en tant que garanties de la libre formation et expression de l'opinion politique et de l'égalité de chances alias la « bonne concurrence » des éligibles.

**Le juge constitutionnel français pourrait se saisir de certains aspects politiques, c'est-à-dire démocratiques des élections avec une meilleure conscience, et plus de transparence. En 1791, à l'Assemblée Nationale, Mirabeau disait que le contentieux électoral était « l'une des plus grandes questions politiques qui nous aient été posées ».** Et l'exemple du Tribunal constitutionnel allemand nous démontre qu'il est possible de traduire moult problèmes politiques en termes constitutionnels pour leur trouver une solution ou – au moins – une formulation juridique. **La démocratie électorale pourrait bénéficier davantage encore de la logistique de l'Etat de droit.**

On a parfois reproché au Conseil constitutionnel français d'être un « juge politique » en matière du contentieux des élections politiques, précisément. Ce reproche est trop ambigu pour être pertinent, s'il se limite à un simple slogan ou cliché, sans plus ample démonstration critique.

**En fait, le politique, en tant qu'objet, constitue la partie principale du droit constitutionnel.** Plus spécifiquement, la démocratie en tant que « régime » juridique et « système » politique est encadrée par l'Etat de droit. A la limite, pour le point de vue qui nous

<sup>36</sup> Des électeurs, notamment, quant à la libre formation et l'expression de l'opinion.

<sup>37</sup> Egalité des chances c'est-à-dire la concurrence entre les candidats.

intéresse ici, **la démocratie n'existe et ne se réalise que par les usages collectifs des droits et des libertés affirmés et garantis par l'Etat de droit – libéral, *stricto sensu*. En intervenant de façon plus ambitieuse en matière de contentieux électoral, le juge ne devient pas nécessairement « politique »**. Il ne se fait pas évaluateur des discours politiques (des candidats ou des partis) ou des politiques publiques (à travers la qualité du rapport fins-moyens ou promesses-résultats). Il se contente de vérifier l'application conforme, transparente et loyale, des règles du jeu politique, au sens de la politique « politicienne », partisane, majoritaire ou oppositionnelle, cette fois-ci. **On ne devient pas « juge politique » en étant juge du politique ; du système à travers ses règles du jeu** qui en intègrent nécessairement les idées et des valeurs essentielles, pour ne pas dire encore, sous l'emprise de Montesquieu – « l'esprit ».

### **En guise de conclusion sur le cas français en matière d'annulations**

Pour nous résumer et réagir à partir du bilan français en matière de contrôle juridictionnel des élections politiques, reprenons le reproche général que l'on rencontre souvent : le Conseil constitutionnel contrôle peu et mal. Les reproches quantitatif et qualitatif se rejoignent d'ailleurs en bonne partie, car le mal est en partie impliqué par le peu !

Il annule « peu », « très peu », voire « trop peu », selon les auteurs ; probablement par appréhension de ne pas passer pour un « juge politique », ce qui lui a été souvent objecté. Nous avons déjà essayé de lever cet argument, dans les propos précédents, en postulant qu'être juge du politique n'est pas être « juge politique » ; ni statutairement, en droit et en fait, ni fonctionnellement, à travers une jurisprudence « tendancieuse », « engagée », « politisée » ou « partisane ». De la même façon, lorsqu'il contrôle le législatif, il ne devient pas, pour autant, législateur lui-même.

Ce « trop peu » d'annulations lui est reproché au nom des exigences démocratiques ; de la déontologie démocratique, notamment. Certains contentualistes ont repris et gardé le qualificatif « amoral », pour dénoncer la tendance générale consistant à ne retenir certaines irrégularités qu'en fonction de l'arithmétique générale du vote. Les comportements frauduleux ne sont pas retenus lorsque le nombre de voix annulables ne change rien au résultat final. Mais, dans ce cas, ne s'agit-il pas d'une sorte d'incitation à la fraude, puisque le candidat concerné aurait tout intérêt à beaucoup frauder pour creuser l'écart avec le suivant !... *A fortiori*, quand les irrégularités graves sont commises par les deux candidats, le Conseil a tendance à les considérer facilement comme symétriques, dans leur « poids » de gravité réciproques, et, par conséquent, de conclure qu'elles s'annulent mutuellement<sup>38</sup>. Dans ce cas, on peut même dire que le Conseil constitutionnel, bien involontairement il est vrai, pousse les candidats à un « accord implicite de fraude » ; plus même, à une surenchère dans la fraude, car, finalement, si le premier a nettement plus de voix que le concurrent, son élection ne sera pas annulée, ni celle du suivant, pourtant sanctionnable, elle aussi.

Si, après le débat critique doctrinal, on se tourne vers l'instance de jugement elle-même, on peut déceler les raisons de ce « trop peu ». Compte tenu de l'esprit général de la jurisprudence du Conseil en matière du contentieux des élections politiques, on observe une attitude de *self restraint* du juge chaque fois qu'il est mis face à face avec le souverain électoral<sup>39</sup>, auquel il ne veut pas toucher, comme déjà évoqué.

Or, il nous semble qu'en principe, il n'y a pas de raison justifiable d'être plus réservé, voire

---

<sup>38</sup> D.C., 11-V-1989, où M. Tapie dépasse le plafond des dépenses autorisées, mais son concurrent M. Teissier, également, avec « des dépenses de même nature et d'une importance comparable ». Dans ces conditions « la méconnaissance réciproque des dispositions législatives, n'a pas eu pour effet de porter atteinte à la liberté de choix des électeurs ou à la sincérité du scrutin ».

<sup>39</sup> On se souvient notamment de la D. C. de 1962, à propos du refus de contrôler la loi référendaire, « expression directe » du souverain.

timide, face au corps électoral dans le contentieux électoral que face au « corps » du texte constitutionnel, qui est davantage encore qu'une loi ordinaire, l'expression directe du souverain constituant.

D'autant plus qu'à la différence du vote référendaire, où le souverain s'exprime globalement, en tant que tel, les annulations des élections législatives se font individuellement (selon le candidat concerné) et partiellement (selon la circonscription). Il n'est pas question de voir invalidés tous les élus – frauduleux – sur le plan national global, et que, au surplus, cette annulation change le sens de la majorité. Or, c'est la seule hypothèse, juridiquement correcte, où le souverain serait directement impliqué.