

LE CONTENTIEUX DE L'ÉLECTION PRÉSIDENTIELLE : ASPECTS CHOISIS

183

L'élection présidentielle du 6 mai 2007 a confirmé que plusieurs questions liées au contentieux de l'élection présidentielle n'étaient toujours pas résolues. Toutefois, ces différentes questions ne sont pas de même nature. Certaines d'entre elles posent d'ores et déjà des problèmes clairement identifiés : tel est notamment le cas du vote des détenus qui révèle, depuis l'abandon du vote par correspondance, l'inadaptation du vote par procuration au milieu carcéral. En outre, l'incapacité électorale dont peut être frappée cette catégorie de personnes pose la question de sa compatibilité aux droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. D'autres questions, à l'inverse, ne se sont pour l'heure jamais posées mais s'avèrent potentielles. Cependant, bien qu'elles soient hypothétiques, leur importance justifie qu'elles soient étudiées sous la forme suivante : « Qu'arriverait-il si... ? » Deux situations correspondent à cette appréhension : la première a trait au contentieux des réclamations et soulève le problème du

rapport entre le nombre de bulletins annulés et l'écart des voix entre les candidats ; la deuxième révèle un véritable vide juridique et une lacune de la Constitution. En effet, si les constituants ont anticipé certains problèmes liés à l'interruption de la fonction présidentielle et à la perturbation de la campagne électorale, en revanche rien n'est prévu dans l'hypothèse où le candidat élu au second tour venait à disparaître avant sa prise de fonction officielle. Bien que disparates, ces questions, tantôt réelles, tantôt hypothétiques, se posent en rapport avec l'élection présidentielle mais ne sont pas soulevées fréquemment.

QUESTION AVÉRÉE :

LE DROIT DE VOTE DES DÉTENUS

Dans son observation du 7 novembre 2002 sur l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002, le Conseil constitutionnel met en lumière l'inadaptation des règles d'établissement des procurations, en particulier pour les électeurs

* Docteur en droit public de l'Université de Rouen, membre du CEDIN Paris Ouest-Nanterre/La Défense.

âgés, handicapés ou malades¹. Toutefois, aucune recommandation n'a été formulée concernant le vote des détenus, lequel n'est pourtant guère plus adapté.

Le seul fait d'être détenu ne prive pas une personne de son droit de vote. L'interdiction de voter concerne uniquement les personnes tombant sous le coup d'une interdiction électorale. Il en est ainsi des personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation les privant expressément du droit de vote², conduisant de ce fait à une interdiction d'être inscrit sur les listes électorales³. Il en va de même pour les personnes dont la condamnation entraîne automatiquement l'interdiction d'inscription sur les listes électorales⁴.

184

Les détenus qui ne sont pas concernés par cette incapacité électorale peuvent donc voter mais leur droit de vote est aménagé en fonction de la spécificité du milieu carcéral. Les détenus votent donc par procuration⁵ puisque les prisons françaises ne mettent pas en place de bureaux de vote pendant les élections présidentielles. Afin d'établir leur impossibilité de se rendre dans un bureau de vote, les détenus doivent fournir « un extrait du registre d'écrou »⁶.

Une circulaire du ministère de l'Intérieur du 4 décembre 2006 précise les démarches à suivre : « Les personnes incarcérées qui souhaitent voter par procuration doivent s'adresser au greffe de l'établissement pénitentiaire pour les formalités à accomplir. Il appartient ensuite à un officier de police judiciaire, ou à un de ses délégués, de se rendre à la prison pour établir la procuration. Afin de faciliter les déplacements des officiers de police judiciaire, les demandes des détenus doivent être préalablement rassemblées par l'établissement pénitentiaire⁷. »

Si le droit de vote par procuration n'interdit pas à certains détenus de voter, il n'en facilite néanmoins pas l'exercice puisque la personne détenue doit trouver, alors qu'elle est par définition isolée, un mandataire inscrit sur la liste électorale de la même circonscription. En outre, bien souvent, les détenus ne sont pas au courant de leurs droits et pensent que le seul fait d'être incarcéré les prive du droit de vote. Bien que la Direction de l'administration pénitentiaire ait mené une action destinée à assurer l'information effective des détenus, ces mesures sont

1. Il ne s'agit pas ici de recenser tous ceux qui sont exclus du vote mais de se pencher sur une catégorie particulière de personnes, lesquelles, tout en étant autorisées à voter, se voient privées en pratique de ce droit du fait de leur enfermement. Si cette difficulté pratique concerne également les personnes âgées, les handicapés et les personnes habitant dans des zones géographiquement éloignées, le choix du vote des détenus trouve son origine dans l'absence de préoccupation réelle dont ils font l'objet, contrairement aux autres catégories précitées. Voir, pour une vision d'ensemble des personnes privées de liberté, Jean-Louis Héryn, « Les exclus du droit de vote », *Pouvoirs*, n° 120, *Voter*, 2007, p. 95-107, www.revue-pouvoirs.fr

2. Art. 131-26 du Code pénal.

3. Art. L 6 du Code électoral.

4. Art. L 7 du Code électoral. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2005, a conclu à la conventionalité de l'article L 7 par rapport à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation a adopté la même solution dans un arrêt du 18 décembre 2003. Voir, à cet égard, Jean-Louis Héryn, « Les exclus du droit de vote », *op. cit.*, p. 101.

5. Art. 71 c du Code électoral.

6. Art. R 73 du Code électoral.

7. Circulaire du ministère de l'Intérieur du 4 décembre 2006, « Instructions relatives aux modalités d'exercice du droit de vote par procuration ».

manifestement insuffisantes : le nombre de personnes détenues ayant voté lors des dernières élections reste très faible ; en effet, seuls 2 000 détenus sur 60 000, c'est-à-dire 3 %, ont pu voter lors de la dernière élection présidentielle⁸. Cela est encore accentué par la suppression, par la loi du 31 décembre 1975, du vote par correspondance suite à de nombreuses fraudes électorales. Devant les difficultés posées par le vote par procuration, l'administration pénitentiaire a saisi le secrétariat général du ministère de l'Intérieur en vue de l'installation, lors des prochaines élections, de bureaux de vote dans les prisons. Plusieurs États, tels que le Canada ou l'Australie⁹, aménagent des bureaux de vote sur le site de la prison. Cette possibilité offre l'avantage de rendre plus visible la possibilité d'exercer le droit de vote et élimine la difficulté de trouver un mandataire.

La question du droit de vote des détenus a été portée devant les juridictions nationale et internationale. Le Conseil constitutionnel a rendu une décision relative à l'application de l'article L 71 du Code électoral fixant les règles du vote par procuration. Même si cette décision ne concerne pas l'élection présidentielle, il est néanmoins intéressant de la citer. Lors de l'élection législative partielle des 25 septembre et 2 octobre 2005 qui a eu lieu dans la

13^e circonscription du département des Hauts-de-Seine, la victoire est revenue à Patrick Devedjian, avec 55 % des suffrages exprimés. Claude Karsenti, président de l'association Défense des citoyens, éliminé au premier tour avec 0,64 % des voix, a déféré cette élection au Conseil constitutionnel pour le simple fait que des personnes incarcérées ayant conservé leur droit de vote n'avaient pas été mises à même de l'exercer. Le Conseil a rejeté la requête en considérant que le requérant « n'établit pas que les dispositions de l'article L 71 du Code électoral auraient été méconnues¹⁰ ». Le Conseil constitutionnel a rendu sa décision en vertu de l'article 38 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 selon lequel : « [...] le Conseil, sans instruction contradictoire préalable, peut rejeter, par décision motivée, les requêtes irrecevables ou ne contenant des griefs qui manifestement ne peuvent avoir une influence sur les résultats de l'élection. La décision est aussitôt notifiée à l'Assemblée intéressée ».

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle ne s'est pas prononcée sur le droit de vote des détenus mais sur l'incapacité électorale. Se pose alors le problème de la compatibilité, avec l'article 3 du Protocole 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, des restrictions des droits civiques en raison de la situation pénale de la personne¹¹.

185

8. Ce chiffre, bien que faible, témoigne des efforts de la Direction de l'administration pénitentiaire puisque, lors du référendum de 2005 sur le traité instituant une Constitution européenne, seuls 500 détenus avaient pu voter.

9. L'article 101 de la loi électorale australienne rend l'inscription sur les listes électorales obligatoire. En compensation, la loi prévoit l'installation de bureaux de vote, notamment dans les prisons.

10. CC, décision du 13 octobre 2005, « A.N. Hauts-de-Seine (13^e circonscription) », § 2. Voir, pour un commentaire de cette décision, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006, p. 66, et Jean-Éric Schoettl, *Gazette du Palais*, 30 octobre-3 novembre 2005, p. 9-10.

11. Voir Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9^e éd., 2008, p. 566 ; Olivier de Schutter et Dan Kaminski (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, LGDJ, 2002, p. 284 sq.

L'article 3 proclame le droit à des élections libres mais ne reconnaît pas expressément le droit de vote. La Cour européenne l'a néanmoins déduit dans un arrêt du 2 mars 1987¹².

Concernant l'incapacité électorale, la Cour européenne s'est prononcée dans un arrêt du 30 mars 2004 en considérant que « le principe même de l'imposition d'une restriction automatique et générale aux droits civiques des détenus condamnés excède les limites d'une marge d'appréciation acceptable et, à l'heure actuelle, n'est plus acceptable dans une société démocratique¹³ ».

186

Elle énonce en outre que « toute dévaluation ou tout affaiblissement [du droit de vote] menace de saper ce système, ce pourquoi il ne faut pas le supprimer fortuitement ou à la légère¹⁴ ».

À côté de certains aspects de l'élection présidentielle qui mettent déjà en lumière un certain nombre de difficultés, d'autres ne se sont pas encore révélés mais leur éventualité suffit à ce que la question soit posée.

QUESTIONS POTENTIELLES

L'élection présidentielle du 6 mai 2007 a conduit le Conseil constitutionnel à annuler, dans le cadre de sa compétence en matière de réclamations, de nombreuses opérations de vote pour des raisons les plus diverses. Toutefois, à l'instar des élections précédentes, l'écart des voix entre les candidats a dépassé le nombre des suffrages irréguliers. La

situation inverse pourrait cependant survenir, impliquant dans le même temps une éventuelle annulation des élections ou des solutions moins radicales. L'élection de 2007 a également permis de renouveler une question qui s'était déjà posée dans les années 1970 quant à l'éventuel décès d'un candidat à l'élection. Une révision de la Constitution avait alors permis de combler les lacunes du texte de 1958 concernant les deux tours de la campagne présidentielle. Cependant, aucune solution n'a été apportée jusque-là au problème que constituerait la disparition du président de la République entre sa victoire au second tour et sa prise de fonction officielle.

Le contentieux des réclamations

Selon l'article 58 de la Constitution, « le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin ». Cette disposition est complétée par la loi référendaire du 6 novembre 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel, qui énonce à l'article 3 § 3, alinéa 1^{er} : « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et examine les réclamations dans les mêmes conditions que celles fixées pour les opérations de référendum par les articles 46, 48, 49, 50 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel¹⁵. »

12. CEDH, arrêt du 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt contre Belgique*, § 48-51.

13. CEDH, arrêt du 30 mars 2004, *Hirst contre Royaume-Uni*, § 40-52.

14. *Ibid.*, § 41.

15. La loi référendaire du 6 novembre 1962 remplace la loi organique du 7 novembre 1958. « [...] Pour partie, ces modifications successives sont dues aux observations précises et argumentées du Conseil constitutionnel faites à la suite des élections présidentielles. Le Conseil exerce, ici, à son initiative, une fonction juridique prospective de conseil en relevant les défauts dans le déroulement du processus électoral », Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 2006, 2^e éd., p. 219.

Le Conseil constitutionnel est donc compétent pour examiner les réclamations des électeurs¹⁶. Les modalités sont par ailleurs fixées : « Tout électeur a le droit de contester la régularité des opérations en faisant porter au procès-verbal des opérations de vote mention de sa réclamation¹⁷. » Néanmoins, les électeurs ne peuvent saisir directement le Conseil constitutionnel : « considérant qu'il résulte de l'article 28 du décret susvisé du 14 mars 1964 que la faculté de saisir directement le Conseil constitutionnel est réservée aux candidats ainsi qu'au représentant de l'État ; qu'un électeur ne peut contester les opérations qu'en faisant porter au procès-verbal des opérations de vote mention de sa réclamation ; qu'il suit de là que les réclamations adressées directement au Conseil constitutionnel ne sont pas recevables¹⁸ ». C'est donc le préfet qui adresse les réclamations au Conseil

dans les quarante-huit heures suivant la clôture du scrutin.

Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux réclamations sont de deux types : la décision de « déclaration » pour les résultats du premier tour et la décision de « proclamation » pour les résultats du second tour. Ces décisions sont qualifiées de juridictionnelles par l'ensemble de la doctrine¹⁹.

Le détail des réclamations ne figure pas dans les premières décisions du Conseil constitutionnel²⁰. Le contenu des réclamations apparaît pour la première fois dans la décision du 7 mai 1974, « Déclaration relative aux résultats du premier tour de scrutin »²¹ ; celles-ci sont de natures très diverses : elles portent pour l'essentiel sur l'absence de contrôle d'identité des électeurs²², les discordances entre les chiffres inscrits dans le procès-verbal et ceux figurant dans les feuilles de dépouillement²³, les

187

16. Rappelons ici que le Conseil d'État s'est déclaré incompétent pour connaître des réclamations des résultats du scrutin de l'élection présidentielle dans un arrêt du 6 mai 1966, *Dame Chaix et autres*. Voir *AJDA* (note), septembre 1966, II, p. 500.

17. Art. 30, al. 1 du décret du 8 mars 2001 (qui reprend l'article 28 du décret du 14 mars 1964).

18. CC, décision du 12 mai 1995, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République ».

19. Voir par exemple Bernard Malignier, « Les aspects contentieux de la proclamation des résultats de l'élection présidentielle de 1988 », *Les Petites Affiches*, n° 81, 1988, p. 7-9.

20. Lorsque les premières réclamations ont été admises, le Conseil est venu préciser, dès 1965, « que les opérations du premier tour peuvent être critiquées, même si elles n'ont pas abouti à la proclamation d'un candidat », Bruno Genevois, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1988 », *Revue du droit public*, vol. 105, 1989, p. 36.

21. « Cette innovation répond à un souci d'exemplarité des sanctions frappant les diverses irrégularités [...] », Pierre Avril, « Aspects juridiques de l'élection présidentielle des 5 et 19 mai 1974 », *Revue de droit public*, vol. 90, 1974, p. 1123-1124. Voir également, Loïc Philip, « Décision du 24 mai 1974 », *Actualité juridique de droit administratif*, juillet-août 1974, p. 378.

22. Voir CC, décision du 15 mai 1981, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République », § 1 ; du 27 avril 1988, « Résultats du premier tour de scrutin », § 2 ; du 12 mai 1995, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République » ; du 24 avril 2002, « Résultats du premier tour de scrutin », § 1 ; et du 10 mai 2007, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République », § 1.

23. Voir CC, décision du 27 avril 1988, « Résultats du premier tour de scrutin », § 1, et du 24 avril 2002, « Résultats du premier tour de scrutin », § 2.

enveloppes non réglementaires²⁴, les urnes non conformes²⁵, la composition irrégulière du bureau de vote²⁶, l'absence d'isoloir²⁷, ou encore les problèmes liés aux délégués constitutionnels²⁸. Lors du second tour de 2002, certaines réclamations ont révélé des faits pour le moins insolites. Ainsi, dans la commune de Villemagne, dans l'Aude, le maire a mis à la disposition des électeurs un dispositif symbolique de décontamination et a organisé un simulacre de vote invitant les électeurs à désigner un candidat ne figurant pas au second tour. Au-delà de l'originalité de la mesure, ce cas particulier présente un intérêt juridique majeur. *A priori*, le passage par un pédiluve, au même titre que l'utilisation d'une pince à linge ou d'un nez rouge, présume de l'intention de vote des électeurs et porte donc atteinte au secret du scrutin²⁹. Toutefois, le Conseil est

allé beaucoup plus loin en introduisant pour la première fois dans le contentieux électoral l'atteinte à la dignité du scrutin. Pour les juges, « ces agissements annoncés et conduits par l'autorité même chargée des opérations électorales dans la commune sont incompatibles avec la dignité du scrutin et ont été de nature à porter atteinte au secret du vote ainsi qu'à la liberté des électeurs³⁰ ». Le choix de ce concept clé n'est pas anodin ; il sert à mettre en lumière le fait que le scrutin et le vote des électeurs ont été « tourn[és] en dérision³¹ ». De fait, la décision du Conseil constitutionnel permettrait d'étendre ce concept à l'exercice d'un droit fondamental³². Cependant, l'utilisation de la notion de dignité dans le contentieux électoral est sans doute excessive. La dignité humaine fait référence à une qualité inséparablement liée à l'idée même de l'homme. Le concept de

24. Par exemple, en 1995, dix bulletins au nom de Robert Hue étaient contenus dans des enveloppes non conformes (CC, décision du 26 avril 1995, « Résultats du premier tour de scrutin »).

25. À cet égard, le Conseil constitutionnel a sanctionné les urnes en bois (CC, décision du 26 avril 1995, « Résultats du premier tour de scrutin ») ou les urnes métalliques (CC, décision du 12 mai 1995, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République »), dans la mesure où le Code électoral exige en son article L 63 que l'urne soit transparente.

26. On notera par exemple des problèmes dans la répartition des attributions entre les membres composant le bureau ou la présence du seul président au bureau de vote (CC, décision du 12 mai 1995, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République »).

27. Tantôt les électeurs n'ont pas été invités à passer par l'isoloir (CC, décision du 12 mai 1995, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République »), tantôt aucun isoloir n'a été mis à la disposition des électeurs (CC, décision du 25 avril 2007, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République », § 2).

28. Dans certains cas, le président du bureau de vote s'est opposé à ce que le délégué d'un candidat inscrive une réclamation au procès-verbal (CC, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République », § 2). Dans d'autres cas, des menaces ont été proferées à l'encontre des délégués (CC, décision du 24 avril 2002, « Résultats du premier tour de scrutin », § 3).

29. Art. L 59 du Code électoral.

30. CC, décision du 8 mai 2002, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République », § 1.

31. Jean-Pierre Camby, « Le maire, le pédiluve et l'élection présidentielle », *Les Petites Affiches*, n° 125, 2002, p. 15.

32. Richard Ghevontian, « Le principe de dignité du scrutin », *Dalloz*, 2003, n° 17, p. 1132.

dignité semble donc inapproprié dans le cadre du contentieux électoral et l'idée d'une atteinte à la *solemnité* du scrutin aurait mérité d'être exploitée. De même, le Conseil aurait pu utiliser la notion récurrente d'atteinte à la *sincérité* du scrutin, cette dernière pouvant se définir « comme le révélateur de la volonté réelle de l'électeur³³ ».

Cet anthropomorphisme confirme alors que la notion de dignité est un concept flou, un principe « fourre-tout », destiné à pallier les insuffisances de certains fondements juridiques.

Au demeurant, ces solutions sont pour certains classiques mais assez strictes³⁴. Pour d'autres, le Conseil s'en tient à une approche très pragmatique des conséquences à tirer des irrégularités qu'il relève; selon les hypothèses, il témoigne d'une rigueur plus ou moins grande³⁵.

L'article 50 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 vient préciser la nature du contrôle effectué par le Conseil en la matière: « [...] 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 des irrégularités, il y a lieu soit de maintenir lesdites opérations, soit de prononcer leur

annulation totale ou partielle. » À cet égard, il échet de préciser que le Conseil constitutionnel exerce « un contrôle de proportionnalité entre le niveau d'irrégularité et l'atteinte à la régularité et à la sincérité du scrutin³⁶ ».

Ainsi, dans les différents cas énumérés précédemment, et conformément à l'ordonnance du 7 novembre 1988, le Conseil constitutionnel annule les opérations entachées d'irrégularité. À ce titre, il est intéressant de noter que son vocabulaire diffère d'une élection à l'autre. En effet, les sages annulent les suffrages exprimés, annulent les résultats ou annulent les opérations de vote.

Parfois, les membres du Conseil constitutionnel n'annulent pas les résultats mais effectuent une simple majoration: il en va ainsi lorsque le nombre des émargements est inférieur au nombre de bulletins et enveloppes trouvés dans l'urne³⁷ ou lorsque l'on constate un problème de compétence de la Commission de recensement³⁸.

Enfin, certaines réclamations aboutissent à un constat de validité. C'est le cas notamment des requêtes concernant des barrages ou actes de violence empêchant les électeurs de se rendre dans les bureaux de vote³⁹. Par rapport à ces

189

33. Richard Ghevontian, « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13, 2002, p. 1.

34. Jean-Pierre Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Dalloz, 2004, 3^e éd., p. 198.

35. Bruno Genevois, *op. cit.*, p. 38.

36. Laurent Depussay, « L'encadrement juridique des élections présidentielles de 2007. Dilution des responsabilités sous le contrôle du Conseil constitutionnel », *Revue électronique Sens-Public*, mars 2007, p. 6, www.sens-public.org. Voir, pour une première application de ces termes, CC, décision du 15 mai 1981, « Proclamation des résultats de l'élection du Président de la République », § 1.

37. CC, décision du 12 mai 1995, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République ».

38. CC, décision du 25 avril 2007, « Résultats du premier tour de scrutin », § 6.

39. Ces faits renvoient à la situation exceptionnelle qui régnait en Nouvelle-Calédonie en 1988 (voir les décisions du Conseil constitutionnel des 27 avril et 11 mai 1988). Pour le

190 circonstances exceptionnelles ayant eu lieu sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil estime que « pour graves qu'ils aient été, les incidents ci-dessus relatés n'ont pas eu pour effet, en raison du caractère national du scrutin pour l'élection du président de la République, d'affecter dans l'ensemble du territoire de Nouvelle-Calédonie, la validité des suffrages qui y ont été exprimés⁴⁰ ». Le Conseil considère que l'irrégularité selon laquelle le maire, ou le premier adjoint au maire, n'a pas été désigné comme président d'un des bureaux de vote, alors qu'il n'avait pas d'empêchement, n'a pas eu pour effet de porter atteinte à la liberté ou à la sincérité du scrutin⁴¹. De même, la diffusion d'un tract qualifié de diffamatoire contre l'un des deux candidats ne peut être regardé comme ayant affecté le résultat du scrutin puisqu'« il n'est pas allégué que le candidat mis en cause n'ait pu répondre utilement au tract contesté et que l'ampleur de la diffusion critiquée n'est ni établie ni même évaluée par le protestataire⁴² ». Enfin, l'absence de contrôle d'identité avant la remise des enveloppes mais effectué au moment du vote n'empêche pas de prendre en considération

les suffrages exprimés dans les bureaux concernés⁴³.

Pour l'heure, les juges n'ont jamais estimé qu'une irrégularité portait suffisamment atteinte à la sincérité du scrutin pour prononcer l'annulation d'une élection. Partant, ces diverses annulations ont simplement eu une portée que certains qualifient de pédagogique⁴⁴ dans la mesure où les irrégularités constatées n'ont eu qu'une faible incidence sur l'ensemble des résultats⁴⁵. Cependant, en 2002, entre les deux tours de l'élection présidentielle, le Conseil constitutionnel a été directement destinataire d'un assez grand nombre de recours émanant d'électeurs et tendant à l'annulation de l'ensemble des opérations électorales pour des motifs tirés de ce que la sincérité du vote du 21 avril 2002 aurait été altérée par diverses circonstances, telles que la diffusion prématurée dans les départements d'outre-mer des résultats de la métropole ou la publication de résultats de sondage d'opinion donnant Lionel Jospin présent au second tour. Mais, comme on l'a vu précédemment, les électeurs ne peuvent tenter de tels recours devant le Conseil constitutionnel. En revanche, le décret du 14 mars 1964 prévoit que « tout candidat

Conseil, « tels qu'ils sont présentés, ces événements sont au fond réputés avoir exercé une influence insuffisante sur le résultat de la consultation parce qu'ils sont tout à la fois limités dans le temps – le jour du scrutin – et dans l'espace – ils n'ont affecté le déroulement des opérations électorales que dans un petit nombre de bureaux de vote », Bernard Malignier, *op. cit.*, p. 19.

40. CC, décision du 27 avril 1988, « Résultats du premier tour de scrutin », § 6.

41. CC, décision du 11 mai 1988, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République », § 4.

42. CC, décision du 12 mai 1995, « Proclamation des résultats de l'élection du président de la République ».

43. *Id.*

44. Voir, en ce sens, Bruno Genevois, *op. cit.*, p. 39, et Jean-Pierre Camby, « Le maire, le pédiluve et l'élection présidentielle », *op. cit.*, p. 14.

45. Voir, à titre d'exemple, Olivier Schrameck, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1995 », *Actualité juridique de droit administratif*, n°1, 1996, p. 3-21.

peut également, dans le même délai de quarante-huit heures, déférer directement au Conseil constitutionnel l'ensemble des opérations électorales». On notera cependant qu'aucun candidat n'a soulevé les griefs précités devant le Conseil.

Si, pour l'instant, aucune élection n'a été annulée suite aux irrégularités constatées, l'éventualité de ce problème doit être soulevée. Jusqu'à présent, l'écart des voix entre les candidats a toujours dépassé le nombre des suffrages irréguliers. Mais que se passerait-il dans le cas contraire ? Le problème aurait pu se poser lors de l'élection présidentielle de 1974 : « [le pouvoir d'annulation partielle du Conseil] lui donne un véritable pouvoir de réformation puisque, en annulant les opérations d'un certain nombre de bureaux de vote, il peut très bien modifier le résultat de l'élection. C'est ce qui aurait pu se produire en 1974 si l'écart des voix entre MM. Mitterrand et Giscard d'Estaing avait été encore plus faible et si le Conseil avait prononcé, par exemple, l'annulation des opérations dans les territoires d'outre-mer⁴⁶ ».

La solution à ce problème a déjà été envisagée par l'ancien Commissaire du gouvernement Bruno Genevois, appliquant au contentieux constitutionnel des solutions liées aux élections administratives : « [...] le juge de l'élection présidentielle devrait, dans un premier temps, faire la somme des irrégularités commises au cours du scrutin sur l'ensemble du territoire avant d'en chiffrer l'incidence sur le résultat de l'élection. Dans cette perspective, il conviendrait de déduire ceux des suffrages irréguliers

qu'il estime impossible d'attribuer à un candidat plutôt qu'à un autre, tant du nombre des suffrages exprimés que de celui des voix obtenues par le candidat arrivé en tête, afin de s'assurer qu'une fois ces déductions opérées, ce candidat conserve toujours la majorité et même, si l'élection est acquise dès le premier tour, la majorité absolue. Une fois réglée la situation du candidat arrivé en tête, il serait statué en fonction des mêmes règles, c'est-à-dire au moyen d'une double déduction hypothétique, sur le cas du candidat arrivé en deuxième position⁴⁷ ». Pour Guy Carcassonne, le dénouement est plus radical : « S'il y a eu des irrégularités manifestes, portant sur un nombre de voix supérieur à celui séparant les deux candidats, l'annulation ne doit pas faire de doute [...] »⁴⁸. Cette solution présente toutefois l'inconvénient de reposer entièrement sur l'appréciation par le Conseil constitutionnel de la notion d'« irrégularités manifestes ».

Une autre éventualité peut se poser, elle concerne les aléas de la campagne présidentielle.

Le décès du président entre la proclamation des résultats et son entrée en fonction

Si un candidat déclaré vainqueur à l'issue du second tour venait à mourir avant son entrée en fonction, aucune disposition n'est prévue pour faire face à ce problème. Concernant la campagne électorale et l'élection présidentielle, la Constitution prévoit seulement l'hypothèse selon laquelle un candidat à l'élection présidentielle décède avant

46. Loïc Philip, *op. cit.*, p. 379.

47. Bruno Genevois, *op. cit.*, p. 19-50.

48. Guy Carcassonne, « Thallahassee, Paris », *Dalloz*, n°5, 2001, p. 394.

le premier tour ou entre les deux tours. Toutefois, cette possibilité n'a été introduite que tardivement et résulte d'une série d'événements ayant provoqué une certaine prise de conscience.

*Les hypothèses prévues
par la Constitution*

Lors des élections de 1974, le Conseil constitutionnel avait assorti sa décision relative à la proclamation des résultats d'une déclaration dans laquelle il exprimait ses inquiétudes quant à l'éventuel décès d'un candidat à l'élection présidentielle: « le cas du décès d'un des candidats admis à se présenter n'est pas envisagé de façon précise, ce qui risque de poser éventuellement un problème d'appréciation particulièrement grave⁴⁹ ». Ses craintes avaient d'ailleurs été corroborées par une série d'événements ayant perturbé le déroulement de plusieurs campagnes électorales à l'étranger. Ainsi, lors des élections américaines de 1968, le candidat Robert Kennedy a été assassiné et un autre, George Wallace, a été victime d'un attentat. Au Portugal, l'amiral de Azevedo a été frappé d'une crise cardiaque à la veille de l'élection populaire du président en 1976⁵⁰. Suite à ces différents incidents et encouragée par la doctrine⁵¹, une réforme a été introduite par la loi constitutionnelle du 18 juin 1976, complétant l'article 7 de la Constitution par cinq alinéas.

L'article 7 distingue selon que le fait générateur se produit avant le premier tour ou avant le second tour.

Si l'empêchement ou le décès a lieu avant le premier tour, l'article 7 prévoit tout d'abord deux situations aux alinéas 6 et 7, respectivement à la veille de la clôture des candidatures et du scrutin. Dans le premier cas, « si, dans les sept jours précédant la date limite du dépôt des présentations de candidatures, une des personnes ayant, moins de trente jours avant cette date, annoncé publiquement sa décision d'être candidate décède ou se trouve empêchée, le Conseil constitutionnel peut décider de reporter l'élection ». Il s'agit ici d'une compétence discrétionnaire du Conseil constitutionnel. « C'est donc à lui qu'il revient d'apprécier, en fonction de l'audience présumée du candidat concerné : s'il s'agit d'une candidature considérée comme marginale, sa disparition peut ne pas suffire à justifier le report. À l'inverse, celle d'un candidat significatif pourrait entacher gravement le scrutin si la famille politique qu'il devait incarner était privée de la possibilité de désigner un autre champion⁵². » Dans le second cas, « si, avant le premier tour, un des candidats décède ou se trouve empêché, le Conseil constitutionnel prononce le report de l'élection ». « Ici, la stricte égalité entre les candidats prime l'évaluation de leurs chances⁵³ » et le Conseil constitutionnel dispose alors d'une compétence liée.

Maintenant, si le décès ou l'empêchement se produit avant le second tour, l'article 7 opère une nouvelle distinction

49. CC, déclaration du 24 mai 1974.

50. Jean Gicquel et Jean-Éric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2^e éd., Montchrestien, 2005, p. 550.

51. Jean Gicquel, « Article 7 », in François Luchaire et Gérard Conac (dir.), *La Constitution de la république française*, 2^e éd., Economica, 1987, p. 365.

52. Guy Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, 2009, 9^e éd., p. 75-76.

53. *Ibid.*, p. 75.

à l'alinéa 8 entre les candidats potentiels et réels. S'agissant des candidats potentiels, la Constitution prévoit qu'« en cas de décès ou d'empêchement de l'un des candidats les plus favorisés au premier tour avant les retraits éventuels, le Conseil constitutionnel déclare qu'il doit être procédé de nouveau à l'ensemble des opérations électorales ». Là encore, la compétence de la Haute Instance est liée mais il n'est plus question de report d'élection ; l'ensemble du processus électoral doit être repris de zéro. « Il en est de même en cas de décès ou d'empêchement de l'un des deux candidats restés en présence en vue du second tour. »

Si les constituants ont su combler certaines lacunes de la Constitution concernant l'interruption de la campagne avant les premier et second tours, il reste des situations pour lesquelles le texte constitutionnel est muet.

Les hypothèses non prévues par la Constitution

Pour reprendre la formule hypothétique évoquée en introduction, qu'arriverait-il si le candidat élu au second tour venait à disparaître avant sa prise de fonction officielle ? Devant le silence de la Constitution⁵⁴, quelle solution

devrait-il être proposée pour combler ce vide juridique ?

D'abord, il conviendrait de recommencer le processus électoral selon les modalités prévues par l'alinéa 8 de l'article 7 de la Constitution. Mais toute la difficulté réside ensuite dans le statut ambigu du candidat nouvellement élu. Ce dernier ayant gagné l'élection, il est assuré de devenir président de la République mais il ne l'est pas encore puisque le président en exercice continue d'exercer ses fonctions⁵⁵. Dès lors, quelles règles faut-il appliquer pour répondre à cette « vacance » particulière ?

Jusqu'à la date de la prise de fonction du candidat élu, la solution est simple puisque le président sortant est toujours en exercice. Toutefois, cette période n'est pas illimitée et c'est d'ailleurs le Conseil constitutionnel qui fixe la date à laquelle l'ancien président doit sortir de sa charge. Que se passe-t-il alors à l'expiration de ce délai ? Le candidat élu n'ayant pas encore pris ses fonctions officielles, les règles relatives à la cessation définitive de fonction du président de la République ne peuvent s'appliquer⁵⁶. Il semblerait donc opportun, afin d'assurer la continuité de l'État, de maintenir l'ancien président en fonction jusqu'à la tenue de nouvelles élections, même si

193

54. Notons que les constitutions allemande, espagnole, italienne et américaine sont également silencieuses sur ce point. Par contre, la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001 énonce à l'article 36 qu'« au cas où le président de la République élu décède, se trouve définitivement empêché ou renonce au bénéfice de son élection avant son entrée en fonction, il est procédé à de nouvelles élections dans les conditions prévues à l'article 31 ».

55. Voir sur ce point Michel Lascombe, *Le Droit constitutionnel de la V^e République*, L'Harmattan, 2005, 9^e éd., p. 43.

56. Ces règles sont prévues par l'article 7 alinéa 4 de la Constitution : lorsque l'empêchement est déclaré définitif par le Conseil constitutionnel – en cas de décès ou démission –, l'intérim est exercé par le président du Sénat jusqu'à l'organisation de nouvelles élections. Cette situation s'est posée à deux reprises sous la V^e République lorsque Charles de Gaulle a démissionné en 1969 et lorsque Georges Pompidou est décédé en 1974. Dans les deux cas, Alain Poher, président du Sénat, a assuré l'intérim.

la date fixée pour l'abandon de ses charges a expiré. C'est d'ailleurs ce que prévoit la Constitution, à l'article 7 alinéa 10, dans l'hypothèse d'une nouvelle élection pour d'autres motifs : si l'élection est reportée à une date postérieure à l'expiration des pouvoirs du président en exercice, celui-ci demeure en fonction jusqu'à la proclamation de son successeur.

194 Au demeurant, bien que des solutions logiques et opportunes soient proposées, il est regrettable que la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions de la V^e République ne donne pas de solution au problème que nous venons de soulever. De fait, en l'absence de disposition constitutionnelle explicite, la survenance d'un tel événement conduira à combler cette lacune par des décisions improvisées et sans base juridique.

L'élection présidentielle de 2007 a donc fait ressortir un certain nombre de questions, nous avons choisi de n'en traiter que certaines. L'une d'entre elles prouve qu'un système mal adapté peut aboutir en pratique à priver une certaine

catégorie de la population de son droit de vote. En effet, il apparaît que le vote par procuration est manifestement mal adapté aux personnes détenues : entre le manque d'information et la difficulté de trouver un mandataire, le pourcentage de personnes incarcérées ayant voté est particulièrement faible. Pourtant, des solutions telles que l'installation de bureaux de vote dans les prisons pourraient permettre de remédier à ces difficultés, malgré le risque sécuritaire.

L'élection de 2007 et les nombreuses réclamations liées au déroulement du scrutin montrent que le nombre des suffrages irréguliers pourrait, un jour, être supérieur à l'écart des voix existant entre les deux candidats. Pour l'heure, certaines réponses sont venues de la doctrine, mais il serait bon que le Conseil constitutionnel se prononce sur ce problème pour y apporter une réponse claire et non équivoque.

Enfin, cette même élection a rappelé que la Constitution, et tout particulièrement son article 7, souffrait d'une lacune qu'il serait souhaitable de combler. Or la récente révision de la Constitution en juillet 2008 ne contient aucune mesure destinée à corriger ce défaut.