

Quel(s) « juge(s) » pour les élections :
le chemin dyspraxique de la modélisation à la mise en œuvre pratique

Ariane Vidal-Naquet & Xavier Magnon
Professeurs de droit public
Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Qui doit juger de la régularité des élections ? La question renvoie aux valeurs essentielles sur lesquelles reposent nos sociétés et, en particulier, à la démocratie et à l'Etat de droit. Le contrôle de la régularité des élections est une garantie de la réalité et de la sincérité de l'expression de la démocratie et l'expression de l'Etat de droit en matière électorale. Juger de la régularité des élections c'est, d'une part, apprécier la sincérité de l'expression du peuple dans la désignation de ses représentants ou dans la manifestation de ses choix normatifs en matière référendaire et, d'autre part, garantir le respect du droit dans le système juridique.

Aussi le choix de celui qui apprécie la régularité des scrutins est-il décisif. Vue d'Europe, la question qui se pose est celle de savoir si le juge constitutionnel n'est pas le juge « naturel » des élections politiques. Dans de nombreux pays européens, en effet, ce contentieux est confié au juge constitutionnel, plus exactement à la cour constitutionnelle, classiquement entendue comme un organe créé spécifiquement et exclusivement pour connaître du « contentieux constitutionnel ». Il est même possible de considérer que le modèle européen de justice constitutionnelle renvoie à un modèle de contrôle de la régularité dans un système juridique visant à confier à un organe spécial, en l'occurrence une cour constitutionnelle, le soin de résoudre des litiges présentant une dimension politique forte et liés à l'application de la Constitution¹. Parce qu'il présente cette dimension politique forte et liée à l'application de la Constitution, le contentieux électoral est donc souvent, en pratique, confié à la Cour constitutionnelle.

Cette logique est inspirée du système autrichien, dans lequel la Cour constitutionnelle est, dès 1920, juge des élections des députés et au niveau des Länder et dont les compétences ont été étendues au référendum, en 1929 et aux élections présidentielles, en 1931. C'est ce modèle qui a également été retenu en France en 1958, en Espagne en 1978 et, plus récemment, dans de nombreux pays d'Europe Centrale et de l'Est ou encore d'Afrique.

En confiant cette mission à une cour constitutionnelle, il s'agit, à la fois, d'externaliser, de juridictionnaliser et de constitutionnaliser la contestation électorale, entendue au sens large comme incluant également les opérations référendaires.

¹ Voir : « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Long cours. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Bon*, Dalloz, 2014, spécial. pp. 317-319.

L'externalisation de la contestation électorale conduit à retirer aux élus le soin de trancher eux-mêmes la question pour la confier à un organe externe. C'est l'exemple de la « vérification des pouvoirs », confiée en France aux parlementaires de 1789 à 1958. Comme le suggère, à cet égard, la dénomination, il s'agit moins de trancher un contentieux que de vérifier que les candidats élus disposent des pouvoirs attribués en bonne et due forme, appréciation opérée assez librement par les assemblées². Ce modèle de contestation électorale que l'on pourrait qualifier d'internalisé est justifié tantôt par le respect du principe de séparation des pouvoirs, confiant au pouvoir législatif le soin de vérifier les conditions de sa propre accession au pouvoir et interdisant l'immixtion de tout autre organe, tantôt par le principe de souveraineté parlementaire, appelant une pleine indépendance et autonomie des chambres, tantôt par la force que confère la légitimité électorale et qui exclut purement et simplement tout véritable contrôle³.

Il s'agit, en deuxième lieu, de juridictionnaliser la contestation électorale en la confiant à un juge. Cette juridictionnalisation suppose une certaine vision de l'organe de contrôle et une véritable confiance dans ce dernier : considéré comme indépendant et impartial, le juge peut devenir l'arbitre désintéressé de la concurrence électorale. Elle repose aussi sur une certaine vision de la séparation des pouvoirs, qui autorise le juge à s'immiscer dans la contestation électorale : en garantissant l'accession régulière des élus au pouvoir, le juge assure la régularité et donc l'effectivité de la séparation des pouvoirs.

Troisième préoccupation, enfin, constitutionnaliser, en confiant ce contentieux au juge constitutionnel et non pas au juge ordinaire lorsque les deux se distinguent. Plusieurs facteurs militent en faveur de cette constitutionnalisation du contentieux électorale. Trancher une contestation électorale revient, principalement, à trancher une question de nature éminemment politique dès lors que sont élus les principaux responsables politiques. La charge « politique » qui se dégage du contentieux électorale justifierait la compétence du juge constitutionnel, de même que celle qui se dégage du contrôle de la constitutionnalité des lois justifie la création d'un juge spécialisé en la matière.

Trancher une contestation électorale implique également de mobiliser un certain nombre de droits et libertés fondamentaux : droit de vote, mais également liberté d'expression, d'association, de réunion etc. Cette charge de « fondamentalité », qui imprègne le contentieux électorale, plaide en faveur de la compétence du juge constitutionnel, gardien par excellence des droits et libertés fondamentaux. En creux, la compétence du juge constitutionnel se justifie également par la défiance que suscite le juge ordinaire, notamment administratif, qui peut être suspecté de partialité en raison de sa proximité avec l'administration et donc avec l'exécutif.

² Sur ce point, voir B. Daugeron, « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la « vérification des pouvoirs », histoire et théorie », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, pp. 17 à 41.

³ Ainsi, B. Daugeron souligne que ce type de contrôle n'est pas une spécificité des assemblées parlementaires et vaut pour d'autres organes élus, par exemple pour les conseils généraux entre 1871 à 1875, B. Daugeron, op. cit.

Confier au juge constitutionnel le soin de résoudre le contentieux électoral pour les élections politiques nationales n'est toutefois pas la seule possibilité qui s'offre à un système juridique. Au-delà des illustrations du droit positif, qui peuvent fournir un certain nombre d'éléments à l'appui de la réflexion, il convient de dresser une typologie des différents modèles envisageables de résolution du contentieux électoral (§ I). Mais, de manière concrète, la mise en œuvre de ces modèles peut s'avérer complexe. Plus précisément, l'examen approfondi du système français, confiant au Conseil constitutionnel la compétence pour apprécier la régularité des élections politiques nationales, témoigne des difficultés concrètes auxquelles se heurte le juge constitutionnel. La concrétisation pratique du modèle « Cour constitutionnelle » à partir de l'exemple du Conseil constitutionnel invite ainsi à une approche critique (§ II).

§ I – Une typologie modale des mécanismes de résolution du contentieux électoral

Il est tout d'abord nécessaire de clairement identifier les différents modèles type de résolution du contentieux électoral (A), avant d'envisager la manière dont il convient de les mettre en œuvre (B).

A – Les modèles type de résolution du contentieux électoral

Il est possible d'identifier les différents modèles possibles de contrôle de la régularité des élections. Quatre modèles types autonomes semblent pouvoir être mis en évidence, étant entendu que des combinaisons sont par ailleurs possibles entre ces différents modèles.

Le premier modèle (1) n'est envisageable que s'il existe, dans le système juridique, une *cour constitutionnelle*, c'est-à-dire un organe spécial chargé de résoudre des litiges présentant une dimension politique et liés à l'application de la Constitution. Il consiste alors à confier à cette cour constitutionnelle le ou certains contentieux électoraux. Le contentieux électoral présente, précisément, une dimension politique imposant l'application de normes constitutionnelles et il est donc possible qu'il entre dans les compétences d'une cour constitutionnelle. La compétence électorale s'ajoute, le cas échéant, aux autres compétences de la Cour. L'on peut supposer, qu'au regard de la solennité de l'organe, la compétence de la Cour soit réservée pour certaines élections seulement, les plus importantes. L'opportunité de ce choix renvoie à des problématiques plus générales liées à la justice constitutionnelle (composition de la juridiction, légitimité, compétences accordées...).

Autre modèle envisageable (2), l'existence d'un *organe spécial, autonome*, c'est-à-dire qui ne serait lié, d'un point de vue organique, à aucune institution dont l'élection des membres pourrait être contestée devant cet organe et qui serait un organe autre que la cour constitutionnelle. Cet organe peut être chargé exclusivement du contentieux électoral ou disposer éventuellement d'autres compétences, à condition toutefois, pour préserver la cohérence interne du discours avec la définition retenue de la cour constitutionnelle, que ces compétences ne portent pas sur des

questions présentant une dimension politique et liées à l'application de la Constitution⁴. L'importance, comme la spécificité du contentieux électoral, peuvent justifier la création d'un organe spécial pour résoudre les litiges en matière électorale. Ce choix soulève de nombreuses questions quant à la composition de cet organe et à la désignation de ses membres, les garanties d'impartialité, etc...

Ce peut être ensuite, troisième modèle (3), un *organe interne* à l'institution dont l'élection des membres est contestée, comme, par exemple, un organe interne à une assemblée ou un organe commun à deux assemblées qui peut être chargé du contentieux électoral des élus qui les composent. Le contentieux électoral est perçu comme une question interne à l'institution. Ce choix technique semble devoir être, en pratique, plus adapté aux assemblées en général et aux assemblées parlementaires en particulier⁵.

Enfin, quatrième modèle (4), les *juridictions de droit commun* peuvent être compétentes en matière électorale. Le contentieux électoral est alors considéré comme un contentieux « ordinaire », banal, qui n'appelle pas de mécanisme de contrôle spécifique. En cas de dualisme juridictionnel, il est nécessaire de répartir les compétences entre les deux ordres de juridiction ou de décider de l'exclusivité des compétences au profit d'un seul ordre de juridiction.

A ces modèles présentés de manière absolue, il faut ajouter les possibilités de les combiner entre eux. L'on peut, par exemple, imaginer une compétence de la juridiction constitutionnelle pour les élections nationales et des juridictions de droit commun pour les élections locales ou, autre exemple, d'un organe spécial pour l'élection du chef de l'Etat et d'un organe interne aux assemblées pour l'élection des parlementaires. Les combinaisons des systèmes peuvent encore jouer sous l'angle d'un double degré de juridiction, une première instance peut être confiée à un organe interne, l'appel à une juridiction constitutionnelle.

B – Les modalités de mise en œuvre des modèles

Le choix de l'un ou l'autre de ces modèles ou d'une combinaison entre eux repose sur les réponses que l'on entend apporter à une série de questions successives.

La première d'entre-elle consiste à déterminer si le contentieux électoral est un contentieux qui justifie une prise en compte spécifique, auquel cas sont mobilisables les trois premiers modèles ou une combinaison de ces trois modèles avec le dernier, ou s'il est un contentieux qui ne mérite aucune prise en charge spécifique, seul le dernier modèle étant alors concerné.

⁴ Sinon il s'agira d'une cour constitutionnelle.

⁵ Si le Chef de l'Etat est élu, l'on voit mal l'existence d'une commission issue des services de la présidence chargée de contrôler la régularité de cette élection et l'on serait d'ailleurs plutôt dans le modèle n° 2.

La combinaison des modèles organe spécial (modèles 1 à 3)/juge de droit commun impose de distinguer entre les élections qui justifient un traitement spécifique et celles qui n'en justifient pas et relèvent, en conséquence, de la compétence des juridictions de droit commun. En lui-même, le choix d'un traitement contentieux spécial peut entraîner, en pratique, des risques de conflits de compétences avec les juridictions de droit commun et leur compétence générale de contrôle de la régularité, à propos, en particulier des actes préparatoires aux élections. Ces derniers actes peuvent être en effet contestés, soit devant l'organe spécial, au titre de sa compétence électorale et en raison du lien existant entre cet acte et la régularité de l'élection, soit devant la juridiction de droit commun, compétente pour apprécier, à titre général, la régularité de cet acte.

La seconde ne saurait être envisagée qu'en cas de choix d'un modèle spécial et elle concerne les compétences conférées à cet organe. Quelles élections devront-elles être concernées ? Locales, nationales, politiques et/ou professionnelles ? Les référendums ? Certaines élections semblent naturellement échapper à un juge spécial, tel est le cas, par exemple, des élections professionnelles, d'autres peuvent poser question, comme, par exemple, les primaires au sein d'un parti politique, même si, d'un point de vue théorique, tous les choix demeurent possibles. Dans les compétences confiées à l'organe spécial, au-delà de la stricte appréciation de la régularité des opérations électorales, des compétences connexes sont envisageables : incompatibilité, inéligibilité en cours de mandat, constat de la démission...

La troisième porte sur la nature de l'organe spécifique. Le choix de la juridiction constitutionnelle renvoie, par définition, au choix de la nature juridictionnelle, quand les deux autres modèles (2 et 3) laissent la question ouverte. La juridictionnalisation de l'organe de contrôle est toutefois problématique lorsque le contentieux est confié à un organe spécial au sein des assemblées (modèle 3). Le seul fait que l'organe soit interne aux assemblées, d'un point de vue organique, constitue un obstacle décisif pour lui accorder le caractère juridictionnel. Rien n'interdit toutefois de garantir un exercice indépendant de la fonction. Reste à déterminer ce qu'il faut entendre par « caractère juridictionnel » de l'organe. Sans entrer dans une discussion des plus vaste sur la nature juridictionnelle d'un organe, l'on peut retenir que ce qui caractérise un organe de cette nature, dont la spécificité réside dans le fait qu'il est tiers aux parties au litige, ce sont tous les éléments organiques, statutaires et substantiel et procéduraux qui maintiennent cette qualité de tiers et donc l'indépendance vis-à-vis des parties au litige⁶. La préservation de tout ce qui fait que l'organe est tiers au litige et donc indépendant vis-à-vis des parties à celui-ci garantit la nature juridictionnelle.

La quatrième est liée à la précédente et concerne la composition et le mode de désignation des membres de l'organe. Le choix d'un organe spécial juridictionnel impose une composition comme un mode de désignation particuliers pour garantir l'indépendance des membres de

⁶ Voir pour une lecture en ce sens : « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », *précit.*, spécial. pp. 314-315.

l'institution. Il exclut que des membres de l'organe dont l'élection est contrôlée puissent appartenir à l'organe de contrôle, tout au plus peut-on admettre que l'organe contrôlé participe à la désignation des membres de l'organe de contrôle. Cette dernière voie contribue à légitimer l'institution de contrôle, en interne, vis-à-vis de ceux dont l'élection est contrôlée. Si l'on exclut la nature juridictionnelle de l'organe de contrôle, la marge de manœuvre est plus large, l'organe spécial de contrôle des élections parlementaires peut ainsi être composé de parlementaires ou de membres nommés par les parlementaires. Le choix entre membres internes/membres externes au sein de l'organe de contrôle est une question de proportion : alors que la légitimité interne de l'organe, c'est-à-dire sa légitimité vis-à-vis des personnes contrôlées, impose la présence, en son sein, de représentants de ces mêmes personnes, sa légitimité externe, vis-à-vis du peuple, oblige d'en limiter le nombre. La qualité des membres extérieurs est également décisive dans la légitimité externe de l'organe de contrôle. Elle permet d'équilibrer, voire de compenser la présence de membres de l'institution dont l'élection est contestée. Ainsi, par exemple, la présence de hauts magistrats parmi les membres extérieurs, en tant que président et/ou en tant que simples membres, introduit une dimension « juridictionnelle » à l'organe de contrôle. Quelles que soient les configurations, la composition comme le mode de désignation de l'organe de contrôle présentent un caractère décisif dans la légitimité de celui-ci.

§ II – La concrétisation pratique du modèle « Cour constitutionnelle » : une approche critique à partir de l'exemple du Conseil constitutionnel

Le choix du modèle de la cour constitutionnelle a été fait en France pour les élections politiques nationales. La Constitution de 1958 confie au Conseil constitutionnel une triple mission : veiller à la régularité de l'élection du Président de la République, en examiner les réclamations et proclamer les résultats du scrutin selon l'article 58, statuer, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs selon l'article 59 et veiller à la régularité des opérations de référendum et en proclamer les résultats selon l'article 60. Étonnamment, la rédaction de ces trois articles n'a guère suscité de débats⁷. En confiant au Conseil constitutionnel le contentieux des élections parlementaires, le constituant a tiré les conséquences du discrédit pesant sur le système de la vérification des pouvoirs, avec le précédent poujadiste de 1956, et du cadre du parlementarisme rationalisé, accentuant le contrôle du juge sur les assemblées. En étendant la compétence du Conseil constitutionnel aux élections présidentielles et votations référendaires, sans aligner pour autant ces deux régimes, puisque le Conseil exerce, en la matière, des compétences bien plus larges, le constituant a procédé à une innovation de taille, curieusement peu discutée lors de la mise en place des institutions. De fait, c'est presque naturellement que le Conseil constitutionnel s'est trouvé en charge du contrôle de la régularité des élections présidentielles, parlementaires et des opérations référendaires. Ce contrôle de l'élection au sens de l'opération électorale proprement dite s'est accompagné, dans les années 1990 d'un contrôle des

⁷ En ce sens, voir J.-P. Camby, « Élections parlementaires : règles contentieuses générales et contentieux du déroulement des élections », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2018.

comptes de campagne au champ d'application de plus en plus étendu, visant les élections législatives, sénatoriales et présidentielles.

Alors que les scrutins nationaux ont été ainsi confiés au juge constitutionnel, le contentieux des élections locales continue d'être assuré, comme il l'était jusqu'à présent, par le juge ordinaire et, plus particulièrement, par le juge administratif. De ce point de vue, la France présente une certaine singularité car de nombreux États ont fait le choix de l'unification du contentieux électoral, qu'il soit confié au juge ordinaire ou au juge constitutionnel. Cet éclatement du contentieux électoral est d'autant plus étrange que les arguments qui plaident en faveur de la compétence du juge constitutionnel sont les mêmes, qu'il s'agisse d'élections nationales ou d'élections locales : ces dernières constituent des élections politiques, comme l'a d'ailleurs expressément reconnu le Conseil constitutionnel, et conservent donc la même charge politique que les élections nationales⁸ ; elles participent, tous comme ces dernières, à l'expression de la souveraineté nationale du peuple français⁹ ; elles mettent en jeu les mêmes droits et libertés fondamentaux que les élections nationales. Sans doute faut-il se résoudre à trouver l'explication ailleurs : les élections nationales ne seraient-elles pas des élections extraordinaires justifiant qu'elles soient confiées non pas à un juge ordinaire mais à un juge « extra-ordinaire », le juge constitutionnel ?

La question mérite d'être résolue à rebours, à partir du droit positif français. En effet, celui-ci révèle que pour assurer, précisément, le contentieux électoral qui lui est confié, le juge constitutionnel se transforme en juge ordinaire (A). Ce travestissement pèse sur l'exercice de sa compétence de juge constitutionnel et invite à s'interroger sur la notion même de contentieux constitutionnel (B). L'étude de la situation française tend ainsi à interroger le modèle même de la cour constitutionnelle en tant que moyen de résolution du contentieux électoral.

A - La « déconstitutionnalisation » du juge constitutionnel

La mue est connue : lorsqu'il statue en tant que juge électoral, le Conseil constitutionnel n'est plus lui-même, il devient autre. Plus exactement, il devient un juge ordinaire, plus précisément un juge administratif au sens matériel comme au sens organique du terme et il exerce son contrôle à la manière du juge ordinaire¹⁰.

Au sens matériel, le juge constitutionnel devient juge de la régularité de certains actes administratifs, dont le contentieux lui échappe traditionnellement. Il s'est en effet reconnu compétent pour apprécier la régularité d'actes préparatoires aux opérations électorales, en contrôlant certains actes réglementaires, notamment les décrets portant convocation des collèges

⁸ Déc. n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 « Quotas par sexe I »

⁹ Déc. n° 92-308 DC du 9 avril 1992 Traité sur l'Union européenne

¹⁰ Voir P. Delvolvé, « Le Conseil constitutionnel, juge administratif », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Janneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 55-75

électorales pour les élections parlementaires¹¹, compétence étendue aux décrets de convocation et d'organisation du référendum¹² et à l'élection présidentielle¹³. Certes, cette compétence est ponctuelle, limitée aux actes spécifiques à une élection déterminée et non permanents¹⁴; certes, elle est exceptionnelle, n'étant établie que dans les cas où l'incompétence du juge constitutionnel risquerait de compromettre gravement l'efficacité du contrôle de l'élection, vicierait le déroulement de l'élection des députés ou des sénateurs et, ainsi, pourrait porter atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics¹⁵. Elle transforme néanmoins le Conseil constitutionnel en juge de la régularité des actes administratifs, ce qui relève de la compétence traditionnelle du juge administratif, suscitant ainsi des chevauchements voire des conflits de compétence entre juge administratif et juge constitutionnel¹⁶.

Le Conseil constitutionnel devient également juge administratif au sens organique du terme. Dans l'exercice du contentieux électoral et devant la charge de travail qui lui incombe, le Conseil constitutionnel est assisté de 10 rapporteurs adjoints, dont la moitié sont membres du Conseil d'Etat, qui instruisent l'affaire, assistent à la séance et préparent la décision¹⁷. A cela s'ajoute que, pour assurer le contrôle matériel des opérations électorales qui lui incombe dans le cadre des élections présidentielles et de opérations référendaires, le Conseil constitutionnel désigne des délégués (environ 1800) choisis notamment parmi les magistrats de l'ordre administratif, chargés de suivre sur place les opérations¹⁸. Cette « administrativisation » du Conseil constitutionnel touche également la procédure suivie, qui est très proche de celle suivie par le juge administratif et très différente de celle qui s'exerce dans le contrôle de constitutionnalité des lois, tout particulièrement DC, qu'il s'agisse des questions de recevabilité, d'instruction des affaires, du respect du principe du contradictoire et de transparence¹⁹.

Dans l'exercice de son contrôle, le juge constitutionnel tend également à se « déconstitutionnaliser » pour se comporter comme un juge ordinaire. Selon une jurisprudence constante, il s'estime tenu par la théorie de la loi écran, lorsqu'est, par exemple, contestée la constitutionnalité de certaines dispositions du code électoral ou des dispositions relatives au découpage électoral²⁰. Retenant une interprétation stricte de la compétence qu'il tient de l'article

¹¹ Cons. const. 11 juin 1981, Delmas, n° 80-1 ELEC, Rec. Cons. const. 97

¹² Cons. const., déc. n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, Hauchemaille, Rec., p. 117 ; déc. n° 2000-23 REF du 23 août 2000, Larrousturou, Rec., p. 137 et n° 2000-24 REF du 23 août 2000, Hauchemaille, Rec., p. 134.

¹³ Cons. const., déc. n° 2001-95 PDR du 14 mars 2001, Hauchemaille, Rec., p. 53.

¹⁴ Sur l'ensemble de ces points, voir J.-P. Camby, « Élections parlementaires : règles contentieuses générales et contentieux du déroulement des élections », *op. cit.*

¹⁵ Cons. const. 16-20 avr. 1982, Bernard, no 82-2 ELEC, Rec. Cons. const. 109

¹⁶ Contestant la compétence du Conseil constitutionnel et revendiquant celle du juge administratif, voir J. Arrighi de Casanova, « Le juge des actes préparatoires à l'élection », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n°41, p. 7 à 16

¹⁷ Pour les élections des députés et sénateurs notamment, l'art. 36 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoit que « Chaque année, dans la première quinzaine d'octobre, le Conseil constitutionnel arrête une liste de dix rapporteurs adjoints choisis parmi les maîtres des requêtes du conseil d'Etat et les conseillers référendaires à la cour des comptes ».

¹⁸ Pour la surveillance des opérations référendaires, l'art. 48 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dispose que « Le Conseil constitutionnel peut désigner un ou plusieurs délégués choisis, avec l'accord des ministres compétents, parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif et chargés de suivre sur place les opérations ».

¹⁹ Sur ces aspects, voir Gaëlle Dumortier, « La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral : sous les pavés, la plage ? », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 41, p. 33 et s.

²⁰ Cons. const. 5 mai 1959, nos 58-42/191, AN, Algérie, 15e circ., Rec. Cons. const. 215.

61 C, il juge qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'il se prononce en qualité de juge de l'élection en vertu de l'article 59 de la Constitution, d'apprécier la constitutionnalité d'une loi. Il se comporte encore comme un juge ordinaire lorsqu'il accepte d'exercer le contrôle de conventionnalité, ce qu'il se refuse à faire depuis 1975 dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Tout comme le juge administratif, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à apprécier la conformité des lois aux traités internationaux et, notamment, à la Convention européenne des droits de l'homme²¹.

Statuant en tant que juge électoral, il refuse de se comporter en juge constitutionnel ou, plus exactement, il le fait selon des modalités bien particulières. Il en va notamment ainsi lorsqu'est soulevée devant lui une QPC²². Refusant l'artificialité d'un filtrage qu'il exercerait lui-même et refusant celui qui pourrait être exercé par des cours suprêmes dont il ne relève pas, le Conseil constitutionnel décide d'examiner la constitutionnalité de dispositions législatives déjà promulguées : s'il délimite le champ du contrôle au seuls droits et libertés que la Constitution garantit, conformément au champ ouvert par l'article 61-1 C, et respecte la procédure applicable au traitement des QPC²³, il examine directement au fond la question de constitutionnalité soulevée devant lui, statue par une seule et unique décision et s'affranchit des délais prévus par la loi organique. Il devient ainsi, en quelque sorte, un juge ordinaire statuant par voie d'exception sur la conformité de dispositions législatives déjà promulguées aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Il refuse encore de se comporter en tant que juge constitutionnel lorsqu'il renonce à faire application de sa jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, qui lui permet de se prononcer sur les dispositions d'une loi antérieurement promulguée dès lors qu'elles sont modifiées, complétées ou que leur domaine est affecté par des dispositions législatives nouvelles²⁴ : ces pouvoirs ne sont pas ceux qu'il détient en tant que juge électoral.

Il faut donc en conclure que, pour être juge électoral, le juge constitutionnel doit se transformer en juge ordinaire. Cette conclusion est embarrassante, surtout lorsque la compétence du juge constitutionnel, au détriment de celle du juge ordinaire, a été justifiée par le caractère précisément « extraordinaire » du contentieux des élections nationales.

Plusieurs décisions du 17 mai 1978, AN, Bouches-du-Rhône, 9e circ., *Rec.*, p. 88, 93. AN, Loiret, 2e circ., Cote d'Or 1er circ. ; du 9 sept. 1981, AN, Paris, 9e, 10e et 13e circ. ; du 2 déc. 1980, no 80-889, Sénat, Eure, cons. 6. ; du 21 oct. 1988, nos 88-1082/1177, AN, Val-d'Oise, 5e circ. ; du 10 juill. 1997, no 97-2231, Boulanger, *Rec.*, p. 124 cité par Camby ; du 10 octobre 2002, n°2002-2617 AN Réunion 4e circ., du 11 septembre 2000, n° 2000-28 REF du 11 septembre 2000, cité par J.P. Camby, *préc.*

²¹ Pour l'appréciation de la conformité d'une élection à l'article 3 du protocole additionnel no 1 à la Convention européenne des droits de l'homme : décision n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988 préc ; n° 91-1140 SEN du 23 mai 1991 Sénat, Paris ; n° 97-2250 AN du 29 janv. 1998, Rhône, 1re circ. ; à l'article 10 CEDH : n° 2000-25 REF du 6 septembre 2000 du 6 septembre 2000 Monsieur Charles PASQUA ; à l'article 13 CEDH et à l'article 2 du Pacte international sur les droits civils et politiques : n° 2003-3371/3376 AN du 27 février 2003 A.N., Paris (17ème circ.) et Val-d'Oise (5ème circ.)

²² Décision n° 2011-4538 du 12 janvier 2012, Sénat, Loiret Mr Bubenheimer

²³ Partiellement respectée dans la décision n°2011-4538, la procédure prévue pour les questions prioritaires de constitutionnalité est désormais imposée par l'article 16-1 du règlement intérieur applicable pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs modifié le 22 février 2013

²⁴ Ce point est relevé par J.P. Camby à propos de la décision Hauchemaille et Marini du 20 septembre 2001 (no 2001-18 ELEC, Rec. Cons. const. 121. – SCHOETTL, LPA 1er oct. 2001, le Conseil constitutionnel relevant pourtant clairement qu'une loi électorale est inconstitutionnelle

De surcroît, la « déconstitutionnalisation » du juge constitutionnel invite à s'interroger sur l'espèce de dédoublement de personnalités qui en résulte : le cumul juge ordinaire/juge constitutionnel est-il possible ? Les offices sont-ils compatibles ? Plus encore, elle invite à s'interroger sur la notion même de contentieux constitutionnel et sur les compétences attribuées à une cour constitutionnelle. Pour ne s'en tenir qu'à notre sujet, une question mérite d'être posée : faut-il maintenir le contentieux électoral dans les compétences du juge constitutionnel dans lesquelles elle semble entrer, selon la majorité de la doctrine, tout naturellement ?

B - L'altération du contentieux constitutionnel

Au-delà de la « déconstitutionnalisation » du juge constitutionnel, parce que le contentieux électoral est chronophage et compromettant, il est doublement susceptible d'altérer les autres compétences confiées au juge constitutionnel, notamment celles relatives au contrôle de constitutionnalité des normes.

Que l'on raisonne en termes de flux ou de stocks, il forme toujours l'essentiel du contentieux : depuis 1958, on recense 1448 décisions relatives au contrôle de constitutionnalité des normes (773 en DC, 669 en QPC) pour 3812 décisions relatives au contentieux électoral : 3338 pour les députés, 235 pour les sénateurs, 173 pour l'élection présidentielle, 38 pour le référendum²⁵. En termes de flux, on relèvera que les élections de 2017 se sont traduites par un triplement des requêtes concernant les réclamations portant sur l'élection d'un député (298 contre 108) par rapport à celles de 2012²⁶. Ce contentieux électoral est particulièrement lourd pour le Conseil constitutionnel, qui doit le traiter dans des délais relativement courts et contraints²⁷. Pour l'instant, en dépit de l'instauration de la QPC, ce contentieux demeure quantitativement gérable. Il n'en demeure pas moins une charge imposante, que le Conseil constitutionnel ne peut traiter seul et qui l'incite, sans doute, à privilégier un contrôle dit pragmatique ou réaliste qui le dessert.

En effet, selon l'ordonnance du 7 novembre 1958, dans le cas où le Conseil constitutionnel constate l'existence d'irrégularités dans le déroulement des opérations, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature et à la gravité de ces irrégularités, il y a lieu soit de maintenir lesdites

²⁵ Certaines années électorales révèlent clairement la prépondérance du contentieux électoral : en 2017, année d'élections présidentielles et parlementaires, le Conseil constitutionnel a rendu 89 décisions de constitutionnalité des normes contre 168 décisions relatives au contentieux électoral ; en 2013, les chiffres sont de 89 pour le contrôle de constitutionnalité des normes et 257 pour la seule élection à l'Assemblée nationale.

²⁶ Le nombre de circonscriptions en cause - c'est-à-dire d'élections contestées, le cas échéant par plusieurs requêtes - est passé de 83 en 2012 à 136 en 2017- Par rapport aux élections législatives de 2012, le nombre de requêtes enregistrées par le Conseil constitutionnel a presque triplé pour ce qui concerne les réclamations portant sur l'élection d'un député. Les saisines de la CNCCFP ont augmenté quant à elle d'environ 50 % (351 contre 238), ce qui semble s'expliquer pour une large part par l'augmentation du nombre de candidats à l'élection : 5 612 candidats étaient tenus de déposer un compte en 2017, à comparer à 4 382 en 2012.

²⁷ Si le Conseil constitutionnel n'est pas enserré dans des délais « pré-fix », l'urgence à juger n'en « transpire » pas moins des textes selon G. Dumortier, *op. cit.*

opérations, soit de prononcer leur annulation totale ou partielle. En réalité, ce n'est pas tant la nature ou la gravité des irrégularités qui compte que l'écart des voix entre les candidats²⁸. Le juge constitutionnel n'annule que si les irrégularités constatées ont eu pour effet de remettre en cause le résultat du scrutin, tout comme le fait, d'ailleurs, le juge administratif. Autrement dit, tout en constatant voire en déplorant la présence d'irrégularités, le juge constitutionnel peut décider de maintenir le résultat du scrutin. De la sorte, le contrôle de la régularité se transforme en un contrôle de la sincérité du scrutin²⁹. Cette position est traditionnellement justifiée par la révérence dont le Conseil constitutionnel doit faire preuve à l'égard de l'expression de la volonté générale ; elle serait également le signe du pragmatisme ou du réalisme du juge constitutionnel. Mais elle le conduit à renoncer à sanctionner les irrégularités commises, au nom de l'effet utile de son contrôle. Cette position est souvent critiquée, aussi bien par une partie de la doctrine³⁰ que par d'anciens membres du Conseil constitutionnel³¹ ; elle discrédite assez largement le juge constitutionnel, impuissant à assurer la régularité des élections, tout en faisant ressurgir périodiquement les accusations de politisation.

Dès lors, peut-on encore considérer que le contentieux des élections est une compétence évidente du juge constitutionnel, faisant même partie des contentieux « principaux » confiés au juge constitutionnel³² ? Si les critiques peuvent porter sur la façon dont le juge constitutionnel exerce son office de juge électoral, l'attribution de cette compétence n'est guère discutée³³. En assurant le respect de la sincérité du suffrage et en vérifiant les conditions d'accession au pouvoir des gouvernants, le juge constitutionnel veillerait à l'authenticité des manifestations de volonté du peuple souverain. Cette remarque invite à s'interroger sur la spécificité du contentieux électoral. Il est, pour l'essentiel, un contentieux de l'exacte application des dispositions relatives à l'élection qui ne sont, effectivement, que très partiellement des normes constitutionnelles. Il n'est pas un contrôle de la régularité des normes, encore moins de la régularité constitutionnelle. En effet, même si l'élection implique la production d'une norme individuelle et concrète, à savoir l'attribution d'une fonction déterminée à une personne en particulier, le juge constitutionnel n'assure pas véritablement le contrôle de sa régularité, puisqu'il ne veille qu'au respect de la

²⁸ J.-P. Camby note que cela se traduit également dans la procédure d'examen des requêtes, avec une tendance à rejeter sans instruction contradictoire non seulement des moyens inopérants, mais encore des moyens qui, à les supposer établis, ne sont pas susceptibles de remettre en cause l'élection (J.-P. Camby, « Élections parlementaires : règles contentieuses générales et contentieux du déroulement des élections », *op. cit.*).

²⁹ En ce sens, voir B. Maligner, « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n°41, p. 47 à 98

³⁰ Pour des illustrations, voir notamment F. Melin Soucramanien, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, 2003, p. 117 à 131

³¹ Voir notamment le « malaise » exprimé par J. Robert dans son ouvrage *La garde de la République*, Plon, 2000, p. 158 ou encore D. Schnapper, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, p. 229.

³² Voir notamment L. Favoreu, *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, 19^e éd., 2019, p. 282 classant parmi les contentieux principaux les élections et votations, le respect de la division horizontale et verticale des pouvoirs, la protection des droits et libertés et parmi les contentieux secondaires l'exercice de la justice politique, le contrôle du mandat parlementaire et le contrôle des partis politiques.

³³ Voir cependant le numéro spécial de la RDP, « La VI^e République », n° 1, février 2002, p. 507, consacrant une question à la compétence électorale du Conseil constitutionnel.

sincérité du scrutin. En outre, cette régularité n'est que partiellement constitutionnelle, parce que la matière est essentiellement régie par des règles législatives et réglementaires³⁴.

Ce contentieux doit-il être confié au juge constitutionnel et ainsi être intégré au contentieux constitutionnel, à supposer d'ailleurs que les deux soient indissolublement liés ? Ne faut-il pas, au contraire, dissocier le contentieux électoral du contentieux constitutionnel, pour permettre de préserver la cohérence voire la spécificité de ce dernier ? Dans la doctrine française, la notion même de contentieux constitutionnel est largement indéterminée. Le flou persiste sur les compétences qui sont ou doivent être confiées au juge constitutionnel ou sur celles qu'il conviendrait d'inclure ou d'exclure du champ lorsque l'on étudie le « contentieux constitutionnel ». Les définitions proposées sont suffisamment floues pour englober le maximum de situations possibles et recouper, en pratique, les compétences précisément confiées au Conseil constitutionnel par le droit positif. Le contentieux constitutionnel est ainsi défini comme « l'ensemble des litiges portant sur une contestation de la constitutionnalité d'actes subordonnés à la Constitution ainsi que les procédés et techniques ayant pour objet de résoudre ces contestations » selon G. Drago³⁵ ; l'ensemble des litiges portant sur une question de constitutionnalité selon V. Goesel Le Bihan³⁶ ; « l'ensemble des litiges portant sur des questions de constitutionnalité, et au mode de règlement spécifique de ces litiges, ce dernier élément incluant, par extension, l'ensemble des voies de recours contentieux » pour J. Pini³⁷. Ce type de définition conduit à une approche large du contentieux constitutionnel, puisque le juge ordinaire est, très précisément, également chargé de résoudre des questions de constitutionnalité et ce, bien avant l'introduction de la QPC, approche paradoxalement non retenue par ces auteurs qui se concentrent sur le seul Conseil constitutionnel. Il met en lumière, en creux, la spécificité de la conception française de contentieux constitutionnel, entièrement focalisé sur le contrôle de la loi, c'est-à-dire sur la nature de l'acte contrôlé, dont la doctrine peine à se départir³⁸.

La compétence confiée au juge constitutionnel en matière électorale, qui l'amène à se prononcer sur l'exacte application de dispositions partiellement constitutionnelles et à se conduire comme un juge ordinaire, invite ainsi à réfléchir sur l'identité du juge constitutionnel. Elle peut inciter à recentrer la notion de contentieux constitutionnel sur le contrôle de la régularité constitutionnelle des normes, qu'elles soient générales ou individuelles, et à distendre celle de juge constitutionnel, en l'étendant à l'ensemble de ceux qui pratiquent ce contrôle, incluant, en France, le juge ordinaire. Dans ces conditions, il ne serait pas incongru d'extraire le contentieux électoral des compétences du juge constitutionnel pour le confier à un autre juge, voire, pourquoi pas, à une

³⁴ C'est ce que relève M. Fromont qui souligne que ce contentieux électoral est en réalité un contentieux de la légalité et non de la constitutionnalité, même lorsqu'il est attribué à un juge spécialisé dans les affaires constitutionnelles. Il ajoute « Il sera cependant étudié pour respecter un usage bien établi » (M. Fromont, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013, p. 91

³⁵ *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2016, 4^e éd., p. 17, définition reprise par B. Mathieu et M. Verpeaux dans leur *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Manuel, 2002, p. 9.

³⁶ V. Goesel Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2016, 2^e éd., p. 13

³⁷ J. Pini, *Recherche sur le contentieux constitutionnel*, Thèse, Aix-Marseille III, 1997, n° 65 (dactyl).

³⁸ Pour une approche synthétique des définitions possibles de la notion de justice constitutionnelle, voir L. Heuschling, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction historique », in *La notion de « justice constitutionnelle »*, sous la direction de C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin et P. Wachsmann, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2005, pp. 88-89.

autorité spécialement créée à cet effet, renvoyant aux modèles 2 et 4 précédemment identifiés si l'on souhaite conserver le caractère juridictionnel de la contestation électorale.

La question de savoir qui doit-être le juge de l'élection mobilise un ensemble de questions qui dépassent le sujet même et qui mériteraient, à elles-seules, des études approfondies. Vue d'Europe, elle en soulève deux, décisives, qui n'auront été ici que suggérées : celle de l'identification du modèle européen de justice constitutionnelle et celle, indissolublement liée à la première, de l'identité du juge constitutionnel.