

Le rôle du Conseil constitutionnel dans le contrôle des élections présidentielles et des opérations de référendum

Discours de Renaud DENOIX DE SAINT MARC - avril 2013

I. Un bref rappel des dispositions pertinentes de la Constitution est nécessaire.

L'élection du Président de la République au suffrage universel direct, depuis la révision de 1962, est régie par l'article 6 de la Constitution. Le Président est élu pour une durée de cinq ans, par l'effet de la loi constitutionnelle du 2 octobre 2000, et son mandat est renouvelable une fois.

Le référendum est prévu par trois dispositions de la Constitution : les articles 11, 89 et 88.5. Je laisse de côté cette dernière disposition, introduite à des fins circonstancielles, qui prévoit la possibilité de soumettre au référendum l'adhésion d'un nouvel Etat à l'Union européenne et qui, à ce jour, n'a reçu aucune application. Restent les articles 89 et 11. L'article 89 traite du référendum constituant. Le référendum est la règle, après que le projet ou la proposition de révision a été adopté dans les mêmes termes par les deux Assemblées. Toutefois, il existe une possibilité d'éviter le référendum en soumettant le projet ou la proposition de révision aux deux Assemblées réunies conjointement en congrès ; le congrès doit adopter la révision à la majorité des trois cinquièmes.

À la vérité, toutes les révisions constitutionnelles, menées dans le cadre de l'article 89 sauf une, ont été adoptées selon la procédure du congrès. Une seule a été soumise au référendum, parce que sa portée était à la fois simple à comprendre et populaire ; il s'agit de la réduction de la durée du mandat du Président de la République de sept à cinq ans, en l'an 2000.

L'article 11 traite du référendum législatif. Le référendum, dont le Président de la République a l'initiative, ne peut intervenir que dans certaines matières, largement définies par l'article 11 lui-même :

- l'organisation des pouvoirs publics ;
- une réforme relative à la politique économique, sociale ou environnementale.
- l'autorisation de la ratification d'un traité ayant des incidences sur le fonctionnement des institutions.

A la vérité, l'article 11 a été modifié en 2008 pour instituer un référendum d'origine parlementaire soutenu par une partie du corps électoral. Je n'en parlerai pas dès lors que ces dispositions n'ont pas pu être encore mises en œuvre, la loi organique nécessaire à son application n'étant pas encore définitivement adoptée.

Le référendum de l'article 11 a connu plus de succès que celui de l'article 89. Il a même été mis en œuvre deux fois en matière constitutionnelle, en 1962 et en 1969, par le Général de Gaulle dans des conditions contestées et contestables. En dehors de ces cas, il l'a été à deux reprises pour faire adopter des lois relatives au statut puis à l'indépendance de l'Algérie (1961 et 1962), une fois à propos du statut d'une collectivité d'outre-mer, la Nouvelle Calédonie (1988), et trois fois à propos de la construction de l'Europe (1972 : adhésion du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Irlande ; 1992 : traité de Maastricht ; 2005 : Constitution pour l'Europe). Deux référendums ont donné une réponse négative, en 1969 en matière de révision constitutionnelle à propos de la réforme du Sénat et de l'organisation régionale ; en 2005, à propos de l'autorisation de ratifier le traité portant Constitution pour l'Europe.

Ces dispositions constitutionnelles sont complétées par d'autres dispositions, constitutionnelles ou législatives, qui concernent plus spécifiquement le Conseil constitutionnel.

L'article 58 de la Constitution dispose que le Conseil « veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin ». Je mentionne aussi les dispositions de l'article 7 qui ont pour objet de traiter de l'hypothèse où l'un des candidats à l'élection présidentielle décède ou se trouve empêché au cours de la campagne et qui donnent au Conseil le pouvoir de reporter l'élection. Ces dispositions n'ont jamais à ce jour eu à jouer.

L'article 60, pour sa part, donne au Conseil constitutionnel le devoir de veiller à la régularité des opérations de référendum et d'en proclamer les résultats.

A ces dispositions constitutionnelles, s'ajoutent des dispositions de loi organique.

Tout d'abord, l'ordonnance portant loi organique du 6 novembre 1962, modifiée à de nombreuses reprises, régit l'élection du Président de la République. Elle est complétée par un décret du 8 mars 2001, modifié lui-même 5 fois. Le rôle du Conseil constitutionnel y est précisé tout au long de la procédure. Il est à relever que les nombreuses modifications qui ont été apportées à ce texte législatif et à ce texte réglementaire sont consécutives aux observations que le Conseil a adressées au Gouvernement au fur et à mesure de l'expérience qu'il tirait des élections présidentielles dont il avait à assurer la régularité.

En second lieu, en matière référendaire, c'est dans la loi organique relative au Conseil constitutionnel qu'est précisé le rôle du Conseil dans l'organisation du référendum, les opérations du scrutin et la proclamation des résultats. Le Conseil constitutionnel doit être consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum. Il peut présenter les observations concernant la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande. Il peut désigner des délégués chargés de suivre sur place les opérations. Il assure directement la surveillance de recensement général. Il examine et tranche définitivement toutes les réclamations. Enfin, il proclame les résultats du référendum.

Lorsqu'on compare ces deux séries de propositions, relatives, les unes à l'élection présidentielle, les autres au référendum, on ne peut manquer d'être frappé par un contraste. L'élection présidentielle est organisée de façon minutieuse par la Constitution et la loi, alors que le référendum n'est l'objet que d'une réglementation qui lui est particulière et qui résulte de dispositions décrétales. Le Conseil d'Etat a jugé qu'en l'absence de dispositions législatives, le Gouvernement pouvait compétemment agir par la voie du décret pour organiser chaque référendum, au cas par cas. Le Conseil constitutionnel a appelé de ses vœux des dispositions législatives de portée générale, puisque le référendum procède de l'exercice des droits civiques. Mais jusqu'à ce jour, aucune mesure législative n'est intervenue en ce sens. Aussi bien, pour ce qui concerne la procédure à suivre pour statuer sur les réclamations portant sur un scrutin référendaire, le Conseil constitutionnel a adopté un règlement de procédure par une délibération du 5 octobre 1988 ; mais ce règlement permanent ne touche qu'à un aspect très limité de l'organisation d'un référendum.

II. Comme on a pu s'en rendre compte par l'analyse des textes régissant l'élection du Président de la République et le référendum, l'intervention du Conseil constitutionnel prend place à trois moments différents de ces opérations

- au stade de la préparation des opérations du scrutin,
- dans la surveillance du scrutin lui-même,
- pour la proclamation des résultats du scrutin.

1. Dans la préparation de l'élection ou du référendum.

a) En matière d'élection du Président, le Conseil donne des avis, prend des décisions, et exerce une activité juridictionnelle.

Il est consulté sur tous les textes relatifs à l'élection. Il collecte les présentations, vérifie leur authenticité et contrôle la représentativité de la liste des cinq cents présentateurs, nombre nécessaire pour soutenir utilement une candidature (elle doit rassembler des présentations provenant d'au moins trente départements, sans que plus d'un dixième (50) provienne d'un même département).

Il établit, au vu de ces présentations, la liste des candidats, après s'être assuré, d'une part du consentement de ceux-ci et avoir, d'autre part, tiré au sort l'ordre dans lequel la liste est établie.

Il publie, dans la limite du nombre de cinq cents le nom de présentateurs de chaque candidat, en procédant au tirage au sort.

Tout cela ne présente pas de difficulté de principe, même si la vérification des présentations est une lourde tâche pour les collaborateurs du Conseil.

Plus difficile est la question de savoir si le Conseil peut être saisi de demandes contentieuses contestant les actes préparatoires à l'élection. Le Conseil a d'abord admis qu'il pouvait statuer sur la demande d'un candidat contestant l'éligibilité d'un autre candidat (CC 17 mai 1969 Ducatel c/ Krivine) ainsi que sur les conclusions dirigées contre la liste des candidats arrêtée par ses soins (11 avril 1981 Fouquet, Le Pen et Schern).

Aujourd'hui, il admet largement sa compétence pour statuer avant le scrutin sur les contestations relatives aux actes préparatoires, étendant ainsi une jurisprudence qu'il avait inaugurée à propos des élections législatives puis étendue au référendum. Il considère que sa mission

générale de contrôle de la régularité de l'élection lui fait le devoir de statuer sur les requêtes mettant en cause l'élection à venir « dans le cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle de l'élection, vicierait le déroulement général des opérations électorales ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics ». Ainsi, il a accepté de statuer sur des conclusions critiquant le décret de convocation des électeurs (19 avril 2007 Galland).

Il s'agit là d'une jurisprudence assez audacieuse. Elle est prétorienne, parce qu'elle n'a aucune base dans une disposition législative, parce qu'elle a pour effet de faire statuer le Conseil constitutionnel sur des actes administratifs, parce que le Conseil accepte de statuer sur des textes sur lesquels il a pris parti auparavant, au risque d'être juge et partie, parce qu'enfin, on ne sait pas si, en l'occurrence, le Conseil est un juge de la seule légalité ou s'il est investi d'un pouvoir de pleine juridiction qui lui permettrait de réformer la disposition déferée. Mais cette jurisprudence est née des hésitations et tergiversations du Conseil d'Etat qui en aurait été, ce me semble, le juge naturel. Mais le Conseil d'Etat a eu scrupule à se reconnaître compétent dans un domaine où le Conseil constitutionnel intervenait comme consultant du Gouvernement ou comme maître d'œuvre (pour arrêter la liste des candidats par exemple) et s'est demandé s'il avait la capacité de juger les contentieux de cette nature en temps utile, c'est-à-dire avant l'échéance de l'élection. Ainsi, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est plus opportune que juridiquement incontestable.

Il est enfin possible qu'au cours de cette période préparatoire au scrutin, le Conseil constitutionnel soit amené à statuer sur une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause la conformité à la Constitution d'une disposition législative applicable au scrutin. C'est ce qu'il a fait l'an dernier sur renvoi par le Conseil d'Etat de la contestation par Madame Le Pen de la règle législative de la publicité du nom de cinq cents présentateurs (CC. 21 février 2012 Le Pen).

b) en matière de référendum, le Conseil est consulté par le Gouvernement sur les textes relatifs à l'organisation de chaque référendum, puisqu'il n'existe pas de législation générale et permanente sur ce point et qu'à défaut de législation, c'est au Gouvernement qu'il incombe, à chaque occasion, de fixer les modalités nécessaires à l'organisation du référendum (C.E. 10 septembre 1992 Meyet).

Les textes sur lesquels le Conseil est consulté sont

- le décret du Président décidant de soumettre un projet de loi au référendum,
- le décret portant organisation du référendum,
- le décret relatif à la campagne en vue du référendum,
- le décret particulier aux collectivités d'outre-mer,
- la liste des partis politiques habilités à participer à la campagne.

S'agissant du décret du Président décidant de soumettre un projet de révision constitutionnelle au référendum, le Conseil constitutionnel n'a pas grand chose à contrôler, sinon que le projet ou la proposition de révision a bien été examiné dans les conditions de délai prévus par l'article 89 alinéa 2 de la Constitution et a bien été adopté en termes identiques par les deux Assemblées. Mais comme il n'existe pas de principes supra-constitutionnels, le Conseil n'a pas d'avis à émettre sur la portée du texte destiné à être soumis au référendum.

Mais, s'agissant en revanche, du référendum législatif, l'article 11 de la Constitution pose non seulement des conditions de procédure (proposition du Gouvernement ou proposition conjointe des deux Assemblées) mais aussi des conditions de fond (organisation des pouvoirs publics ; réforme relative à la politique économique, sociale ou environnementale ; ratification d'un traité ayant une incidence sur le fonctionnement des institutions). L'article 11 doit aussi être regardé comme interdisant d'en faire usage pour une révision constitutionnelle. Dès lors, le Conseil constitutionnel doit porter, dans son avis, une appréciation sur le respect des conditions de fond posées par l'article 11. Dans son avis non publié sur l'utilisation de l'article 11 pour faire adopter la règle de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, en 1962, le Conseil avait fait des réserves sur la procédure suivie. Mais il n'existe pas, dans notre droit, de contrôle juridictionnel préalable sur la décision de recourir au référendum. Un contrôle de cette nature avait été envisagé à l'occasion d'un avant-projet de révision de la Constitution, sous la présidence du Président Mitterrand, qui n'a pas eu de suite. Mais le principe même d'un contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel avait été critiqué, sur le fondement de l'article 5 de la Constitution qui charge le Président de la République de veiller « au respect de la Constitution » et de la légitimité démocratique de celui-ci, élu au suffrage universel direct. Un contrôle juridictionnel préalable sur un acte du Président de la République, contrôle non prévu par la Constitution, serait apparu comme relevant du gouvernement des juges.

Pourtant, comme en matière électorale, et même avant qu'il ait exercé ce contrôle en matière électorale, le Conseil constitutionnel a admis sa compétence, dans les mêmes conditions, pour statuer, avant le référendum, sur les actes administratifs préparatoires au scrutin (CC 25 juillet 2000 Hauchemaille). Cette compétence ne pose guère de difficultés à trancher, qu'il s'agisse de la contestation du contenu des éléments d'information adressés aux électeurs, de la date retenue pour acheminer les documents électoraux, le temps consacré à la campagne électorale,

la liste des partis habilités à participer à la campagne etc... En revanche, cette compétence pourrait poser une question délicate si était contestée la conformité à la Constitution du texte même de la loi soumise au référendum. En effet, on retrouverait là le contrôle juridictionnel préalable qu'on veut éviter et dans des conditions beaucoup plus contestables, car le recours contre les actes administratifs préalables au référendum est ouvert à tous les citoyens. C'est une voie dans laquelle il est improbable que le Conseil s'engage, d'une part, parce que sa compétence en matière de référendum, définie par la Constitution, ne permet guère cette audace et, d'autre part, parce que la contestation de la conformité de la loi à la Constitution est fixée par des règles précises (saisine par certaines autorités ou par 60 députés ou 60 sénateurs, s'agissant de la loi votée avant la promulgation ; procédure de la QPC pour la loi en vigueur) qui ne s'accommoderaient pas d'un « coup de force » du Conseil constitutionnel. Aussi bien, sa décision du 24 mars 2005 Hauchemaille, où il a affirmé que le texte soumis au référendum n'était pas, en tout état de cause, contraire à la Constitution, ne doit pas être interprétée comme dessinant une évolution en ce sens, du moins à mon avis.

2. Le deuxième stade de l'intervention du Conseil constitutionnel se situe dans la campagne électorale et dans le contrôle des opérations de vote.

a) La campagne électorale préalable à l'élection du Président de la République est placée sous le contrôle d'une commission nationale, créée par voie réglementaire, présidée par le vice-président du Conseil d'Etat et comprenant notamment le Premier Président de la Cour de cassation et le premier Président de la Cour des comptes. L'action de cette commission nationale est démultipliée au niveau départemental par des commissions locales. Mais le Conseil constitutionnel intervient lui aussi, notamment pour déterminer les conditions de la campagne radio-télévisée. Jusqu'à présent, trois périodes successives étaient distinguées : la « pré-campagne » ; s'ouvrant trois mois environ avant l'échéance et expirant avec la publication de la liste des candidats ; pendant cette période, les médias de la radio et de la télévision doivent traiter équitablement les prétendants à la candidature et les courants politiques qui les soutiennent ;

- la période intermédiaire, qui court de la publication de la liste des candidats jusqu'au début de la campagne officielle ;

- puis la période de la campagne elle-même, qui se clôt l'avant-veille du scrutin.

Jusqu'à présent, le Conseil a fait prévaloir la règle de la stricte égalité de traitement de tous les candidats au cours de ces deux périodes. Or, l'application de cette règle tout au long de ces deux périodes crée de grandes difficultés de programmation aux médias, privilégie à l'excès des candidats marginaux et lasse l'opinion. Aussi, dans ses dernières observations, postérieures à l'élection présidentielle de 2012, le Conseil a proposé d'affranchir les médias du respect de la règle de l'égalité avant le début de la campagne officielle.

Avant l'ouverture de la campagne officielle, des critères objectifs et rationnels d'évaluation de la représentativité des candidats permettraient de n'appliquer qu'un principe d'équité dans le traitement médiatique des candidats. En revanche, bien sûr, la stricte égalité de traitement s'appliquerait tout au long de la campagne officielle.

Enfin, le Conseil constitutionnel veille au déroulement des opérations de vote, par l'intermédiaire de ses délégués qui ont accès aux bureaux de vote et peuvent mentionner au procès-verbal tenu par chaque bureau leurs observations.

b) En matière de référendum, les opérations sont plus simples. Il ne s'agit que de répondre par « oui » ou par « non » à une question, dans un acte unique. Un traitement égal doit être appliqué aux partis politiques habilités à participer à la campagne. L'Etat leur fournit des moyens de propagande. Il faut veiller à une répartition équitable de ces moyens en fonction de la représentativité des différents courants d'opinion, qu'il s'agisse des partis politiques représentés au Parlement ou de ceux qui, non représentés, ont tout de même obtenu un certain pourcentage des suffrages (5 p.100 par exemple) au cours de l'élection nationale la plus récente.

Le Conseil constitutionnel veille à la régularité du scrutin. Il envoie des délégués dans les départements et les collectivités d'outre-mer. Ces délégués ont les mêmes attributions qu'en matière d'élections présidentielles.

3. La Constitution confère au Conseil constitutionnel, dans les deux hypothèses, la mission de proclamer les résultats du scrutin.

Il incombe donc au Conseil de centraliser le plus vite possible l'ensemble des procès-verbaux qui ont été déjà centralisés au chef-lieu du département le soir-même du scrutin. Le Conseil examine les rapports de ses délégués et peut entendre ces derniers en leurs commentaires oraux. Il statue sur les réclamations qui ont pu être formulées soit par les électeurs, concernant les irrégularités qui ont pu être commises dans le bureau de vote où ils sont inscrits, soit par le préfet, concernant les irrégularités qu'il relève et qui peuvent porter sur plusieurs bureaux de vote de son département, soit par l'un des candidats portant, alors, sur l'ensemble des opérations électorales. Le Conseil peut donc rectifier les résultats consignés aux procès-verbaux. Il dispose, pour ce faire, d'un bref délai qu'il n'a d'ailleurs jamais épuisé. Après avoir arrêté les résultats

du premier tour, il arrête la liste des deux concurrents pour le second tour. A l'issue du second tour, après avoir statué sur les réclamations et procédé aux rectifications qui peuvent en résulter, il proclame les résultats qui sont définitifs. Il n'existe pas en effet de voie de recours contre les résultats proclamés.

Les opérations de proclamation des résultats d'un référendum obéissent aux mêmes principes. Elles sont, en fait, plus simples. La proclamation des résultats du référendum ne peut donner, non plus, lieu à aucun recours.

De même, la loi adoptée à l'issue d'un référendum ne peut pas être soumise au contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel. Il considère en effet que la Constitution limite sa compétence aux lois adoptées par le Parlement. C'est ce qu'il a jugé tant en 1962 qu'en 1992.

4. A l'issue de ces deux types de scrutin, il est loisible au Conseil constitutionnel de formuler des observations qui sont publiées au J.O.

En matière de référendum, il a regretté, en l'an 2000, l'absence d'une législation permanente organisant les opérations de cette nature.

En matière d'élections présidentielles, ses observations ont été à l'origine d'une révision de la Constitution, pour traiter de l'hypothèse du décès ou de l'empêchement d'un candidat, et de nombreuses modifications législatives ou réglementaires. Par exemple, la règle des 500 présentateurs résulte d'une observation du Conseil constitutionnel en 1974. Il lui arrive de dénoncer des irrégularités graves et récurrentes, bien qu'elles soient très rares. Il souligne les difficultés que peut engendrer telle ou telle règle de droit électoral, telle, par exemple, que celle qui permet aux Français résidant hors de France de voter soit au consulat de leur résidence soit dans une commune de rattachement située sur le territoire national. Il propose des réformes. C'est ainsi qu'il a proposé que la liste exhaustive des noms des « présentateurs » soit rendue publique ; devant l'inertie du Gouvernement et du Parlement, il a renoncé en 2012 à cette suggestion. Dans ses dernières observations, il a proposé que tous les bureaux de vote soient ouverts jusqu'à 20 heures, alors qu'aujourd'hui ils sont clos à 18 h dans les petites communes et à 20 h dans les grandes.

5. Enfin, dans le cas particulier des élections présidentielles, le Conseil constitutionnel peut être amené à statuer sur le compte de campagne de l'un des candidats.

En effet, si l'Etat prend directement en charge de façon traditionnelle certaines des dépenses liées au scrutin (bulletins de vote ; affichage officiel ; diffusion des émissions de propagande), il contribue aussi de façon forfaitaire, depuis 1988 aux frais exposés par les candidats.

Mais les dépenses des candidats sont plafonnées et les ressources financières qu'ils peuvent utiliser sont réglementées. (interdiction des dons des personnes morales ; limitation du montant des contributions des personnes physiques etc...). Les candidats sont tenus de tenir un compte de campagne retraçant les recettes et les dépenses. A l'issue du scrutin, les comptes de campagne sont transmis à une commission des comptes de campagne et des financements politiques, comme c'est la règle pour les autres élections. La commission approuve, rejette ou réforme les comptes de chaque candidat. Si elle constate des irrégularités qu'elle juge très graves, elle peut rejeter le compte, ce qui entraîne, pour le candidat, la perte du droit au remboursement forfaitaire. Elle peut aussi se borner à réduire le montant du remboursement forfaitaire en fonction de la gravité des irrégularités qu'elle rencontre. Elle peut aussi, bien sûr, approuver le compte.

Mais le Conseil constitutionnel peut être saisi par le candidat de la décision prise par la commission nationale lorsqu'elle est défavorable. Le Conseil constitutionnel dispose alors des mêmes pouvoirs que la Commission.

Aujourd'hui, le Conseil constitutionnel est saisi d'un recours de M. Sarkozy, la Commission nationale de contrôle ayant rejeté son compte de campagne. L'affaire est à l'instruction, menée par deux rapporteurs adjoints, membres du Conseil d'Etat.