

Le juge des actes préparatoires à l'élection

Jacques ARRIGHI de CASANOVA - Conseiller d'État

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 41 (LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, JUGE ÉLECTORAL) - OCTOBRE 2013

Les scrutins politiques⁽¹⁾ sont toujours précédés d'actes administratifs ayant pour objet d'en préciser le déroulement et, d'abord, d'en décider l'organisation, le premier d'entre eux étant le décret portant convocation des électeurs. S'agissant de tels actes il ne devrait guère y avoir matière à s'interroger sur le juge compétent pour en connaître, tant il semble évident qu'ils relèvent naturellement du juge administratif et plus particulièrement, s'agissant de décrets, du Conseil d'État en premier et dernier ressort en application de l'article R. 311-1 du code de justice administrative.

Ce n'est pourtant pas exactement de cette manière qu'on peut aujourd'hui présenter le droit positif, qui fait au contraire une large place au Conseil constitutionnel pour statuer sur les recours dirigés contre les actes préparatoires aux scrutins politiques nationaux, en tout cas ceux qui, comme le décret de convocation des électeurs, ont une certaine portée. La jurisprudence qui s'est dessinée en ce sens entre 1981 et 2001 est généralement approuvée par les commentateurs. C'est ainsi que, dans une étude récemment parue, un bon connaisseur de la matière électorale⁽²⁾ écrit que la compétence étendue que le Conseil constitutionnel s'est reconnue est « *justifiée par une logique a fortiori* » ; après avoir rappelé qu'il admet depuis 1981 d'être saisi, avant le déroulement de l'élection, d'un acte de portée générale organisant les élections législatives, cet auteur souligne que « *alors que le contentieux des élections législatives n'est prévu qu'après l'élection par les textes, cette extension, qui y déroge de manière exceptionnelle, repose sur une logique du contrôle de l'ensemble de l'organisation de l'élection. Il était donc tout aussi logique qu'elle soit transposée aux cas dans lesquels ce rôle général incombe au Conseil constitutionnel* », c'est-à-dire au référendum et à l'élection présidentielle.

Cet état du droit, qui conduit le juge constitutionnel à statuer sur des recours contre des décrets en lieu et place de son voisin du Palais-Royal, est-il si logique que cela ? Peut-il, à tout le moins, être considéré comme satisfaisant ? Il est permis d'en douter car, s'il est possible de lui trouver des explications, elles n'en constituent que de bien faibles justifications, tandis que ses inconvénients l'emportent assez nettement sur ses avantages supposés.

À l'origine de cet état du droit, on trouve une jurisprudence ancienne du Conseil d'État qui a longtemps refusé d'ouvrir la voie du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes préliminaires aux élections, les regardant comme non détachables des opérations électorales. En matière d'élections municipales et cantonales, cette analyse débouchait simplement sur une irrecevabilité : un acte non détachable des opérations électorales pouvait certes être contesté devant le juge administratif, mais seulement, le cas échéant, par voie d'exception, dans le cadre du contentieux de l'élection. Ainsi le Conseil d'État regardait-il comme en quelque sorte prématuré le recours contre un acte préliminaire, tel que celui portant convocation des électeurs⁽³⁾.

S'agissant des élections « politiques » – ce qui ne visait dans un premier temps que l'élection des parlementaires –, le même refus de regarder comme détachables les actes préliminaires se traduisait au contraire en termes d'incompétence de la juridiction administrative. Sous les républiques précédentes, où la « vérification des pouvoirs » tenant lieu de contrôle de la régularité des élections relevait du Parlement lui-même, c'est une certaine conception de la séparation des pouvoirs qui conduisait le Conseil d'État à décliner la compétence de la juridiction administrative⁽⁴⁾. Après 1958, l'organisation d'un contrôle juridictionnel des élections politiques, confié au Conseil constitutionnel, n'a pas d'emblée conduit le Conseil d'État à se départir de sa réserve. Il a donc persisté à décliner sa compétence pour connaître des recours contre les actes préliminaires à de telles élections⁽⁵⁾. Encore réaffirmée au début des années 1980⁽⁶⁾, cette solution a été transposée en matière d'actes préliminaires à l'élection présidentielle⁽⁷⁾.

Cette jurisprudence était cependant contestable, à un double titre.

Elle l'était d'abord en ce qu'il est fâcheux que des actes administratifs d'une telle portée ne puissent être soumis au contrôle d'un juge en temps utile, c'est-à-dire avant l'élection : mieux vaut prévenir que guérir et il est clair qu'un recours pour excès de pouvoir jugé avant le scrutin est préférable à une saisine du juge de l'élection intervenant *a posteriori*.

Cette ligne jurisprudentielle souffrait en outre d'un défaut de cohérence, comme le montre le fait que le Conseil d'État ne l'a jamais appliquée aux consultations référendaires. En cette matière, il s'est d'abord reconnu compétent pour connaître de la légalité de la décision fixant la liste des partis habilités à bénéficier de la campagne officielle, même s'il a été conduit à prononcer un non-lieu, faute d'avoir pu statuer en temps utile⁽⁸⁾. Il est vrai que cette position a été prise alors que le Conseil constitutionnel, directement saisi avant le scrutin par les mêmes requérants, leur avait auparavant opposé une fin de non-recevoir⁽⁹⁾. La jurisprudence propre aux actes préliminaires aux référendums s'est ensuite appliquée aux décrets organisant le scrutin et fixant les conditions de déroulement de la campagne électorale⁽¹⁰⁾.

Le Conseil d'État a cependant fini par se résoudre à abandonner l'idée que les actes préparatoires au scrutin ne pouvaient en être détachés.

Cette nouvelle conception du rôle du juge en période préélectorale a naturellement trouvé à s'appliquer aux scrutins dont le contentieux relève de la juridiction administrative. Le Conseil d'État a ainsi accepté de statuer sur un recours pour excès de pouvoir contre l'acte de convocation des électeurs aux élections régionales⁽¹¹⁾, puis aux élections municipales⁽¹²⁾. La même solution avait entre temps été retenue pour les décisions fixant les règles relatives à la campagne radiotélévisée relative aux élections au Parlement européen⁽¹³⁾.

S'agissant des scrutins dont le contrôle *a posteriori* relève du Conseil constitutionnel, l'admission des recours contre les actes préliminaires s'est faite en deux temps. Le Conseil d'État s'est, dès 1983, reconnu compétent pour connaître de la légalité d'une circulaire du ministre de l'Intérieur relative à la présentation des candidatures à l'élection présidentielle⁽¹⁴⁾. Puis est venu en 1993 le tour des actes préliminaires aux élections législatives⁽¹⁵⁾. Si l'on en croit les commentateurs « autorisés »⁽¹⁶⁾, il a alors entendu donner la portée la plus large à ses décisions, concrétisant enfin, douze ans plus tard, l'infléchissement de jurisprudence que le commissaire du gouvernement Labetoulle avait appelé de ses vœux en concluant en 1981 sur l'affaire *Delmas*. La cause pouvait ainsi sembler entendue : son refus de connaître d'un décret convoquant les électeurs pour l'élection des députés appartenait désormais à une époque révolue.

Dans le même temps, une meilleure organisation de l'instruction des affaires, permettant les échanges rapides de mémoires grâce à la télécopie, mettait désormais le Conseil d'État en mesure de statuer en temps utile sur les éventuelles illégalités entachant un acte préliminaire, quel qu'il soit. Dans le cas où un tel recours ne serait pas exercé ou n'aboutirait pas, le juge de l'élection pourrait toujours être saisi de la contestation d'un acte préliminaire, par voie d'exception à l'occasion du contentieux de l'élection elle-même, ce que le Conseil constitutionnel avait admis dès ses premières décisions rendues en sa qualité de juge électoral⁽¹⁷⁾.

Ce n'est cependant pas ce schéma apparemment harmonieux qui a prévalu. Il faut sans doute en chercher les causes dans le malentendu auquel a donné lieu le dialogue entre les deux hautes juridictions à la suite de l'affaire *Delmas*. On a vu, en effet, qu'avant de se décider à procéder à cette évolution, le Conseil d'État, saisi à la suite de la dissolution de 1981 du décret convoquant les électeurs, avait cru devoir réaffirmer son incompétence⁽¹⁸⁾. Or, le Conseil constitutionnel s'était aussitôt résolu à combler le vide en acceptant de connaître d'un tel recours⁽¹⁹⁾. Qualifiée d'exceptionnelle, cette voie de recours n'était ouverte, ainsi qu'une décision ultérieure est venue le préciser, que dans la mesure où l'irrecevabilité « *risquerait de compromettre gravement l'efficacité du contrôle par le Conseil constitutionnel de l'élection des députés ou des sénateurs, vicierait le déroulement général des opérations électorales et ainsi pourrait porter atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics* »⁽²⁰⁾.

Cette solution très particulière aurait pu rester sans lendemain : le Conseil d'État ayant entendu, à partir de 1993, mettre fin à l'anomalie consistant, pour le juge du recours pour excès de pouvoir, à se déclarer incompétent pour connaître de la légalité d'un décret, les efforts qui avaient auparavant conduit en 1981 le Conseil constitutionnel à accepter de combler un vide devenaient ainsi sans objet. Il ne lui restait plus qu'à en prendre acte et, poursuivant avec le Conseil d'État le dialogue qui avait amené chacun des deux juges à prendre sa place normale dès les premiers contentieux liés aux opérations référendaires, à adopter la même solution pour les actes préliminaires aux élections législatives.

Et pourtant il n'en fut rien : saisi en 1995 d'un recours contre un décret de convocation à une élection législative partielle, le Conseil constitutionnel le rejeta, mais dans des termes traduisant sa volonté de maintenir la jurisprudence *Delmas*⁽²¹⁾. Il est même allé plus loin : alors que pour les élections législatives cette jurisprudence pouvait s'expliquer – du moins jusqu'au revirement opéré par le Conseil d'État en 1993 – par le souci de pallier l'absence de recours devant le juge administratif et qu'en matière référendaire aucun vide n'était à combler, le Conseil constitutionnel a décidé, au cours de l'été 2000, d'admettre dans les mêmes conditions sa compétence à l'égard des décrets relatifs à l'organisation du référendum sur le quinquennat et à la campagne en vue de ce scrutin⁽²²⁾. Il a ensuite fait de même pour l'élection présidentielle⁽²³⁾.

Saisi, peu après le revirement de l'été 2000, de recours contre les deux mêmes décrets, le Conseil d'État n'a pu que prendre acte du déplacement de la ligne de partage dont le Conseil constitutionnel avait pris l'initiative. On doit cependant souligner qu'il ne s'est pas pour autant résolu à abandonner sa compétence de principe à l'égard des décrets. S'inspirant de la théorie de l'exception de recours parallèle, il a

seulement jugé que la voie de recours ouverte devant le Conseil constitutionnel rendait irrecevables les recours pour excès de pouvoir dirigés contre ces décrets(24). Ultérieurement transposée en matière d'élections parlementaires(25), cette solution vaut naturellement aussi pour les décrets organisant les élections présidentielles.

La jurisprudence des deux voisins du Palais-Royal s'est, dans le même temps, attachée à déterminer l'étendue exacte de la compétence exceptionnelle du Conseil constitutionnel, qu'on peut en définitive résumer comme se limitant au contrôle de la légalité des « décrets spécifiques à une élection déterminée »(26). Se trouvent ainsi exclus non seulement ceux qui ont un caractère permanent, mais aussi d'autres actes administratifs dont la portée peut ne pas être négligeable pour une élection déterminée, tels qu'une recommandation du Conseil supérieur de l'audiovisuel concernant la campagne sur les ondes ou encore, s'agissant de l'élection présidentielle, une décision de la commission nationale de contrôle refusant l'homologation de l'affiche et de la profession de foi d'un candidat. Dès lors que la compétence du Conseil constitutionnel ne s'applique pas à ces actes, il appartient au juge administratif d'en connaître directement.

Ainsi le dialogue des juges a-t-il permis à chacun de trouver une place dans le contentieux des actes préliminaires aux scrutins politiques nationaux, ce qui a conduit certains commentateurs à estimer que : « *les requérants sont maintenant à même de déterminer avec une certitude raisonnable le juge devant lequel ils doivent présenter les requêtes qu'ils envisagent de former contre des actes préliminaires aux élections législatives et présidentielle et aux référendums* »(27).

Pour autant, on éprouve quelques difficultés à se convaincre du bien-fondé de la jurisprudence qui prévaut pour tous les scrutins politiques depuis l'été 2000. Sans doute l'ouverture d'une voie de recours devant le Conseil constitutionnel contre certains décrets a-t-elle l'explication historique précédemment rappelée, c'est-à-dire le souci, en 1981, de combler le vide né du refus que le Conseil d'État opposait encore aux recours portés devant lui contre les actes préliminaires aux élections parlementaires. Mais il reste à se demander si ses justifications sont suffisamment solides, ce dont on peine à se convaincre tant cette construction prétorienne revient, *contra legem* et sans raisons véritablement déterminantes, à déposséder le Conseil d'État de sa mission naturelle.

S'agissant d'abord de son fondement, on le trouve difficilement dans les textes qui définissent la compétence du Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse de la Constitution ou de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 : la première le charge en termes généraux de veiller à la régularité des opérations ; la seconde précise que ses attributions ont un caractère consultatif en ce qui concerne les opérations préliminaires au scrutin, ce qui exclut normalement l'exercice d'une compétence juridictionnelle à ce même stade. Or, le Conseil constitutionnel est de manière générale attaché au principe selon lequel il n'exerce que de strictes compétences d'attributions. Les motifs de sa première décision refusant de connaître des actes préliminaires aux référendums l'illustrent éloquemment : après avoir relevé qu'en cette matière, ses attributions, « *telles qu'elles résultent de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958, sont purement consultatives* » et « *qu'aucun texte ne lui confère compétence pour statuer, par dérogation aux règles du droit commun, sur les protestations ou recours susceptibles d'être présentés contre les décisions prises à cet égard par le Gouvernement* », la haute instance souligne « *que, si, à la vérité, en vertu de l'article 50, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance susvisée "le Conseil constitutionnel examine et tranche définitivement toutes les réclamations", ce dernier terme doit être entendu dans le sens que lui donne la législation applicable en matière électorale et vise exclusivement les protestations susceptibles d'être formulées à l'issue du scrutin contre les opérations effectuées* ».

Et si sa décision *Delmas* de 1981 a pu correspondre à un « état de nécessité constitutionnel » – pour reprendre l'heureuse expression de Bruno Genevois(28), ancien secrétaire général du Conseil – cet état, qui n'avait jamais existé en matière référendaire, ayant disparu pour les autres scrutins politiques, le Conseil constitutionnel pourrait sans inconvénient renoncer à toute incursion dans le contrôle direct de la légalité des actes administratifs.

On peut d'ailleurs ajouter que, faute de fondement assuré, la nature exacte de cette voie de recours demeure incertaine. On ne sait si elle est assimilable au recours pour excès de pouvoir. On en ignore en particulier les conditions de recevabilité, notamment celles relatives aux délais de saisine du juge.

En outre, le justiciable y trouve d'autant moins son compte qu'en ce qui concerne l'élection présidentielle et le référendum, il peut éprouver quelques difficultés à comprendre comment le Conseil constitutionnel peut ainsi juger des actes sur lesquels il a, dans le cadre de la mission consultative que lui attribue la loi organique, émis un avis peu de temps auparavant. Sans doute la difficulté qui en résulte ne tient-elle pas au fait que ce soit la même institution qui juge un acte sur lequel elle avait été consultée : dans le cas du Conseil d'État, ses effectifs et son organisation lui permettent de veiller à ce que, comme le prévoyait déjà l'article 20 de la loi du 24 mai 1872, ceux qui ont donné l'avis ne siègent pas au contentieux sur le même acte(29).

Tout autre est la situation du Conseil constitutionnel, au sein duquel ce sont nécessairement les mêmes personnes qui, par l'effet de la

jurisprudence de 2000, sont amenées à statuer sur des recours dirigés contre des actes sur lesquels elles ont auparavant donné un avis, dont on sait que les gouvernements successifs ont toujours tenu le plus grand compte. À quoi bon s'exposer ainsi à la critique, alors que l'impartialité effective de chacun de ses membres n'est pas en cause ? Et s'y s'exposer inutilement car, ainsi qu'on a essayé de le montrer, aucun « état de nécessité constitutionnel » n'impose qu'il s'approprie, là où la loi organique ne lui confie qu'une mission consultative, une compétence juridictionnelle que le droit commun attribue au Conseil d'État.

Il est dans ces conditions permis de trouver préférable l'état du droit qui prévalait jusqu'à l'été 2000, s'agissant du référendum et de l'élection présidentielle. En y revenant et, pour les élections parlementaires, en refermant la parenthèse ouverte par la malencontreuse affaire *Delmas*, chaque juge serait alors dans son rôle. Converti depuis longtemps déjà à la culture de l'urgence, le Conseil d'État serait parfaitement à même de remplir son office de juge de l'excès de pouvoir avec les moyens qui sont les siens, en particulier ceux du référé issu de la loi du 30 juin 2000. De son côté, le Conseil constitutionnel assumerait normalement son rôle de juge du scrutin, apte à examiner le cas échéant, par voie d'exception, des moyens dirigés contre les actes préparatoires.

À cet égard, on ne saurait mieux dire que Bruno Genevois, dans une chronique consacrée au rôle du Conseil constitutionnel dans le contrôle du référendum⁽³⁰⁾, lorsqu'il y soulignait que cette haute instance mène à ce titre une action préventive qui lui permet de veiller à la régularité des opérations à venir, avant de conclure, dans des termes qui conservent toute leur pertinence : « *Dès lors que son intervention se développe harmonieusement dans un cadre consultatif, il n'est nul besoin pour lui d'étendre de façon prétorienne ses compétences juridictionnelles, au risque de faire de son intervention un enjeu de la campagne électorale ou référendaire* ». De son côté, le Conseil d'État n'aurait pas même besoin de procéder à un revirement de jurisprudence pour reprendre toute sa place dans le contentieux à l'égard des actes préliminaires : il est à cet égard significatif de relever, comme le faisaient les commentateurs « autorisés » déjà cités⁽³¹⁾, qu'en réaffirmant au cours de l'été 2000 sa compétence et en se situant simplement sur le terrain de la recevabilité dont les critères sont plus aisés à modifier, le Conseil d'État a entendu préserver l'avenir : « *Prenant acte d'une frontière qui ne le satisfait pas entièrement, [il] se ménage la possibilité, au cas où le Conseil constitutionnel reviendrait sur sa solution, d'occuper immédiatement le terrain laissé vacant, sans qu'il soit pour cela nécessaire de modifier les règles définies le 1^{er} septembre 2000* ».

Conforme à la logique institutionnelle et aux règles écrites définissant la compétence de chacun, une telle répartition des rôles serait, ainsi que les lignes qui précèdent ont essayé de le montrer, bien plus satisfaisante.

⁽¹⁾ Compte tenu du thème retenu pour le numéro de cette revue dans lequel elle s'insère, la présente contribution ne concerne que les opérations électorales dont le contentieux relève du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire les élections parlementaires et présidentielles, auxquelles on peut assimiler – bien qu'il ne s'agisse pas, à proprement parler, d'élections – les scrutins référendaires.

⁽²⁾ Jean-Pierre Camby, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans la préparation et la surveillance du processus électoral », *Petites affiches*, 5 décembre 2012, n° 243, p. 18.

⁽³⁾ CE, section, 20 décembre 1946, *Cazalan*, Lebon, p. 314.

⁽⁴⁾ CE, 6 août 1912, *Maître*, Lebon, p. 982 ; Ass., 8 juin 1951, *Hirschowitz et autres*, Lebon, p. 320.

⁽⁵⁾ CE, 14 juin 1963, *Bellot*, Lebon, p. 369.

⁽⁶⁾ CE, 3 juin 1981, *Delmas*, Lebon, p. 244.

⁽⁷⁾ CE, Ass. 6 mai 1966, *Chaix*, Lebon, p. 305.

⁽⁸⁾ CE, Ass. 27 octobre 1961, *Le Regroupement national*, Lebon, p. 594.

⁽⁹⁾ Cons. const., déc. n° 60-2 REF du 23 décembre 1960, *Regroupement national*, Rec., p. 67.

⁽¹⁰⁾ CE, 19 octobre 1962, *Brocas*, Lebon, p. 553 ; CE, Ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, Lebon, p. 327.

⁽¹¹⁾ CE, 9 février 1983, *Esdras*, Lebon, p. 48.

⁽¹²⁾ CE, 28 janvier 1994, *Spada et autres*, Lebon, p. 38.

⁽¹³⁾ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Horblin et autres*, Lebon, p. 199.

(14) CE, 28 septembre 1983, *Bauby*, Lebon, p. 372.

(15) CE, Ass., 12 mars 1993, *Union nationale écologiste*, Lebon, p. 67 ; section, 26 mars 1993, *Parti des travailleurs*, Lebon, p. 87.

(16) Chron. C. Maugué et L. Touvet, *AJDA*, 1993, p. 336.

(17) Cons. const., déc. n° 62-235/236 AN du 10 juillet 1962, *A.N., Wallis-et-Futuna*, Rec., p. 39.

(18) CE, 3 juin 1981, *Delmas*, précité.

(19) Cons. const., déc. n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981, *Delmas*, Rec., p. 97.

(20) Cons. const., déc. n° 82-2 ELEC des 16 et 20 avril 1982, *Bernard et autres*, Rec., p. 109.

(21) Cons. const., déc. n° 95-10 ELEC du 8 juin 1995, *Bayeurte*, Rec., p. 213 ; obs. O. Schrameck, *AJDA*, 1995, p. 517.

(22) Cons. const., déc. n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, *Hauchemaille*, Rec., p. 117 ; déc. n° 2000-23 REF du 23 août 2000, *Larrourou*, Rec., p. 137 et n° 2000-24 REF du 23 août 2000, *Hauchemaille*, Rec., p. 134.

(23) Cons. const., déc. n° 2001-95 PDR du 14 mars 2001, *Hauchemaille*, Rec., p. 53.

(24) CE, Ass., 1^{er} septembre 2000, *Larrourou, Meyet et autres*, Lebon, p. 365 ; chron. M. Guyomar et P. Collin, *AJDA*, 2000, p. 803.

(25) CE, section, 14 septembre 2001, *Marini*, Lebon, p. 423.

(26) Voir le commentaire au n° 12 de cette revue de la décision *Hauchemaille* n° 2001-96 PDR du 13 décembre 2001.

(27) Chron. M. Guyomar et P. Collin, *AJDA*, 2001, p. 858.

(28) V. son commentaire des décisions *Diémert* et *Bannel* à la *RFDA*, 1988, p. 887.

(29) Règle aujourd'hui codifiée à l'article R. 122-21-1 du code de justice administrative.

(30) Commentaire précité à la *RFDA*, 1988.

(31) Chron. M. Guyomar et P. Collin précitée.