



HAL
open science

La loi. XVe Cours international du 8 au 11 septembre 2003

Aurélie Duffy-Meunier, Olivier Le Bot

► **To cite this version:**

Aurélie Duffy-Meunier, Olivier Le Bot. La loi. XVe Cours international du 8 au 11 septembre 2003. *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 2004, 19-2003, pp.379-423. hal-03636183

HAL Id: hal-03636183

<https://hal.science/hal-03636183v1>

Submitted on 9 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

Compte rendu des discussions et débats

Aurélien Duffy, Olivier Le Bot

Citer ce document / Cite this document :

Duffy Aurélien, Le Bot Olivier. Compte rendu des discussions et débats. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 19-2003, 2004. Constitution et élections – La loi. pp. 379-423;

https://www.persee.fr/doc/aajc_0995-3817_2004_num_19_2003_1729

Fichier pdf généré le 15/06/2018

COMPTE RENDU DES DISCUSSIONS ET DÉBATS

*Réalisé par Aurélie DUFFY & Olivier LE BOT **

En ouverture de la XIX^e Table Ronde, le Président de l'Université, Jacques Bourdon, souhaite aux participants la bienvenue à Aix-en-Provence et se réjouit de voir que nombreux sont ceux qui se retrouvent chaque année à l'Université d'Aix-Marseille III. Les rendez-vous annuels de l'équipe du doyen Louis Favoreu tendent aujourd'hui à s'institutionnaliser, mais non à se figer. D'année en année, le caractère international de la Table ronde s'affirme. Depuis l'année dernière, trois nouveaux pays sont apparus, ce qui porte à 28 le nombre de pays représentés. Cela met à mal et prouve l'inanité du reproche fait parfois aux juristes français d'être trop nationaux, franco-français, et de faire preuve d'une certaine frilosité à l'égard du droit comparé. Or la preuve est faite ici depuis longtemps que l'ouverture des juristes, notamment des juristes aixois, est aujourd'hui tournée vers l'étranger et l'international.

Jacques Bourdon éprouve une grande fierté devant un tel aréopage, et ce à un triple titre. D'abord en tant que président. Dans une université pluridisciplinaire, qui comprend des sciences exactes et des sciences sociales, les sciences exactes ont tendance à dire qu'elles ont l'exclusivité de la recherche. Cette manifestation, cette Table Ronde, démontre qu'il n'en ait rien ; sous la conduite notamment du doyen Favoreu, le droit constitutionnel comparé représente la recherche juridique de très haut niveau. Ensuite en qualité de juriste, on ne peut qu'être honoré que se trouve réunis dans une même salle le « chœur à deux voix », entre la doctrine et le juge, à travers la présence d'universitaires et de membres des hautes juridictions françaises, étrangères et européennes. Ceci permet un enrichissement réciproque de la doctrine juridique. Enfin, lorsque l'on regarde la listes des participants, l'universitaire ne peut que se réjouir de voir qu'il y a des étudiants de DEA, des doctorants, de jeunes chercheurs, ce qui prouve que le droit constitutionnel comparé a encore beaucoup d'avenir devant lui. Il souhaite aux participants deux journées de travail très fructueuses.

* Allocataires de recherches - Moniteur de l'Enseignement supérieur, Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, GERJC, CNRS UMR6201.

A son tour, le Doyen de la Faculté de droit, **Jacques Mestre** souhaite la bienvenue aux participants. La manifestation organisée par le doyen Favoreu et son équipe du GERJC est toujours un grand moment pour la faculté d'Aix-en-Provence. Aujourd'hui encore, c'est un thème passionnant qui a été retenu, même pour les privatistes. Pour s'en convaincre, il suffit d'ouvrir le bulletin des arrêts de la Cour de cassation pour voir combien le mot *élection* ou *contentieux électoral* suscite de jurisprudence, notamment dans le domaine du droit social. La plus Haute Juridiction de l'ordre judiciaire connaît ainsi de toute une série de thématiques, qui seront ici abordées sous l'angle constitutionnel. Il souhaite aux participants deux excellentes journées de travail et les remercie vivement d'avoir choisi la faculté d'Aix-en-Provence pour s'y retrouver.

Le doyen Louis Favoreu prend alors la parole pour rappeler aux participants la méthode retenue pour l'organisation des travaux. Chaque demi-journée, un modérateur qui a pris en charge l'ensemble des rapports nationaux ouvrira la discussion en droit comparé, tandis que le président de séance organisera les débats. Se succéderont ainsi respectivement durant les trois demi-journées, en tant que présidents de séance et modérateurs : Jean-Claude Colliard et Francis Delpérée, Luis Nunes de Almeida et Pierre Bon, Lech Garlicki et Richard Ghevontian. Il salue la présence de nombreux juges constitutionnels à la tribune, avec onze cours constitutionnelles aujourd'hui représentées. Il remercie également Michel Rosenfeld d'être présent à cette Table Ronde, deux ans après les événements du 11 septembre 2001. Il passe enfin la parole au président de séance, Jean-Claude Colliard.

Jean-Claude Colliard, membre du Conseil constitutionnel, relève que le contentieux électoral a acquis ces lettres de noblesse ces dernières années, lorsque l'on a pris conscience du lien intime qui uni les règles électorales et la forme démocratique du régime politique. Il se félicite que les questions d'ingénierie électorale, autrefois considérées comme présentant un intérêt secondaire, soient aujourd'hui discutées en doctrine. Il cède la parole au Professeur Delpérée, modérateur.

I - LES DROITS DE VOTE ET D'ÉLIGIBILITÉ OU DROITS DE SUFFRAGE ACTIF ET PASSIF

Francis Delpérée, Professeur à l'Université catholique de Louvain, salue l'ensemble des participants et précise que la séance de la matinée est consacrée aux droits du citoyen, c'est-à-dire à l'électorat et à l'éligibilité, au droit de vote et au droit de se porter candidat aux élections législatives. Il insiste sur le mot « législative », dans la mesure où sont exclues du débat les autres élections (municipales, européennes, présidentielles...). Il rappelle qu'il y a un siècle, le grand Hauriou disait que l'électorat et l'éligibilité sont les deux faces d'une même médaille, la médaille du citoyen, avec son avers et son envers. Il s'agit là d'une bonne raison pour traiter ces deux questions dans une même séance de travail. Toutefois, au risque d'encourir les foudres d'Hauriou, ou du moins celles de ses disciples, M. Delpérée soutient que les problèmes de l'électorat et de l'éligibilité se posent en des termes très différents. Certes, il y a des questions identiques (l'âge, le sexe, la nationalité, le domicile...) mais, en réalité, ces questions se présentent en termes différents. Pour ne prendre qu'un exemple, celui du vote des femmes, il n'a que peu de rapport avec la parité ou les quotas dans la composition des listes de candidats. Dans l'entre-deux guerres, en Belgique, on a vu Marie Spaak, la mère du futur Premier ministre, siéger à la Chambre des représentants alors même qu'elle n'avait

pas la faculté de voter (même pour elle !) : elle avait l'éligibilité, elle n'avait pas l'électorat. Quoi qu'il en soit, les organisateurs de cette réunion, le Professeur Favoreu en particulier, ont bien fait les choses, en découpant les travaux en deux thèmes : 1^{ère} partie, l'électorat, 2^e partie, l'éligibilité. M. Delpérée suggère de suivre ce découpage tout à la fois chronologique et méthodique.

A) L'électorat

En ce qui concerne le droit de vote, tous les rapports s'expriment, à peu de choses près, à l'identique, comme s'ils avaient eu recours à la technique du papier calque ou, pour être plus moderne, du copier-coller. Chacun des rapporteurs récite les sources du droit constitutionnel moderne, celles qui figurent, par exemple, dans l'article 48 de la Constitution italienne : le vote est libre, le vote est personnel, le vote est égal, le vote est secret. Chacun ajoute que le droit de vote appartient à tout citoyen ou à toute citoyenne qui est âgé de 18 ans – même si l'on discute dans plusieurs États (Belgique, France, Italie, Norvège, Suisse, etc.) de l'opportunité d'abaisser cet âge à 15 ou à 16 ans.

Les grands textes internationaux, la Déclaration universelle des droits de l'homme – le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme, le premier protocole additionnel – expriment ce fonds commun de droit constitutionnel.

Il souligne la difficulté d'ouvrir une discussion à partir d'un discours aussi unanime, mais envisage néanmoins trois pistes de réflexion, trois questions : une question politique, une question technique et une question pratique. La question politique est simple : droit ou devoir ? La question technique est tout aussi simple : papier ou ordinateur ? La question pratique est toujours aussi simple : dedans ou dehors, c'est-à-dire un droit exercé dans le pays ou éventuellement du dehors du pays ?

Droit ou devoir ?

Dans la plupart des États, l'électorat est un droit. Certains disent même, un droit fondamental. Dans trois États européens – la Belgique, la Grèce et le Luxembourg – et dans deux autres, mais avec des nuances – l'Italie et le Portugal – l'électorat n'est pas seulement un droit ; il est aussi un devoir. L'explication est bien connue : voter, c'est exercer une fonction politique. Cette fonction, c'est celle qui revient à constituer, avec les autres membres du collège électoral, la représentation parlementaire. Or une fonction n'est pas une faculté, c'est aussi une obligation. Une obligation juridique dont la méconnaissance est pénalement sanctionnée comme en Belgique, en Grèce ou au Luxembourg. Une obligation morale ou politique comme en Italie ou au Portugal. Un devoir éthique ou civique, comme le dit le rapporteur espagnol. Même le rapporteur français dit que c'est un devoir moral.

Cette conception est très vivement combattue par certains rapporteurs. Mme Taube, rapporteur suédois, considère par exemple, que le vote obligatoire est associé aux procédures électorales des États « non démocratiques ».

La question se pose de la manière suivante : est-ce que les cinq pays concernés sont à concevoir comme des exceptions qui confirment la règle ? S'agit-il d'une survivance institutionnelle d'un temps où les droits du citoyen n'étaient pas aussi complètement affirmés qu'ils le sont aujourd'hui ? Ou, pour tenir compte de débats comme celui qui s'est ouvert au lendemain du premier tour de la présidentielle

française, est-ce que le sujet ne revient pas dans l'actualité ? Des remises en cause sont-elles concevables ? Le vote obligatoire redevient-il un sujet de débat ?

Papier ou ordinateur ?

Ici encore, les choses sont assez simples, relève M. Delpérée. Le vote papier est la règle dans presque tous les États concernés. Mais certains, comme la Belgique, pratiquent le vote informatique. D'autres, comme la Suisse ou les États-Unis, se livrent à une série d'expérimentations qui pourraient déborder sur ce que certains appellent l'E-vote, le vote électronique par Internet.

M. Delpérée souhaiterait que les participants débattent plus spécifiquement de la question suivante : le vote doit-il se faire dans un bureau électoral prévu à cet effet ou peut-il se faire à distance ? Un rapport américain de mars 2001 souligne que le système du vote par Internet à distance présente des risques significatifs pour l'intégrité du processus de vote. N'y a-t-il pas, comme le souligne Rubio Llorente, une liturgie démocratique ?

Dedans ou dehors ?

Pendant longtemps, une idée a prévalu : je suis sur le territoire national, j'y exerce mes droits politiques, je vote, je me déplace jusqu'au bureau de vote pour y déposer un bulletin dans l'urne ; à l'inverse, je quitte le territoire national, je ne m'intéresse plus aux débats de politique intérieure, je perds mes droits politiques, je ne vote plus, je n'emporte pas, dans mes bagages, les attributs de la citoyenneté

Cette conception est aujourd'hui remise en question. C'est peut-être l'un des aspects de la mondialisation de l'information. A distance, je peux très commodément me tenir au courant de la vie politique de mon pays en consultant sur Internet les principaux journaux de mon pays. Alors il faut peut-être faire preuve d'inventivité pour associer les nationaux de l'étranger à la communauté nationale. Il faut aussi essayer de préserver les grands principes qui commandent l'opération de vote. M. Delpérée fait part de son inquiétude devant certaines dérives qui ne préservent pas suffisamment le secret du vote. Aussi estime-t-il qu'il serait intéressant d'entendre le point de vue des novateurs et de le confronter à celui des traditionalistes sur ces différentes questions : vote par correspondance, vote par procuration, vote différé, vote étendu sur plusieurs jours, train électoral.

Il propose au président d'ouvrir la discussion sur ces trois thèmes importants.

1) Droit ou devoir ?

Le président Colliard remercie Francis Delpérée pour la clarté de son exposé. Les questions les plus pertinentes ont été soulevées. Il souligne que la question du vote obligatoire présente aujourd'hui un intérêt très important en raison de la montée de l'abstentionnisme dans l'ensemble des États européens.

Bruno Genevois, président de la section de l'Intérieur du Conseil d'État, souhaite savoir si la sanction prévue est effective dans les pays où le vote est obligatoire. Il rappelle qu'en France, le vote obligatoire est en vigueur pour les élections sénatoriales.

Le président Colliard estime que le droit de vote est une liberté. A ce titre, et à l'instar de la liberté d'association ou de la liberté syndicale, elle comporte deux aspects : un aspect positif – liberté de l'exercer –, et un aspect négatif – liberté de ne pas l'exercer.

Richard Ghevontian, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III, considère que le problème du vote obligatoire est celui de la sanction. Pour être efficace, elle doit être dissuasive. En France, pour les élections sénatoriales, le montant de l'amende est de 4,5 €. Autant dire que la sanction est de nature exclusivement politique, à l'égard des grands électeurs qui n'assumerait pas leur fonction.

Anne Rasson, référendaire à la Cour d'arbitrage de Belgique, présente le système de sanctions prévu par le droit belge. Il existe deux types de sanctions en cas d'absence non justifiée le jour du scrutin : une sanction répressive (amende) en cas de « faute » isolée, des mesures administratives en cas de récidive (radiation des listes électorales ou déchéance du droit d'être nommé, promu ou distingué par les pouvoirs publics).

Francis Delpérée précise que ce système de sanction est bien appliqué dans la pratique. La privation des droits politiques est, selon lui, la sanction la plus efficace.

Dircêo Torrecillas Ramos, Professeur à l'Université de São Paulo, souligne que l'institution du vote obligatoire procède d'une volonté pédagogique, afin de permettre aux citoyens de prendre conscience de l'importance de leur voix.

Otto Pfersmann, Professeur à l'Université Paris I, formule deux observations, l'une technique, l'autre politique. Technique : la question de l'obligation de voter peut recouvrir des situations très diverses. Ainsi, en Autriche, elles se mêlent au problème du fédéralisme. Les élections au Conseil national sont obligatoires si la loi d'un Land le prévoit, facultatif si elle ne le prévoit pas. Par ailleurs, la Constitution impose le vote obligatoire pour l'élection du Président de la République, mais non pour les autres élections nationales, alors même qu'il s'agit d'un régime parlementaire. Les sanctions en cas de non respect de l'obligation de vote sont de nature administrative, ce qui soulève un problème au regard des exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Remarque politique : la question du vote obligatoire rejoint la conception de la démocratie. On peut distinguer à cet égard la démocratie offensive de la démocratie traditionnelle.

Jorge Miranda, Professeur à l'Université de Lisbonne, précise que la Constitution du Portugal prévoit le devoir civique de voter. Il s'agit d'un devoir juridique, mais d'un devoir à propos duquel aucune sanction n'est prévue par la Constitution. Néanmoins, la loi électorale pourrait parfaitement imposer des sanctions dans le respect des exigences relatives aux droits et libertés fondamentaux des citoyens. Ainsi pourrait-elle prévoir des sanctions pénales, civiles ou administratives, mais non des sanctions plus draconiennes telles que la déchéance des droits civils et politiques.

Julia Iliopoulos Strangas, Professeur à l'Université d'Athènes, indique qu'en Grèce, pays où le vote est obligatoire, les sanctions pénales prévues jadis par la

législation n'étaient prononcées que très rarement. En revanche, les sanctions administratives prévues jusqu'il y a quelques années également par la législation se sont avérées très effectives. Il y a peu de temps, le citoyen qui entendait renouveler son passeport devait apporter la preuve de sa participation au précédent scrutin. Toutefois depuis quelque temps, et notamment avant la révision constitutionnelle de 2001 qui ne mentionne plus la possibilité du législateur de prévoir des sanctions, l'obligation de vote n'est plus sanctionnée.

Massimo Luciani, Université *La Sapienza* de Rome, s'interroge sur la nature du droit de vote et la possibilité d'instaurer des libertés fonctionnalisées. Selon la Cour constitutionnelle italienne, une liberté a toujours une face passive et une face active. A propos de la liberté d'association, la Cour constitutionnelle a considéré qu'il était possible d'imposer une obligation de s'associer si un intérêt constitutionnel prime sur le respect de cette liberté. Il en va ainsi dans le domaine de la sécurité sociale, les membres des professions libérales étant tenues d'adhérer à leur caisse d'assurance sociale. Il considère par ailleurs que le vote obligatoire permet de développer la conscience civique chez les citoyens et de renforcer la légitimité des institutions. Enfin, le vote est, dans la conception romaine, davantage assimilé à un devoir qu'à un droit du citoyen.

Il s'interroge en dernier lieu sur la possibilité d'instituer un système de vote obligatoire et de sanction lorsque ceci n'est pas prévu par la Constitution. A l'inverse, est-il possible de ne pas sanctionner lorsque le vote obligatoire est inscrit dans la Constitution elle-même ? L'article 48 dispose que le droit de vote est un devoir civique. Or, les sanctions, très faibles, prévues les textes n'ont jamais été appliquées. Et à partir des années 1980, l'idée de sanction a totalement été éliminée de la loi ordinaire. Était-ce légitime ou constitutionnel ? Il semblerait que non.

Blaise Knapp, Professeur à l'Université de Genève, souligne qu'une proportion minoritaire des cantons suisses prévoient le vote obligatoire. S'agissant de l'introduction du vote par correspondance avec courrier gratuit, cette innovation a permis une augmentation considérable du nombre de votants.

Michel Hottelier, Professeur à l'Université de Genève, précise à cet égard que la démocratie a un coût. Par exemple, le canton de Genève doit déboursier chaque année environ 200 000 € de frais d'affranchissement pour le retour des bulletins de vote.

Nadia Bernoussi, Professeur à l'ENA du Maroc, indique que le vote obligatoire a été institué récemment dans son pays en vue de lutter contre l'abstentionnisme et la montée de la menace islamiste. Elle estime que le vote obligatoire ne supprime pas la liberté d'adresser un message de désaveu au système politique. Celui-ci peut en effet très bien se manifester par un vote blanc ou nul.

Au Japon, précise **Mamiko Ueno**, Professeur à l'Université de Chuo-Tokyo, le vote est un droit et un devoir, mais un devoir purement moral, qui n'est pas assorti de sanction. C'est par l'éducation et la pédagogie que les autorités entendent lutter contre l'abstention.

Le **président Colliard** clos le débat sur ce premier thème en relevant qu'il n'a pas permis de régler la question de l'effectivité des sanctions du vote obligatoire.

2) Papier ou ordinateur ?

Manoel Ferreira Filho, Professeur à l'Université de São Paulo, présente les avantages du vote électronique. L'électeur doit simplement connaître le numéro d'identification personnel qui lui est attribué. Dans le bureau de vote, il entre le numéro dans l'ordinateur, sélectionne la photo du candidat pour qui il veut voter, et doit confirmer son choix. Cette modalité de vote a permis d'augmenter la participation des citoyens les moins instruits, notamment les populations indiennes.

Michel Hottelier évoque l'expérimentation du E-voting en Suisse. Le projet de vote électronique est en cours dans trois cantons. Une première consultation électorale a été réalisée par ce procédé à l'occasion d'un référendum communal. Techniquement, tout a fonctionné : aucun *hacking* ni détournement n'est à regretter. Néanmoins, il estime que la généralisation de ce procédé est tributaire des progrès informatiques, et qu'il faudra attendre une dizaine d'années pour obtenir un niveau de garantie et de fiabilité pleinement satisfaisants.

Muhammad Al Fili, Maître de conférence à l'Université du Koweït, relève que le risque du vote par correspondance est d'affaiblir la garantie d'un vote secret et personnel. L'électeur peut en effet subir des pressions desquels il est protégé dans l'enceinte de l'isoloir.

Richard Ghevontian estime que les problèmes soulevés par le vote électronique se posent de manière différente selon que celui-ci se réalise à domicile ou dans un bureau de vote. Le vote dans un bureau spécialement aménagé à cet effet est plus satisfaisant dans la mesure où il s'inscrit dans un cérémonial, une liturgie du vote (le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rappelé le principe de la dignité du scrutin) et protège l'électeur des pressions familiales, amicales, professionnelles ou autres.

Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Chargé de recherches CNRS GERJC, évoque l'expérience américaine du vote par internet. Les États-Unis sont, comme la Suisse, à un stade expérimental dans l'utilisation de ce procédé. Il résulte des rapports établis à cette occasion (notamment le rapport réalisé par la *Federal Election Commission* en 2002) que, pour le moment, en l'état actuel des techniques, il n'est pas souhaitable de généraliser le vote électronique car les risques de fraude sont encore trop importants. Une commission mise en place par le *Help America Vote Act* en 2002 a pour mission d'étudier les risques de fraudes liés à l'utilisation de ce procédé, et de formuler des propositions permettant de les éviter.

3) Dedans ou dehors ?

Massimo Luciani indique que le droit de vote des italiens résidant à l'étranger est inscrit dans la Constitution. Ce droit est mis en œuvre par une loi ordinaire. Elle prévoit que les italiens résidant à l'étranger désignent quatre représentants, le monde étant divisé en autant de circonscriptions.

Jorge Miranda se déclare opposé au vote à l'étranger. Au Portugal, les citoyens résidant à l'étranger forment un collège électoral désignant quatre députés. Ceci provoque une distorsion dans le principe de la représentation proportionnelle.

Anne Rasson présente le système belge de vote des citoyens résidant à l'étranger, tel qu'il résulte de la réforme de 2002. Plusieurs modalités sont admises : vote par procuration, vote par correspondance, vote dans une ambassade ou un consulat.

B) L'éligibilité

Francis Delpérée suggère de retrouver Hauriou – et le couple électeur/éligible – pour la seconde discussion de la matinée. Pour être éligible, il faut être électeur, et la question est de savoir si tout électeur est nécessairement éligible ou si des conditions supplémentaires sont requises.

Il relève qu'en général, c'est une réponse négative qui est apportée à cette question même si, dans certains États, l'âge reste une condition particulière d'accès au Sénat, l'assemblée des seniors. Partout ailleurs, c'est le droit commun électoral : l'élection suffira à oindre l'élu de toutes les qualités requises.

M. Delpérée aimerait entendre les rapporteurs et les autres participants sur les trois questions suivantes : une candidature sexuée ou asexuée ? Une candidature autonome ou partisane ? Une candidature effective ou virtuelle ?

1) Sexuée ou asexuée ?

Le problème, rappelle M. Delpérée, est connu : sans mesures coercitives ou incitatives, il semble que les femmes ne soient pas en mesure d'occuper suffisamment de sièges dans les assemblées parlementaires, et il est alors envisagé de leur donner de meilleurs chances d'accéder à ces fonctions.

Les réponses sont connues. Dans un régime de représentation proportionnelle, c'est l'article 11 bis de la Constitution belge : « La loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électifs et publics » ; c'est le système de la tirette : un homme, une femme (ou une femme, un homme). Dans un régime de scrutin majoritaire, c'est l'article 3 al. 5 de la Constitution française (« La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ») avec un système d'incitation ou de pénalités financières destinées à faire respecter le principe de parité.

2) Autonome ou partisane ?

Faut-il donner à chacun le droit de se présenter librement aux élections ? Faut-il au contraire, encourager les candidats à se présenter groupés sur des listes ? Faut-il, réserver, en fait ou en droit aux partis politiques le droit de sélectionner et de présenter des candidats ?

Première réponse, la plus atténuée. Un régime de faveur au profit des partis enregistrés ou reconnus (médiats, frais de campagne, sigles, logos, emblèmes, présentation des listes) s'inscrit dans cette perspective.

Deuxième réponse, plus contraignante. Le droit espagnol réserve la présentation de candidats aux partis, aux coalitions de partis et aux groupements d'électeurs. Le droit portugais est encore plus strict puisqu'il réserve aux partis politiques, isolés ou en coalition, le droit de présenter de telles candidatures.

Troisième réponse, plus factuelle. Tous les rapports insistent sur le rôle prééminent des partis politiques dans le choix des élus. Il semble qu'il y ait là une lame de fond, notamment dans les scrutins de liste.

3) *Effective ou virtuelle ?*

M. Delpérée part de la Constitution norvégienne pour évoquer une nouvelle question, qui se présente en ces termes : je me présente aux élections ; une fois élu, je me désiste ou je me retire ; c'est alors une personne que nul ne connaît qui sort d'une boîte pour exercer le mandat que j'ai moi-même conquis. La Constitution norvégienne formule une règle stricte dans un tel cas de figure : « Quiconque est élu représentant est tenu d'accepter l'élection ».

Autrement dit, la question est la suivante : est-ce qu'un candidat peut jouer avec l'électeur ? Est-ce qu'il peut jouer avec les voix qu'il a obtenues ? Est-ce qu'il peut tromper l'électeur sur ses intentions futures ?

M. Colliard réagit sur le dernier point et demande au rapporteur norvégien quelle est la règle prévue dans l'hypothèse où un député devient ministre.

Eivind Smith, Professeur à l'Université d'Oslo, lui indique que, dans cette hypothèse, le suppléant élu sur la même liste et dans la même circonscription va remplacer le député qui a été nommé ministre. Dès que ses fonctions gouvernementales prennent fin, il retrouve sa place à la chambre.

M. Delpérée évoque une affaire dont la Cour d'arbitrage a eu à connaître. Lors des élections du 18 mai 2003, le président du parti socialiste flamand se présente aux élections législatives et sénatoriales. Il obtient une très large majorité dans les deux chambres. Une fois élu, il renonce à siéger, et deux suppléants inconnus des électeurs font leur apparition. La Cour d'arbitrage a considéré que les électeurs avaient été trompés.

Pour Fransisco Rubio Llorente, Professeur à l'Université *Complutense*, rappelle que d'après la doctrine orthodoxe, qu'il a défendue tout au long de sa vie, le mandat n'appartient ni au parti ni à l'électeur, mais à l'élu seulement. Cependant, vu l'écart croissant entre cette doctrine et notre réalité politique, il s'interroge aujourd'hui sur la possibilité de continuer à la maintenir.

Eivind Smith indique que la règle de la Constitution norvégienne évoquée précédemment doit être lue à la lumière du mode de scrutin dans la mesure où c'est la représentation proportionnelle qui est très largement diffusée. Ainsi, si le premier candidat de la liste est nommé ministre, le deuxième va prendre sa place dans la plus parfaite transparence.

Sexué ou assexué ?

Marc Verdussen, Professeur à l'Université Catholique de Louvain, affirme qu'il existe deux dates-clés en Belgique à ce sujet : 1994 et 2002. En 1994, une loi a mis en place un système de quotas en interdisant la présence, sur une même liste, de plus de deux tiers de candidats du même sexe. La liste qui ne remplissait pas cette condition était purement et simplement écartée. Cela étant, la loi n'imposait pas que les femmes se trouvent en position d'éligibles sur les listes électorales. Par ailleurs, la section de législation du Conseil d'État a estimé que la sanction prévue – l'irrecevabilité de la liste – n'était pas proportionnée à l'objectif poursuivi. En 2002, le Gouvernement fédéral est passé d'une logique de quotas à une logique de parité. Ces deux logiques procèdent d'une philosophie différente, les femmes étant

considérées comme un groupe social dans le premier système, et comme une composante de l'humanité dans le second. La parité est inscrite à l'article 11-bis de la Constitution, à travers une formule similaire à celle figurant à l'article 3 de la Constitution française. Une loi a été immédiatement adoptée pour mettre en œuvre le nouveau principe.

M. Genevois souligne que si la lettre du texte est la même en France et en Belgique, son application donne lieu à des interprétations différentes de part et d'autre de la frontière. La loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 s'est bornée à lever un obstacle à l'institution de la parité ou des quotas par voie de loi ordinaire. Mais il s'agit d'une faculté pour le législateur pour une catégorie d'élections. Par exemple pour les élections régionales, le législateur ne peut traiter différemment une élection étroitement comparable, sous peine de méconnaître le principe d'égalité. C'est dans ce sens que s'est prononcé le Conseil constitutionnel le 3 avril 2003 à propos du mode de désignation des membres de l'Assemblée de Corse, par comparaison avec celui des conseillers régionaux. Toutefois, une fois que cet objectif a été concrétisé par une loi, il appartient au législateur de retenir la modalité la plus adaptée à la réalisation de celui-ci, sous peine de méconnaître le principe d'égalité (Cons. Const., déc. 468 DC du 3 avril 2003). Si l'alternance stricte un homme/une femme a été instituée pour une élection, elle doit être étendue à toutes les élections.

Mme Iliopoulos s'interroge sur la compatibilité des quotas avec le principe démocratique et le principe du respect de la volonté populaire. Elle considère que ceci dépossède le citoyen de sa liberté de choix et donne une responsabilité trop importante aux partis. Elle souligne toutefois que pour ce qui est de la Grèce la Constitution (art. 116-2) autorise depuis la révision de 2001 le recours aux discriminations positives en vue de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes. Par ailleurs, déjà avant la dernière révision, le législateur ordinaire a établi un minimum de participation de femmes élevé au tiers du nombre total des candidats. Mais ceci ne concernait que les élections locales, à savoir la désignation des conseils municipaux et départementaux.

M. Miranda indique que la Constitution impose de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes. Aucune loi n'ayant pu être votée à ce jour, le Portugal est en présence d'une inconstitutionnalité par omission.

M. Ghevontian souhaite revenir sur l'expérience française, et l'impact de la loi constitutionnelle de 1998. Pour les élections à la proportionnelle, c'est un système impératif qui a été retenu : les partis doivent présenter des listes paritaires avec alternance de femmes et d'hommes. Pour les scrutins majoritaires, le législateur a privilégié un système incitatif : si les partis ne respectent pas la parité, un mécanisme de sanction financière est prévu (réduction des remboursements des frais de campagne). En pratique, on constate que les partis ont préféré sacrifier leurs finances plutôt que de remplacer les sortants (hommes) par des femmes.

M. Hottelier évoque deux arrêts rendus par le Tribunal fédéral suisse. Le premier arrêt en la matière date de mars 1997. Le Tribunal devait se prononcer sur une initiative populaire cantonale tendant à instaurer un système de parité dans les assemblées élues, dans le gouvernement, dans la magistrature et dans l'administration. Cette initiative est annulée comme contraire au principe d'égalité et au principe de la garantie des droits politiques. Le second arrêt a été rendu par le

Tribunal fédéral en octobre 1998. La juridiction devait connaître d'une initiative plus souple instituant des quotas dans la présentation des listes, sans garantir une représentation des élus en fonction de leur appartenance sexuelle. Le Tribunal considère que cette mesure purement incitative n'est pas contraire à la Constitution puisqu'elle promeut l'égalité des chances sans affecter l'égalité des droits.

Miroslav Granat, Professeur à l'Université de Lublin, indique que la parité n'est pas prévue en droit constitutionnel polonais. En revanche, il existe un système spécifique de représentation des minorités nationales. La Cour constitutionnelle n'a jamais eu l'occasion d'apprécier la constitutionnalité de ce système.

4) *Autonome ou Partisane ?*

M. Miranda précise que la Constitution impose une présentation des candidats par les partis pour les élections nationales, mais non pour les consultations locales. Le monopole des partis pour les élections nationales découle d'une réaction au régime de Salazar, durant lequel on considérait qu'il n'existait aucun parti politique. La nouvelle Constitution a souhaité valoriser le rôle des partis. En outre, les élections législatives sont des élections programmatiques, et seuls les partis sont en mesure de définir un programme national, un programme législatif et un programme de gouvernement. Une fois élu, toutefois, le député peut quitter son parti ; il ne perdra son mandat que dans l'hypothèse où il rejoint un autre parti.

M. Pfersmann souligne la double particularité du système autrichien. D'une part, la formation de partis politiques repose sur un principe de liberté totale à l'exception de partis nazis. D'autre part, les partis politiques n'ont pas en tant que tels une fonction électorale, celle-ci étant dévolue aux listes électorales. Ces dernières ont la personnalité juridique, une personnalité juridique éphémère dans la mesure où elle est liée à une élection donnée. Ainsi, une fois l'élection passée, des élus présents sur la liste électorale peuvent parfaitement se constituer en groupe parlementaire dissident.

Xavier Philippe, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III, évoque un problème qui s'est posé en Afrique du Sud en conséquence de l'obligation d'être présenté par un parti. Si l'accès à un parti est refusé à un individu donné, ce dernier est, de fait, inéligible, et sera empêché de participer à la vie politique. Les juridictions sud-africaines ont considéré qu'un litige de cette nature, impliquant deux personnes privées, pouvait néanmoins être apprécié au regard des droits fondamentaux constitutionnels. Enfin, la Cour sud-africaine a considéré que le législateur a parfaitement pu instaurer une clause de non-défection, destinée à mettre fin aux démissions post-électorales abusives.

Mme Bernoussi indique qu'au Maroc, le Parlement a voté une loi interdisant aux candidats qui n'appartiennent pas à un parti de se présenter à une élection. La loi a été censurée par le Conseil constitutionnel comme contraire à la liberté d'association et à la liberté d'adhérer à toute organisation de son choix, l'égal accès de tous et dans les mêmes conditions aux fonctions électives, et le droit d'éligibilité garanti à tous les citoyens.

Mme Fatin-Rouge précise qu'aux États-Unis, la Cour suprême a permis aux États de poser des conditions permettant de restreindre le nombre de candidatures

afin d'éviter une multiplication anarchique du nombre de candidats. Ainsi a-t-elle validé une disposition de l'État de Californie qui interdisait à un candidat de se présenter de manière indépendante dans l'année qui suit son échec aux élections primaires. La Cour suprême pose toutefois une limite à l'exercice de ce pouvoir : les restrictions imposées par les États ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher l'émergence de nouvelles listes ou de listes indépendantes.

M. Hottelier souhaite intervenir sur la notion des candidatures autonomes. Il n'y a pas en Suisse de système visant à encourager la présentation par les partis. La liberté d'association s'impose de façon quasiment absolue dans ce domaine, du moins au niveau fédéral. Dans un arrêt d'octobre 2001, le Tribunal a jugé, de manière contestable, que l'obligation de verser une somme de 5 000 francs suisse (3000 €) – remboursée en cas de victoire – avant de pouvoir présenter sa candidature au Parlement de Genève n'était pas contraire à la garantie des droits politiques ni au principe de l'égalité de traitement.

Le président de séance, **M. Colliard**, invite **M. Delpérée** à conclure.

Conclusion de la matinée

M. Delpérée entend conclure la première demi-journée de débat en formulant trois observations.

Première remarque : il appartient aux participants de se demander si la Constitution a quelque chose à dire en matière électorale. Sur ce point, les expériences des différents États sont plutôt diversifiées : même sur des questions aussi fondamentales que l'électorat ou l'éligibilité, certaines Constitutions sont muettes, d'autres sont laconiques, d'autres encore sont particulièrement expressives. Il y a là des choix politiques essentiels. L'élection – source de la démocratie – gagne à être placée, du moins dans ses principes, en dehors des relations traditionnelles majorité/opposition ; ces règles essentielles gagnent à faire l'objet d'un consensus général que la Constitution peut utilement exprimer.

Deuxième remarque : de la réponse qui sera apportée à la première question – Constitution ou pas Constitution ? – dépendent la place et la fonction du juge constitutionnel. Si la Constitution est discrète, le juge constitutionnel trouvera l'occasion de s'exprimer et d'affirmer lui-même un certain nombre de principes qui sont absents du texte constitutionnel. Si la Constitution est particulièrement explicite, le juge constitutionnel aura évidemment plus de difficultés à s'exprimer dans la mesure où il ne lui appartient pas de contrôler la Constitution.

Troisième remarque : dans les pays qui organisent un régime de vérification des pouvoirs (Belgique, Italie, autres), c'est-à-dire sans intervention d'un juge constitutionnel, la justice constitutionnelle n'est pas muette, ne serait-ce que pour vérifier la constitutionnalité des législations organiques en matière électorale.

En définitive, si le premier sujet de la Table ronde pouvait paraître à première vue classique, voire ringard, il recelait sans doute des richesses insoupçonnées. Le mérite des débats de la matinée est d'avoir permis de les mettre en lumière.

II - LES MODALITÉS DE L'ÉLECTION

M. Favoreu ouvre les débats de l'après-midi en donnant la parole au président de séance : Luis Nunes de Almeida, président du Tribunal constitutionnel du Portugal. Il invite Pierre Bon, modérateur, à exposer les thèmes de discussion de la demi-journée.

M. Bon, Professeur à l'Université de Pau, considère qu'une fois précisé, comme cela a été fait dans la matinée, qui vote et qui peut être élu, se pose logiquement un second problème, celui des modalités de l'élection. En la matière, les Constitutions peuvent poser trois grandes séries de règles.

D'abord, la Constitution pose toujours des règles de portée générale qui sont susceptibles de concerner les élections comme elles peuvent concerner bien d'autres domaines. Il en va ainsi du principe d'égalité proclamé sans autres formes de spécifications : il visera alors aussi bien, pour s'en tenir à ces trois exemples, l'égalité devant les services publics que l'égalité devant l'impôt ou encore l'égalité dans les élections. Il en va de même de la liberté d'expression et d'information qui trouve tout autant à s'appliquer en dehors des périodes électorales qu'en périodes électorales.

Ensuite, la Constitution peut, en plus, contenir des dispositions qui concernent cette fois-ci directement l'élection mais qui sont suffisamment générales pour en régir tous les aspects. On pense bien évidemment ici aux Constitutions, il est vrai pas très nombreuses, qui, sous une forme ou une autre, proclament la liberté et l'égalité du suffrage, égalité du suffrage déjà évoquée, en 1989, lors de la VI^e Table ronde et qui peut être entendue, soit comme l'exigence d'une stricte application du principe de proportionnalité, soit comme un objectif plus ambitieux et, le cas échéant, plus perturbateur des situations acquises, celui de l'égalité des chances. Quoi qu'il en soit, la Constitution espagnole, après avoir, dans son article 14, garanti l'égalité des Espagnols devant la loi, poursuit, dans son article 23 : « 1. Les citoyens ont le droit de participer aux affaires publiques... par l'intermédiaire de représentants librement élus à des élections périodiques au suffrage universel. 2. De même, ils ont le droit d'accéder, dans des conditions d'égalité,... aux charges publiques compte tenu des exigences requises par la loi ». L'article 34 de la nouvelle Constitution suisse du 18 avril 1999 est de la même veine : il garantit les droits politiques et donc le droit de suffrage et précise que cette garantie « protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté ». On retrouve des formulations du même type dans les textes internationaux, qu'il s'agisse par exemple de l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel « les hautes parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » ou encore de l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques aux termes duquel tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune discrimination et sans restrictions déraisonnables, « de voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques honnêtes au suffrage universel et égal et au scrutin secret assurant l'expression libre de la volonté des électeurs »;

Enfin, la Constitution contient toujours des dispositions précises qui régissent tel ou tel aspect particulier du processus électoral, dispositions souvent nombreuses en ce qui concerne le scrutin, dispositions beaucoup plus rares voire même souvent inexistantes en ce qui concerne la campagne qui le précède.

C'est d'ailleurs ce clivage entre la campagne et le scrutin que l'on voudrait retenir, à l'instar de la grille distribuée aux rapporteurs nationaux et des rapports qu'ils ont rédigés.

A) La campagne

Comme on vient de l'indiquer, il y a fort peu de Constitutions qui contiennent des dispositions qui s'appliquent à la campagne hormis les références générales à la liberté et à l'égalité du suffrage ou à la liberté d'expression et d'information. L'un des seuls exemples est la Constitution portugaise dont l'article 113-3 dispose que les campagnes électorales sont régies par quatre principes constitutionnels : la liberté de propagande ; l'égalité des chances et de traitement des différentes candidatures ; l'impartialité des pouvoirs publics à l'égard des candidatures ; la transparence et le contrôle des comptes électoraux. On peut également citer, même s'il va beaucoup moins loin, l'article 29-2 de la Constitution hellénique qui, dans sa rédaction issue de la révision constitutionnelle de 2001, dispose que la « loi précise les garanties de transparence en matière de dépenses électorales... Elle impose un plafond pour les dépenses électorales (et) peut interdire certaines formes de promotion électorale ».

Pourtant, le moins que l'on puisse dire est que, depuis quelques temps, leur déroulement a été considérablement affecté par les mutations des sociétés contemporaines.

Jusque dans les années 1970 en Europe, sans doute quelques années plus tôt aux États-Unis, les campagnes électorales ne se déroulaient pas de façon sensiblement différente de ce qui se passait au XIX^e siècle. Il n'y avait pas de sondages d'opinion. L'influence des moyens de communication de masse était encore très limitée. La propagande se faisait essentiellement par la tenue de réunions publiques, par voies d'affiches et par voie de tracts. En conséquence, leur coût financier était limité, d'autant plus limité que, souvent, l'État pouvait prendre en charge une partie de ce coût.

Il n'en va plus de même aujourd'hui. Les sondages se sont multipliés et leur publication, dans les jours qui précèdent l'élection, est considéré par certains comme de nature à influencer l'électeur et donc à porter atteinte à sa liberté. Le rôle des médias est devenu déterminant. Les moyens traditionnels de propagande sont utilisés sur une toute autre échelle qu'autrefois : les réunions publiques tenues sous des préaux d'école ont été largement remplacées par des meetings à l'américaine mis en scène par des spécialistes en marketing politique ; l'affichage sur les panneaux officiels spécialement mis en place à cet effet par l'administration se double d'un affichage sauvage sur les murs, les poteaux de signalisation, le mobilier urbain... tandis que des emplacements publicitaires sont loués à prix d'or à des sociétés commerciales de publicité extérieure pour recevoir des affiches conçues par des spécialistes en communication ; aux professions de foi des candidats adressées à l'électeur par l'administration s'ajoutent les tracts déposés dans les boîtes aux lettres, les lettres prétendument personnelles envoyées à l'électeur grâce à la technique du mailing, les luxueux journaux distribués gratuitement et qui ne durent que le temps de l'élection... De nouveaux moyens de propagande apparaissent : distribution de cadeaux divers aux électeurs, dîners débats, campagnes d'appels téléphoniques voire campagnes de publicité commerciale menées dans la presse écrite, à la radio ou à la télévision, sites internet ouverts par les différents candidats... Tout cela coûte évidemment fort cher et risque d'exclure de la compétition électorale ceux qui n'arrivent pas à disposer des ressources nécessaires et de placer ceux qui ont réussi à en disposer sous l'influence de bailleurs de fonds aussi généreux qu'intéressés.

Dans ces conditions, la volonté de garantir la liberté et l'égalité du suffrage peut inciter les pouvoirs publics à intervenir, notamment sur les quatre points

cruciaux que sont les sondages d'opinion, les moyens de communication de masse, la publicité commerciale et le plafonnement et le financement des dépenses électorales. Mais, réciproquement, le même principe constitutionnel de la liberté et de l'égalité du suffrage ou d'autres règles constitutionnelles peuvent contrecarrer ces interventions, d'où un point d'équilibre qui, comme le montre les différents rapports, n'est pas toujours très facile à trouver.

En premier lieu, en ce qui concerne les sondages d'opinion, il est sans doute nécessaire d'en garantir la qualité et l'objectivité en prévoyant le cas échéant, comme c'est le cas en France sur le fondement de la loi du 19 juillet 1977, l'intervention d'une autorité administrative indépendante, la commission des sondages. Plus problématique est l'interdiction de publier, diffuser ou commenter un sondage pendant un certain délai précédant le scrutin dans le but de garantir la liberté de l'électeur. Ainsi, toujours en France, la même loi de 1977 prévoyait ce type d'interdiction pendant la semaine précédant chaque tour de scrutin. Cette interdiction a été contestée au motif qu'elle serait contraire à la liberté d'expression et d'information. Dans un premier temps, ce grief a été rejeté tant par la Cour de cassation (Cass. crim. 14 mai 1996) que par le Conseil d'État (CE 2 juin 1999, *Meyet*). Mais, par la suite, la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence et a estimé qu'il y avait là effectivement une restriction excessive à la liberté d'information car il ne s'agissait pas d'une mesure nécessaire à la satisfaction d'un besoin social impérieux (Cass. crim. 4 septembre 2001). Aussi, le législateur est-il intervenu et a-t-il limité la portée de l'interdiction à la veille et au jour de chaque tour de scrutin (loi du 19 février 2002). En revanche, en Espagne par exemple, la loi continue à interdire la diffusion des sondages pendant les cinq jours précédant le scrutin. Il en va de même en Italie ou en Grèce sans que d'ailleurs, dans ce dernier pays, le Conseil d'État ait vu là une violation de la Constitution (Conseil d'État, section D, 4331/1996). Il serait intéressant de savoir s'il y a, dans d'autres pays, débat sur la constitutionnalité d'interdictions de ce type.

En second lieu, si l'on s'intéresse maintenant aux moyens de communication de masse, il convient de distinguer selon leur nature. S'agissant des chaînes de radio et de télévision publiques, qu'elles relèvent de l'État central, des éléments composants de l'État dotés de l'autonomie politique (par exemple, en Espagne, les Communautés autonomes) ou des collectivités locales, la règle est simple dans son principe : elles doivent, tout particulièrement en période de campagne électorale, assurer une expression pluraliste et équilibrée des courants d'opinion qui n'est que la traduction, au niveau constitutionnel, du vieux principe administrativiste de la neutralité des services publics. Reste évidemment à mettre en œuvre cette règle sous le contrôle, le cas échéant, d'une autorité administrative indépendante. Il n'y a pas de difficultés majeures pour les courants d'opinion établis, par exemple pour les partis politiques représentés au Parlement national, l'importance de leur groupe parlementaire déterminant alors souvent le temps d'antenne qui leur est attribué, soit dans le cadre de la campagne officielle, soit en dehors, même si cela risque de favoriser le maintien d'un certain statu quo. Plus délicat est l'accès à l'antenne des petites forces politiques ou des forces politiques nouvelles qui n'ont pas de représentants dans les assemblées. S'agissant maintenant des chaînes de radio et de télévision privées, la situation la plus fréquente, si l'on en juge par les rapports, est celle d'un alignement sur les obligations du secteur public (sauf, évidemment, en ce qui concerne la campagne officielle qui n'est généralement diffusée que sur les antennes publiques) mais cet alignement a pu être contesté. Ainsi, le rapport espagnol déplore par exemple un excès d'interventionnisme en ce qui concerne les médias privés. Surtout, le rapport italien indique que la Cour constitutionnelle a été

saisie d'un recours contre les dispositions de la loi n° 28 de 2000 imposant aux télévisions privées de traiter de façon égalitaire les différentes forces politiques au motif que cela violerait la liberté d'expression proclamée par l'article 21 de la Constitution, recours qu'elle a rejeté dans son arrêt n° 155 de 2002 car la liberté d'expression des réseaux privés doit être conciliée avec le pluralisme, l'objectivité de l'information et l'ouverture aux différentes opinions qui sont des principes fondamentaux du système radiotélévisé que ces réseaux doivent également respecter. La même analyse a-t-elle été faite ailleurs ? S'agissant enfin de la presse écrite, la situation est plus contrastée. Dans certains pays comme le Portugal, la loi impose à la presse quotidienne ou non quotidienne paraissant avec une périodicité inférieure à quinze jours de ne se livrer à aucune discrimination lorsqu'elle entend rendre compte de la campagne électorale. A l'inverse, en France et selon une formule traditionnelle reprise tant par le juge constitutionnel (voir par exemple Conseil constitutionnel 25 octobre 1973, Élections à l'Assemblée nationale, seconde circonscription de la Guadeloupe) que par le juge administratif (voir par exemple Conseil d'État 29 juillet 1983, Élections cantonales de Vesoul-est), aucune disposition législative ou réglementaire actuellement en vigueur n'interdit ou ne limite les prises de position de la presse écrite dans les campagnes électorales. Il en va de même au Royaume-Uni. La presse écrite peut donc être une presse partisane, prenant partie pour tel candidat et ne rendant pas compte de la campagne de tel autre. Certes, la presse écrite est censée ne pas avoir la même influence que la presse audiovisuelle mais un traitement à ce point différent de l'une et de l'autre est-il justifié ? La question peut être posée.

En troisième lieu, si l'on aborde la question de la publicité politique commerciale, on découvre une très grande diversité de situation. Dans certains pays, elle est autorisée non sans que, le cas échéant, certaines règles soient posées. Ainsi, en Espagne, la presse écrite a l'obligation de consentir à toutes formations politiques les mêmes tarifs de publicité. Elle a également l'obligation de faire les insertions publicitaires qui lui sont demandées par les formations politiques alors même que ces dernières se distingueraient de sa ligne éditoriale. Dans d'autres pays, à l'inverse, la publicité est interdite. C'est le cas de la France : la publicité commerciale par voie d'affiche est interdite pendant les trois mois précédant un scrutin hormis sur les emplacements gratuitement mis à la disposition des forces politiques par l'autorité publique ; la publicité commerciale par voie de presse, de radio et de télévision est interdite de façon permanente. C'est également le cas en Norvège mais cette interdiction est actuellement contestée par une chaîne de télévision et un parti politique au motif qu'elle violerait la liberté d'expression garantie par l'article 100 de la Constitution et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. En tout état de cause, aux États-Unis, la Cour suprême a considéré que les restrictions apportées aux campagnes publicitaires en faveur des candidats voire à leur détriment étaient contraires au premier amendement garantissant la liberté d'expression et d'association (1966, *Mills v. Alabama*). Y a-t-il des débats du même type ailleurs ?

Reste enfin, en quatrième et dernier lieu, la question du plafonnement et du financement des dépenses électorales. Là encore, la situation est contrastée. Dans certains pays, a été progressivement mis en place un système relativement sophistiqué. Tel est le cas de la France. La loi fixe un plafond aux dépenses électorales qui varie évidemment en fonction de la nature de l'élection. Pour assurer le respect de ce plafonnement, elle institue plusieurs mécanismes : obligation pour les candidats de désigner un mandataire financier ; obligation de tenir un compte de campagne ; obligation de le transmettre à une autorité administrative indépendante, la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques ;

intervention du juge de l'élection.... La loi réglemente également le régime des dons et met sur pied, pour les élections les plus coûteuses (élections présidentielles, élections législatives), un remboursement par l'État du coût de la campagne électorale qui est distinct du financement public qui, par ailleurs, est accordé chaque année, qu'il y ait ou non une élection, aux partis politiques. Le système espagnol ou portugais n'est pas très différent. Dans d'autres pays comme la Suède ou la Norvège, il n'y a qu'un financement des partis politiques qui sert, entre autres, à financer leurs campagnes électorales. Dans d'autres pays enfin, même la question du financement des partis politiques demeure controversée. Ainsi, en Suisse, il n'y a pas de financement public des partis politiques. Par ailleurs, si le Conseil fédéral a proposé, il y a peu, d'ajouter dans la Constitution une disposition habilitant les autorités fédérales à réglementer le financement des partis, cette proposition n'a pas été suivie par l'Assemblée fédérale. C'est donc la loi cantonale qui, à l'occasion, régit la matière. C'est le cas à Genève ou au Tessin. Elle se limite d'ailleurs à introduire plus de transparence en la matière. Ainsi, une loi du Tessin qui allait plus loin en fixant à 50 000 F. le plafond des contributions des tiers au financement des campagnes électorales a été censurée par le Tribunal fédéral au motif qu'une limite de ce genre contrevenait tant au principe de l'égalité des chances qu'au principe de proportionnalité. De la même manière, aux États-Unis, la Cour suprême a considéré que, si la limitation des dons était admissible au nom de la lutte contre la corruption, en revanche, il n'en allait pas de même de la limitation des dépenses électorales qui portait une atteinte excessive à la liberté d'expression et d'association découlant du premier amendement (1976, *Buckley v. Valeo*). Il serait intéressant d'explicitier ce raisonnement et de savoir s'il y a eu, ailleurs, d'autres décisions des juridictions constitutionnelles sur la matière.

Sondages, moyens de communication de masse, publicité commerciale, plafonnement et financement des dépenses électorales, tels me semblent donc être les quatre points les plus actuels du droit des campagnes électorales et qui méritent, me semble-t-il, d'être approfondis dans une perspective de droit constitutionnel.

Nunes de Almeida remercie Pierre Bon, et passe immédiatement la parole à M. Genevois.

Sondage

M. Genevois indique que, dès 1974, les différentes formations politiques ont débattu de la licéité des sondages pré-électorales. Le Conseil constitutionnel a demandé en mai 1974 qu'une réglementation intervienne. Le législateur a décidé en 1977 d'interdire les sondages durant la semaine qui précède le scrutin. L'application de cette législation n'a soulevé aucune difficulté majeure jusqu'à l'apparition de nouveaux moyens d'information transnationaux. La chambre criminelle de la Cour de cassation, ayant à statuer sur la conventionnalité de la loi de 1977 sur les sondages, a en 1996 écarté cette argumentation en concluant à l'absence de contrariété avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 2 juin 1999, a estimé que la législation française n'est pas incompatible avec les exigences conventionnelles. La chambre criminelle est revenue sur sa position dans un arrêt du 4 septembre 2001, et a déclaré la loi inconstitutionnelle. Le législateur est alors intervenu pour retenir une période d'interdiction limitée au jour et à la veille du scrutin.

M. Ghevontian ajoute que les moyens technologiques modernes enlèvent toute effectivité à une interdiction, dans la mesure où celle-ci peut être aisément contournée par les journalistes et instituts de sondage diffusant leur information à partir d'un site basé à l'étranger.

Rafaa Ben achour, Professeur à l'Université de Tunis, indique que certains candidats choisissent de diffuser leur message à partir d'une télévision étrangère en vue de contourner la réglementation relative à la répartition du temps de parole dans les médias nationaux.

M. Luciani précise qu'en Italie, la loi n° 28 de 2000 interdit de diffuser un sondage dans les quinze jours qui précèdent une élection, peu importe le moyen de diffusion utilisé.

Mme Iliopoulos indique qu'en Grèce, la loi n'interdit pas seulement la diffusion des sondages, mais prohibe également la réalisation de ceux-ci. Ces interdictions sont assorties de sanctions très lourdes et dissuasives.

M. Colliard approuve la solution retenue en Grèce. Il estime qu'il s'agit de la seule mesure véritablement effective puisque l'évolution des technologies rend aujourd'hui illusoire toute tentative visant à interdire la diffusion d'un sondage.

Financement des campagnes

M. Genevois estime que la solution retenue par la Cour suprême américaine dans l'arrêt de 1976, *Buckley v. Valeo* – non plafonnement des concours des particuliers aux candidats – est peu satisfaisant au regard des impératifs démocratiques dans la mesure où elle avantage les grosses formations politiques et fournit aux entreprises un moyen de pression sur le monde politique.

Mme Fatin-Rouge indique à ce sujet qu'une réforme a été adoptée en 2002 à travers le *Bipartisan Campaign Reform Act* afin de réglementer la *Soft Money*, c'est-à-dire les contributions directes ou indirectes, en nature ou en argent, non soumises aux limitations et aux exigences du *Federal Election Campaign Act* (voir le rapport). La Cour suprême doit rendre une décision en octobre 2003, le juge de première instance (Cour de district de Columbia) ayant déjà conclu à l'inconstitutionnalité de plusieurs dispositions de cette loi.

M. Hottelier relève qu'en Suisse, la question du financement de la vie politique n'est pas encadrée par le droit positif. La volonté d'introduire une réglementation dans ce domaine, et notamment un plafonnement des dépenses électorales, a été formulée à l'occasion de la révision de la Constitution fédérale, mais les parlementaires ont écarté cette proposition. Par ailleurs, un arrêt du Tribunal fédéral en date du 1^{er} juillet 1999 a censuré une loi cantonale qui plafonnait à 30 000 € le montant des sommes pouvant être versées à un parti politique.

M. Luciani indique qu'en Italie, les chances de succès d'un candidat dépendent du niveau de ses ressources personnelles, et non plus du niveau des ressources du parti, comme c'était le cas auparavant.

L'accès aux médias

M. Luciani précise que les exigences pesant sur le secteur public en matière de pluralisme des candidats sont plus strictes que celles s'imposant au secteur privé.

Les autorités

Pierre Bon évoque une question qui n'a pas été abordée au cours des débats, et qui est celle du rôle joué par les autorités indépendantes en matière électorale. Ainsi en France, plusieurs autorités administratives indépendantes (la Commission des sondages, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission des comptes de campagne et des financements politiques) interviennent dans ce domaine. Il semblerait que ces autorités ne bénéficient pas des moyens financiers et humains qui leur permettraient de remplir les missions qui leur sont confiées.

Il aborde ensuite la seconde partie du programme de l'après-midi, relative au scrutin.

B) Le scrutin

Si l'on aborde maintenant les règles relatives au scrutin, se posent également une succession de problèmes que l'on peut classer en partant des plus généraux pour aboutir aux plus techniques.

En premier lieu, il y a la question générale de savoir si les règles relatives au scrutin doivent être protégées par ce que l'on pourrait appeler une réserve de Constitution, c'est-à-dire si les règles déterminantes en la matière doivent être fixées par la Constitution elle-même, réserve de Constitution prolongée par une réserve de loi en ce sens que les règles déterminantes fixées par la Loi fondamentale doivent être développées par la loi si cela est nécessaire. La réponse ne peut être que positive. Compte tenu de leur importance, il ne suffit pas que la Constitution s'en tienne à des règles aussi générales que l'exigence selon laquelle le suffrage doit être universel et secret. Elle doit évidemment préciser les modalités selon lesquelles sont élus les pouvoirs publics, du moins en ce qui concerne les autorités constitutionnelles centrales de l'État. De fait, l'immense majorité des Constitutions posent les règles de base en la matière. Il arrive même qu'elles entrent particulièrement dans le détail comme, par exemple, la Constitution norvégienne dans sa rédaction issue sur ce point de la révision constitutionnelle du 27 juin 2003 qui détermine avec un très grand souci du détail les modalités d'élection du Parlement. Il en va de même en Suède. Il arrive également que les règles constitutionnelles relatives aux scrutins fassent l'objet d'une protection particulière : au Portugal et compte tenu des dispositions de l'article 288, h), de la Constitution, les lois de révision constitutionnelle doivent respecter, ce qui peut sembler banal, le suffrage universel, direct, secret et périodique pour la désignation des membres des organes de souveraineté, des régions autonomes et du pouvoir local élus, mais aussi, ce qui est plus original, le système de la représentation proportionnelle ; au Portugal également, les dispositions de la Constitution relatives à l'élection des membres des organes de souveraineté ne peuvent être développées que par la loi organique ; il en va de même en Espagne pour le régime électoral général. Exception notable, la France : si la Constitution précise les modalités de l'élection du Président de la République, elle se borne à indiquer que les députés à l'Assemblée nationale sont élus au suffrage universel direct et que le Sénat est élu au suffrage indirect et représente les collectivités territoriales de la République et les Français établis hors

de France ; par ailleurs, si une loi organique est chargée de déterminer le nombre des membres des deux assemblées, les conditions d'éligibilité et le régime des inéligibilités, il n'en va pas de même de la détermination du mode de scrutin qui relève de la compétence du législateur ordinaire (voire, en 1958, de celle du gouvernement compte tenu des dispositions de l'ancien article 92 de la Constitution selon lesquelles les dispositions relatives à la mise en place des institutions étaient prises en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État, par ordonnances ayant force de loi). Cette liberté laissée au législateur ordinaire (voire au gouvernement) s'explique par le souci du Général de Gaulle de ne pas rigidifier à l'excès le mode de scrutin en le constitutionnalisant afin de pouvoir le modifier si les nécessités politiques du moment l'exigeaient. Elle avait été combattue par le Comité consultatif constitutionnel chargé de donner son avis sur le projet de Constitution nouvelle qui avait plaidé, sans succès, pour la constitutionnalisation. De la même manière, en Italie, la Constitution ne précise pas si les parlementaires sont élus à la représentation proportionnelle ou au scrutin majoritaire. Certes, il ne fait pas de doute que, en 1947, la majorité de l'assemblée constituante était favorable à la représentation proportionnelle mais, pour autant, elle a décidé de ne pas constitutionnaliser cette préférence afin de ne pas hypothéquer l'avenir. De la même manière enfin, en Grèce, la Constitution ne détermine pas le mode de scrutin et se borne à renvoyer sur ce point à la loi. La question se pose de savoir si on retrouve ailleurs une telle liberté et si elle n'est pas profondément critiquable.

En second lieu, dans la mesure où la Constitution ne détermine pas elle-même le mode de scrutin et laisse au législateur, qu'il soit ordinaire ou organique, le soin de choisir entre la représentation proportionnelle et le scrutin majoritaire, se pose la question de savoir si ce choix est susceptible d'être discuté devant la juridiction constitutionnelle, notamment au nom du principe constitutionnel de l'égalité du suffrage puisque l'on sait que, de ce point de vue, la représentation proportionnelle est plus juste que le scrutin majoritaire (mais moins favorable, on le sait également, à l'émergence de majorités stables). Bien que, en France, entre 1985 et 1986, on soit passé, pour les élections à l'Assemblée nationale, du scrutin majoritaire à deux tours à la représentation proportionnelle puis, à nouveau, au scrutin majoritaire à deux tours et que, en 1986, la loi relative au retour au scrutin majoritaire ait été déférée au Conseil constitutionnel, bien que, plus récemment, la loi ait modifié la part respective du scrutin majoritaire et de la représentation proportionnelle dans l'élection des sénateurs et que le Conseil constitutionnel en ait été saisi, ce dernier n'a pas pris position sur la constitutionnalité de ces modifications. A l'inverse, en Espagne, et bien que la Constitution retienne pour l'essentiel la représentation proportionnelle (le scrutin majoritaire n'intervient que pour l'élection de quatre sénateurs dans chaque province, un des quatre sièges étant, en tout état de cause, réservé à la minorité), le Tribunal constitutionnel a tranché le débat. Il l'a fait notamment dans son arrêt n° 75 de 1985 dans lequel il affirme que « le principe démocratique d'égalité est ouvert aux formules électorales les plus diverses, cela parce qu'il s'agit d'une égalité devant la loi ou, comme l'établit l'article 23-2 de la Constitution lui-même, d'une égalité quant aux « conditions » dans lesquelles l'ensemble du processus électoral se déroule ; par conséquent, l'égalité n'impose pas tel système électoral et exclue les autres ; elle se vérifie simplement à l'intérieur du système électoral qu'a choisi le législateur, interdisant les différences discriminatoires, mais par référence aux règles du système choisi et non par référence à n'importe quel autre ». De son côté, le Tribunal fédéral suisse, dans un arrêt du 26 février 2002, a affirmé que les cantons pouvaient, en fonction des circonstances, librement choisir entre la représentation proportionnelle et le scrutin majoritaire (en

revanche, au niveau de l'assemblée fédérale, il n'y a pas de choix possible, la Constitution imposant la représentation proportionnelle). Y a-t-il d'autres décisions des Cours constitutionnelles qui prennent position sur le choix entre tel ou tel mode de scrutin ?

En troisième lieu, une fois qu'un mode de scrutin donné a été choisi (souvent, en Europe, la représentation proportionnelle, plus rarement le scrutin majoritaire, de plus en plus fréquemment un système mixte), se pose la question de la contestation de tel ou tel de ses aspects techniques (à supposer qu'il n'ait pas été déterminé, là encore, par la Constitution elle-même). Quatre de ces aspects techniques sont particulièrement sensibles du point de vue du principe constitutionnel de l'égalité du suffrage : le découpage des circonscriptions ; le nombre de sièges par circonscription ; le vote bloqué sans panachage ; l'existence de seuils en dessous desquels on ne participe pas à la répartition des sièges.

En ce qui concerne le découpage des circonscriptions, question déjà abordée, en 1996, lors du VIII^e cours international de justice constitutionnelle, il n'y a pas de problèmes majeurs lorsque la circonscription électorale correspond à une division politique ou administrative de l'État. Ainsi, en Suisse, pour les élections à l'Assemblée fédérale, la circonscription électorale est le canton. De façon similaire, en Espagne, pour les élections au Congrès des députés, la circonscription électorale est la province. En revanche, lorsqu'il est prévu, pour telle ou telle élection, des circonscriptions électorales *ad hoc*, se pose le problème de leur découpage qui, à son tour, soulève une succession de questions ? Première question, qui procède techniquement au découpage étant entendu qu'il est logique qu'il soit avalisé par le législateur, le ministère de l'intérieur mais on peut douter qu'il soit toujours un arbitre impartial ou une autorité administrative indépendante ? Seconde interrogation, selon quels principes ce découpage est-il effectué. Pour lutter contre le *gerrymandering*, trois principes sont généralement retenus. D'abord le principe de continuité territoriale : on ne peut pas faire de circonscription électorale qui serait composée de plusieurs territoires séparés. Ensuite, le respect des circonscriptions administratives plus petites, c'est-à-dire la volonté de ne pas les découper arbitrairement. Enfin et surtout, le principe de l'équilibre démographique : les différentes circonscriptions électorales doivent avoir un poids démographique sensiblement équivalent. On peut trouver dans la jurisprudence constitutionnelle des contestations. Par exemple au Japon, la Cour suprême, relevant une disproportion de 1 à 5 entre le poids démographique de deux circonscriptions, a annulé non seulement le découpage les concernant, mais plus généralement l'ensemble du découpage électoral, sans pour autant annuler les élections qui s'étaient faites dans le cadre de ce découpage. De même, en France, la loi du 11 juillet 1986 imposait au nouveau découpage des circonscriptions auquel il a alors été procédé à l'occasion du retour au scrutin majoritaire de respecter trois principes de fond destinés à limiter la pratique du *gerrymandering* et à garantir l'égalité du suffrage : le principe de la continuité territoriale ; le principe du respect des limites des cantons qui sont les circonscriptions traditionnelles dans lesquelles sont élues les conseillers généraux ; surtout, le principe de l'égalité démographique des circonscriptions, les écarts ne pouvant avoir pour objet que la prise en compte d'impératifs d'intérêt général et ne pouvant dépasser 20 % de la population moyenne des circonscriptions du département considéré. Déférée au Conseil constitutionnel, cette loi a été déclarée constitutionnelle (décision des 1^{er} et 2 juillet 1986) au motif qu'elle respectait la jurisprudence déjà dégagée par le Conseil l'année précédente (décision du 8 août 1985) selon laquelle une assemblée élue au suffrage universel direct doit l'être selon des bases essentiellement démographiques, le législateur ne pouvant atténuer la

portée de cette règle fondamentale que dans une mesure limitée et pour tenir compte d'impératifs d'intérêt général. Il serait intéressant de savoir si l'écart maximum de 20 % toléré par le juge constitutionnel français ne paraîtrait pas excessif à d'autres juges constitutionnels qui peuvent avoir une conception beaucoup plus rigoureuse de l'égalité démographique. Troisième interrogation, le découpage peut-il être contrôlé juridictionnellement ? La réponse est aujourd'hui généralement positive mais il n'en a pas toujours été ainsi. Par exemple, aux États-Unis, la Cour suprême s'est pendant longtemps reconnue incompétente en la matière au motif que le découpage était une tâche politique qu'il ne lui appartenait pas de contrôler avant de finir par admettre sa compétence (1962, *Baker v. Carr*) et d'exiger une stricte égalité démographique (1963, *Gray v. Sanders*) au nom de la clause de l'égalité de protection des lois protégée par le XIV^e amendement. Quatrième question, est-il prévue une adaptation périodique des découpages aux évolutions des populations, au besoin grâce à l'intervention de l'autorité administrative indépendante qui a pu participer au découpage initial, car on sait très bien que tel découpage, au départ relativement équitable, peut se révéler rapidement injuste s'il n'est pas mis à jour périodiquement ?

En ce qui concerne le nombre de sièges par circonscription (ce qui ne vise que les scrutins plurinominaux mais on trouve un problème exactement du même ordre dans le cadre des scrutins uninominaux pour ce qui a trait au nombre de circonscriptions par département ou par province), il arrive que la Constitution fixe des règles relativement précises. Par exemple, en Belgique, l'article 63-2 de la Constitution dispose que chaque circonscription électorale comprend autant de sièges que le chiffre de sa population contient de fois le diviseur électoral obtenu en divisant le chiffre de la population du Royaume par 150 (qui est le nombre de sièges à la Chambre des représentants), les sièges restants étant attribués aux circonscriptions électorales ayant le plus grand excédent de population. Dans le silence de la Constitution, la loi doit également retenir, sous peine de violer le principe de l'égalité du suffrage, un critère essentiellement démographique. Mais, même si tel est le cas, tous les problèmes ne sont pas résolus pour autant, notamment dans les circonscriptions à faible population et où, en conséquence, le nombre de sièges à pourvoir est peu élevé car ce nombre de siège limité peut paralyser le jeu de la représentation proportionnelle. Au Portugal, la commission constitutionnelle qui a précédé le Tribunal constitutionnel avait déjà, en 1978, souligné ce risque, risque également mis en évidence par le Tribunal constitutionnel espagnol dès sa première année de fonctionnement. D'autres jurisprudences peuvent sans doute être citées.

Troisième problème technique : celui du vote bloqué, dans l'hypothèse où il n'a pas été prévu par la Constitution et où on souhaiterait le contester. Il est évident que dans un pays où 1) il n'y a pas de procédés de démocratie semi-directe, 2) les partis politiques ont le monopole de la présentation des candidats, et 3) s'applique un système de vote bloqué fermé sans panachage, tout le processus électoral et donc toute la vie politique est sous la mainmise absolue des partis politiques, de telle sorte que l'on aboutit à une véritable partitocratie. Peut-on se servir de la Constitution dans l'hypothèse où elle ne prévoit pas le vote bloqué pour contester l'un de ses instruments de la partitocratie : le vote bloqué. Ne peut-on pas soutenir que le vote bloqué va à l'encontre soit du droit du vote soit du droit d'être élu ? Ces argumentations ont été avancées, jusqu'à maintenant sans succès. S'agissant du premier point, le Tribunal fédéral suisse a considéré qu'un système électoral qui limitait les possibilités de panachage à la moitié des sièges à pourvoir n'était pas contraire à la liberté de vote garantie par la Constitution fédérale du moment que l'électeur avait la possibilité de voter pour autant de candidats qu'il y avait de sièges à pourvoir. Est-ce à dire alors que, s'il n'y avait eu aucun panachage possible, la

liberté de vote aurait été méconnue ? S'agissant du second point, l'atteinte au droit d'être élu, le Tribunal constitutionnel espagnol, dans son arrêt n° 61 de 1987, a estimé qu'elle n'était pas constituée : l'interdiction de modifier l'ordre des candidats ne viole pas le droit de suffrage passif proclamé par la Constitution qui n'est ni diminué ni même affecté par l'ordre dans lequel les candidats – tous éligibles – sont présentés sur la liste, ordre qui, évidemment, est important mais ne restreint pas leur droit d'être élu. On veut bien l'admettre mais ne faut-il pas alors avoir au moins conscience, d'un point de vue politique, qu'un tel système de vote bloqué place les candidats et partant les élus dans la mainmise totale des partis politiques et de leurs appareils dirigeants ?

En ce qui concerne enfin la question de savoir si un certain nombre de voix doit être atteint par une formation politique pour qu'elle participe à la répartition des sièges, la réponse est assez souvent positive : en Espagne, il faut 3 % des suffrages exprimés pour les élections au Congrès des députés, en Suède 4 %, en Allemagne de même qu'en Belgique ou en Pologne 5 %, en France 12,5 % pour les élections à l'Assemblée nationale mais il s'agit alors de 12,5 % des électeurs inscrits. De tels seuils sont-ils compatibles avec le principe constitutionnel de l'égalité du suffrage ? La question s'est d'abord posée en Allemagne où, dès sa décision du 5 avril 1952, la Cour constitutionnelle fédérale a admis la validité d'une telle exigence : certes, pour elle, il est exact que, compte tenu de ces seuils, les voix des électeurs n'ont pas le même poids selon qu'elles se portent sur un grand parti ou sur un petit parti ; toutefois, le principe d'égalité du suffrage doit supporter des limitations lorsque des raisons impératives l'exigent ; or, la clause des 5 % est nécessaire pour éviter le « fractionnement des partis » et assurer l'efficacité d'un système parlementaire fondé sur le principe majoritaire. On retrouve mutatis mutandis sensiblement la même argumentation sous la plume du Tribunal constitutionnel espagnol (voir son arrêt n° 75 de 1985) ou de la Cour d'arbitrage belge (voir son arrêt n° 73 de 2003). Mais encore faut-il que ce seuil ne soit pas fixé trop haut. Ainsi, le Tribunal fédéral suisse a-t-il précisé qu'un seuil de 15 % était excessif mais qu'un seuil de 10 % était admissible. Que vous inspirent ces prises de position du juge constitutionnel ? Y a-t-il d'autres jurisprudences qui méritent d'être citées ?

Telles sont donc, parmi bien d'autres, les principales questions que semble poser, du point de vue du droit constitutionnel, le scrutin et sur lesquelles peut porter la discussion.

M. Nunes de Almeida salue M. Bon pour la clarté de son exposé et invite M. Miranda à prendre la parole.

M. Miranda indique que la Constitution portugaise, et surtout la pratique législative, ne garantissent pas l'effectivité du principe de la représentation proportionnelle. En effet, les circonscriptions électorales portugaises sont calquées sur les anciens départements alors même que la population a de plus en plus tendance à se concentrer sur le littoral du pays. De fait, les principes de l'équilibre démographique et de représentation proportionnelle sont méconnus, les zones rurales sont surreprésentées, les zones littorales sont sous-représentées.

Wanda Mastor, Maître de conférence à l'Université de Toulouse I, indique qu'aux États-Unis, la Constitution laisse aux États le soin de fixer les règles relatives à l'élection des représentants et des sénateurs. Dans le cadre défini par la Constitution, ceux-ci sont libres de déterminer le lieu, l'époque et les formalités des élections. Fédéralisme oblige, le Congrès peut intervenir comme bon lui semble pour

faire ou défaire ce qui a été fait par les États fédérés, sauf en ce qui concerne le lieu d'élection des sénateurs ; c'est la seule limite constitutionnellement imposée au Congrès. Le principe majoritaire est ancré dans la tradition américaine, et conduit nécessairement au bipartisme. Pour remédier à ce problème, deux correctifs sont utilisés : la représentation proportionnelle et le découpage électoral. Le scrutin proportionnel est très peu utilisé aux États-Unis. L'histoire du découpage électoral est l'histoire d'une lente et certaine déviation, voire perversion. A l'origine, celui-ci avait pour but de permettre un meilleur équilibre démographique : la Constitution (art. 1, sect. 3, al. 3) prévoit qu'un recensement doit être réalisé tous les dix ans à cette fin. Dans la pratique, toutefois, le fondement du découpage électoral a glissé du terrain neutre (celui du territoire) au terrain plus suspect des intérêts catégoriels (celui des partis politiques avec le *gerrymandering* et celui de la race, d'abord pour favoriser le vote des blancs en diluant la représentativité des électeurs noirs, ensuite pour favoriser les minorités dans le cadre d'une politique globale d'affirmative action). La Cour suprême a d'abord refusé de se prononcer sur ce problème, estimant qu'il s'agissait là d'une question politique relevant de la compétence des États. Par un arrêt *Baker v. Carr* de 1962, la Cour suprême a accepté d'apprécier la constitutionnalité des découpages électoraux réalisés par les États.

M. Genevois indique que si le Conseil constitutionnel a adopté une position contraire à la jurisprudence américaine en matière de financement des campagnes électorales, il s'est en revanche inspiré de celle-ci dans le domaine des découpages électoraux. A cet égard, revêt une importance particulière l'arrêt rendu par la Cour suprême en 1986, *Davis v. Bandemer*, éclairé par l'opinion du juge Powell qui a su dégager de manière lumineuse les critères d'un bon découpage. Au même moment, les formations consultatives du Conseil d'État, qui étaient saisies du projet d'ordonnance relatif au découpage électoral pour les élections législatives, sont parvenues à des solutions voisines.

M. Delpérée précise que la Belgique a longtemps pratiqué un système de représentation proportionnelle pure et dure, sans seuil, sans correctif. C'est l'application stricte du principe : autant de sièges, autant de voix. Et ce pour toutes les élections. Lors des élections de mai 2003 fut introduite la règle du seuil (seuil de 5 % des suffrages exprimés), et ce afin de lutter contre l'émiettement des forces politiques. Cette règle a joué à plein : 2 partis politiques sur 11 ont disparu du Parlement. La Cour d'arbitrage, dans son arrêt du 26 mai 2003, n'a pas vu dans la règle du seuil une atteinte au principe de la représentation proportionnelle, celui-ci n'impliquant pas une adéquation mathématique entre le nombre de voix et le nombre de sièges. La Cour a toutefois posé une limite : le seuil de 5 % doit rester « raisonnable », le caractère raisonnable s'appréciant au regard tant du seuil naturel incompressible que des résultats des précédentes élections.

Egidijus Jarasiunas, juge à la Cour constitutionnelle de Lituanie, indique que la Constitution lituanienne ne contient aucune disposition spécifiquement consacrée au système électoral. Le législateur ordinaire a institué un scrutin mixte dans un esprit de compromis.

M. Philippe entend établir une liaison entre le mode de scrutin et la physionomie du régime politique (stabilité et gouvernabilité du système). Il estime que cette question est trop importante pour être laissée au législateur ordinaire et délaissée par le constituant. En Afrique de Sud, la Constitution a constitutionnalisé

les modes de scrutin en parlant de « représentation proportionnelle en général ». Cette formule donne au juge constitutionnel une certaine marge de manœuvre : entre l'exclusion du système majoritaire et un système proportionnel pur, il existe une marge de manœuvre considérable. Ceci permet de faire évoluer les priorités en fonction des progrès du pays vers la démocratie. Dans un arrêt de 2002, *United democratic movement v. President of the Republic of South africa*, la Cour a spécifié qu'à partir du moment où le législateur faisait le choix d'un système dans lequel la représentation proportionnelle était maintenue, il laissait le législateur libre de ce choix. Le système actuellement en vigueur est celui de la représentation proportionnelle intégrale. Sur la question du seuil, il faut noter que celui-ci est très bas : il suffit d'avoir 0,25 % des voix pour obtenir un siège à l'Assemblée nationale. En pratique, certains partis ont un, deux, trois représentants. Cette absence de seuil ne pose pour l'instant aucun problème puisque le parti majoritaire, l'ANC, dispose de deux tiers des sièges à l'Assemblée.

M. Ghevontian soulève deux points. Tout d'abord celui du niveau normatif des modes de scrutin : en France, les modes de scrutin ne sont pas constitutionnalisés, c'est le législateur ordinaire qui modifie comme il l'entend. Cette situation pose un problème en terme de démocratie et d'État de droit dans la mesure où cela fait la part très belle à la majorité parlementaire. Celle-ci peut, en jouant sur un mode de scrutin, avoir la tentation de se prolonger, souvent sans succès. La Commission Vedel avait suggéré, non pas de constitutionnaliser les modes de scrutin, mais de prévoir que ceux-ci devaient être adoptés par des lois à majorité renforcée. Second point : celui du seuil de 12,5 % des électeurs inscrits pour pouvoir être présent au second tour des élections législatives. Il précise que l'existence d'un seuil est nécessaire dans un scrutin à deux tours dans la mesure où le nombre de candidats doit être plus restreint au second tour qu'au premier. Cela étant, son niveau actuel peut paraître élevé.

Mme Ueno indique qu'au Japon, la Constitution renvoie au législateur ordinaire la détermination des règles relatives aux élections à l'exception du principe d'égalité stipulé par les articles 15 alinéa 3 et 44 de la Constitution et du principe du secret du scrutin prévu par l'article 15 alinéa 4 de la Constitution.

Mme Bernoussi précise que le découpage électoral était source de multiples contestations sous le scrutin majoritaire uninominal à un tour. Le Parlement du Maroc a ensuite opté pour la représentation proportionnelle. Toutefois, la portée de ce mode de scrutin a été atténuée par le découpage du pays en de multiples circonscriptions de petite taille, où il n'y a que deux sièges à pourvoir. En pratique, la logique rejoint donc celle du suffrage majoritaire. Sur la question du seuil, l'objectif est d'éviter la balkanisation des partis. Cela étant, la logique du seuil est plutôt mal perçue dans les pays nouvellement démocratiques dans la mesure où tous les partis veulent participer à la vie politique.

M. Luciani fournit quelques indications historiques sur le système électoral italien, et plus précisément sur le rapport entre le référendum et le système électoral. A l'origine, l'assemblée constituante a décidé de ne pas constitutionnaliser la représentation proportionnelle. Les partis hésitaient toutefois à opter pour le scrutin majoritaire, celui-ci pouvant leur être très favorable ou très défavorable selon les circonstances politiques du moment. Après bien des hésitations, c'est un scrutin mixte qui a été retenu.

M. Ferreira Filho indique qu'au Brésil, les circonscriptions électorales prévues pour les élections législatives sont les États de la Fédération. Ceci est contraire au principe de l'équilibre démographique : les États dans lesquels il y a de nombreux habitants sont sous-représentés, les autres sur-représentés.

M. Colliard estime que le choix entre scrutin majoritaire et scrutin proportionnel est une question de culture juridique de chaque pays. Il dépend de savoir si l'on privilégie la représentativité ou la gouvernabilité. S'agissant du découpage électoral, on dispose aujourd'hui de moyens mathématiques permettant de réaliser un découpage honnête du scrutin, mais la volonté politique ne suit pas toujours.

Yousri Elassar, Professeur à l'Université du Caire, souhaite revenir sur la question du découpage électoral. La Constitution égyptienne laisse au législateur le soin de réaliser ce découpage, en posant toutefois un certain nombre de limites. En 1990, la Cour constitutionnelle a jugé que la loi sur le découpage était arbitraire dans la mesure où le poids d'une voix électorale variait de manière trop importante d'une circonscription à une autre : il fallait avoir 200 000 voix pour être élu dans certaines circonscriptions, 100 000 suffisaient dans d'autres circonscriptions. Cet écart, a précisé la Cour, dépasse les limites tolérées par la Constitution, mais elle n'a pas précisé quelles étaient ces limites.

Mme Iliopoulos indique que le découpage électoral dans la mesure où il est basé sur les électeurs, et non sur les habitants pourrait soulever un problème de constitutionnalité, compte tenu du fait qu'aux termes de la Constitution le Parlement est censé représenter la population entière.

M. Pfersmann estime que pourrait poser un problème constitutionnel la situation dans laquelle l'inscription d'un mode de scrutin dans la Constitution entrerait en conflit avec d'autres normes structurant l'ordre constitutionnel, notamment la sincérité et l'égalité dans l'expression du scrutin et la pondération des voix.

M. Smith précise que la Constitution peut être un instrument politique utilisé par les partis pour pérenniser le système électoral jusqu'au moment où un consensus relatif a été trouvé pour modifier le mode de scrutin retenu ou bien pour le faire remplacer par un autre système, en inscrivant tel ou tel mode de scrutin dans la Constitution. De cette façon, la loi fondamentale est utilisée comme barrière contre l'utilisation plus ou moins opportuniste du pouvoir de manier les règles principales du jeu électoral en fonction de considérations à court terme telle que l'ont connu un certain nombre d'autres pays où les principales règles du jeu ne sont fixées que par la norme juridique infra-constitutionnelle.

M. Nunes de Almeida cède la parole à M. Bon pour conclure les travaux de l'après-midi. Pierre Bon rappelle que les élections sont évidemment un moment-clé de la vie démocratique. Elles doivent se dérouler, précisent les Constitutions, dans le respect des principes d'égalité et de liberté du suffrage. Les juges constitutionnels ajoutent parfois qu'elles doivent être organisées dans la décence. Elles peuvent parfois être réalisées dans la joie : c'est le cas dans les pays découvrant la démocratie, qui

souhaitent pleinement profiter de cette liberté chèrement conquise. C'est la phase heureuse de l'élection.

Il y a la phase moins glorieuse de l'élection. L'élection, c'est souvent des affrontements poussés à l'extrême, c'est souvent le triomphe de la démagogie, c'est souvent un moment où la calomnie trouve à s'exercer. Il y a même des pays démocratiques où il peut ne pas y avoir d'élections. Ainsi en Irlande, il est de tradition que personne ne se présente contre le Président sortant ; cette tradition a toujours été respectée sauf une fois. De même, en Suisse, lorsque le nombre de sièges à pourvoir est plus élevé que le nombre de candidats, l'autorité publique proclame élus les candidats sans qu'il y ait d'élections. Il existe donc encore, sur Terre, des paradis électoraux...

III - L'ADMINISTRATION ÉLECTORALE ET LE CONTENTIEUX ÉLECTORAL

Le Doyen Louis Favoreu présente le Président de séance Lech Garlicki, ancien juge au Tribunal constitutionnel de Pologne et juge à la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que Richard Ghevontian, modérateur des débats.

Lech Garlicki remercie le Doyen Louis Favoreu, et laisse à M. Ghevontian le soin d'introduire le premier sujet.

Richard Ghevontian propose d'aborder le problème de l'environnement administratif des élections, du décret de date de convocation des électeurs à l'organisation matérielle des bureaux de vote, ainsi que le contentieux électoral dans le but d'éclaircir les dysfonctionnements existant en matière électoral.

L'environnement administratif constitue un aspect important la question des élections qui fait prendre conscience de l'étendue du droit électoral. En effet, ce droit a souvent été limité à la simple étude des dysfonctionnements de l'opération matérielle des élections. Il concerne, en réalité, une série d'opérations et d'actes complexes qui déterminent la sincérité du scrutin et qui doivent normalement permettre à l'électeur d'exprimer son choix en toute liberté. Le problème de l'administration électoral est fondamental dans la mesure où il s'attache non seulement à des questions institutionnelles, d'organisation et de gestion mais également à la question de savoir quelle administration sera compétente en la matière.

Il faut que l'administration électoral soit neutre, objective et efficace. Deux possibilités sont envisageables. La première est de donner à l'administration, classique, nationale ou locale la charge de l'administration électoral. C'est le cas de la France où il n'y a pas d'administration spécifique, les services du Ministère de l'intérieur étant compétents sur le plan national. Au niveau des collectivités locales, une administration est chargée de mettre en œuvre l'opération elle-même bien qu'il y ait une Commission qui intervienne pour établir les listes électoral. Néanmoins, il n'y a pas, d'un point de vue général, d'administration spéciale. La France apparaît comme une exception car il existe, dans la plupart des États, des structures spéciales et des administrations complètes comme au Canada ou au Brésil par exemple.

Deux questions se posent donc. Quel type d'administration électoral devrait être compétente en la matière ? Faut-il des Commissions qui accompagnent l'administration générale ou bien une administration spécifique propre aux élections ? Par ailleurs, quel contrôle devrait s'appliquer à ces administrations ? Cette deuxième question oriente le débat vers le problème du contentieux électoral.

Une élection libre et sincère implique un environnement administratif, neutre, objectif et efficace mais également un traitement du contentieux électoral qui doit lui aussi être efficace, cohérent, lisible et accessible. Un premier problème doit dès lors être soulevé. Il s'agit de savoir ce qu'est le contentieux électoral. Il apparaît que le contentieux électoral est le contentieux des irrégularités et des fraudes éventuelles qui se produisent lors du scrutin. Toutefois, la notion de contentieux électoral doit sans doute aller au delà car l'opération électorale est une opération complexe qui est composée non seulement du scrutin lui-même mais également de nombreux actes qui déterminent l'élection et les conditions dans lesquelles elle va avoir lieu. Ces actes doivent être entourés de certaines garanties pour éviter que ne soit portée atteinte à la liberté de l'électeur ou à la sincérité du scrutin. En France, un long dialogue des juges à ce propos a abouti à un résultat très positif. Cette question se pose également dans d'autres pays. Nous pourrions par ailleurs prolonger le débat en nous interrogeant sur l'existence d'un contrôle des actes, la nature de l'autorité compétente pour l'effectuer et le moment où ce contrôle devrait intervenir. Définition du contentieux, contours du contentieux, limites du contentieux et organisation du contentieux constitueront les principaux aspects du débat. Limitant nos propos au contentieux des élections parlementaires, nous avons donc le choix entre deux systèmes. Soit l'on estime que le Parlement lui-même doit contrôler la régularité des élections de ses membres. C'est le système de la vérification des pouvoirs. Soit l'on estime que c'est au juge, qui a toutes les garanties d'objectivité et de neutralité face aux élections, de les contrôler. Une solution intermédiaire pourrait être trouvée : instiller l'intervention du juge dans le système de la vérification des pouvoirs.

Bien que beaucoup de démocraties aient adopté le système du contrôle du contentieux électoral par le juge, d'autres grandes démocraties comme la Belgique ou l'Italie ont un système de vérification des pouvoirs. Il serait donc intéressant de se demander comment, sur le plan des principes, peut-on justifier le maintien de ce type de contrôle au détriment du contrôle juridictionnel.

Un autre problème peut être soulevé. Dans un système où le juge effectuera un tel contrôle, la question se pose de savoir quel juge sera compétent ? Sans aller jusqu'au « feu d'artifice français » où tous les juges sont concernés par le droit électoral, trois options principales apparaissent. Le juge ordinaire, le juge constitutionnel ou un juge spécial. Cette dernière option est celle du système de l'Amérique latine (au Brésil ou au Mexique).

Finalement, la question des techniques de contrôle devra être abordée. Qu'est-ce qui va conduire un juge électoral, quel qu'il soit, à remettre en cause une élection ? Toucher la volonté des électeurs pourrait constituer un crime de « lèse démocratie ». Néanmoins, ce crime est justifié dès lors que le résultat des urnes n'est pas ce que désirent les électeurs. Le juge électoral est un juge réaliste qui devra tenir compte du degré de l'irrégularité. En France, il se réfère à la notion d'influence déterminante. Le principe qui va le guider est de savoir si le résultat proclamé correspond à la volonté des électeurs. Si c'est le cas, l'annulation ne sera peut-être pas utile bien qu'il y existe quelques irrégularités. Par contre, si le résultat ne correspond pas à la volonté des électeurs, l'annulation sera nécessaire. En définitive, il faudrait examiner la manière dont le réalisme du juge va être mis en œuvre dans les différents systèmes.

Enfin, quels seront les effets de ce contrôle sur les élections ? Y aura-t-il une annulation simple, et l'organisation de nouvelles élections ? Une annulation avec substitution d'élus (ce sera dans ce cas une réformation) ? Une annulation suivie d'effets sur l'éligibilité ? Des sanctions éventuelles ?

Nous allons tout d'abord commencer par envisager l'administration électorale et déterminer quel type d'administration est mis en place. Puis, nous nous intéresserons aux pouvoirs de ces administrations et à l'étendue de leurs compétences. Nous examinerons ensuite le contentieux électoral en abordant la définition et les limites du contentieux lui-même, le choix du système de contrôle parlementaire ou juridictionnel, le choix du juge (ordinaire, constitutionnel ou spécial) et, enfin, les principes et techniques que le juge met en œuvre pour aboutir à une annulation éventuelle du scrutin.

A) L'administration électorale

Bruno Genevois a un jugement assez favorable au système français au delà de la complexité apparente de ses mécanismes et de son fonctionnement.

Au niveau de l'organisation des élections, il existe traditionnellement une administration d'État, intervenant avec le ministère de l'intérieur, qui a un bureau des élections dépendant de la Direction Générale de l'Administration. A l'échelon local, les Préfets et surtout les maires seront compétent dans ce domaine. Il y a 55 000 bureaux de vote en métropole où interviennent certaines Commissions lors du déroulement du processus électoral. Ces Commissions sont présidées par des magistrats et le juge civil sera compétent en cas de problème d'inscription sur les listes électorales. Le seul recours possible étant un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation. Ce contentieux ne pose, en général, pas de problème hormis le cas des élections intervenues en 1977-1978 à propos du vote de français établis hors de France qui pouvaient s'inscrire dans certaines communes. Cela donna lieu à des inscriptions partisans qui conduisirent à un changement de loi. Les choses sont désormais stabilisées avec la loi du 10 novembre 1982.

Le contrôle des élections proprement dites est organisé par les électeurs eux-mêmes ainsi que l'administration. On a essayé, d'élections en élections, de supprimer toute possibilité de fraudes notamment en abrogeant le vote par correspondance par la loi du 31 décembre 1975. Ce dernier a été remplacé par le vote par procuration donnant davantage de garanties. Le Code électoral prévoit que les élections se déroulent le dimanche. Une fois que l'élection a eu lieu, des recours sont possibles abstraction faite du contentieux des actes préparatoires. Les recours sont largement ouverts mais insérés dans un délai très bref sous peine d'irrecevabilité. L'idée est que l'élection d'un élu du peuple ne doit pas pouvoir être contestée indéfiniment. Aussi, l'élection pourra être contestée par tout électeur inscrit dans la circonscription ou tout candidat. Le juge de l'élection interviendra ensuite comme juge de plein contentieux avec des pouvoirs étendus. Le Conseil constitutionnel a, de par la Constitution de 1958, été substitué au système de la vérification des pouvoirs qui avait donné lieu à des abus. M. Debré, alors membre du Conseil de la République, avait proposé, à la suite de certaines invalidations injustifiées d'élus par l'Assemblée nationale, qu'une juridiction composée pour moitié de membres du Conseil d'État et pour moitié de membres de la Cour de cassation ait à connaître de ce contentieux. Le Conseil constitutionnel s'acquitte fort bien de cette mission. Il a toutefois une charge accrue depuis la législation sur le financement des campagnes, dont on pourrait alléger la portée sans pour autant remettre en cause le principe. Il existe, il est vrai, une Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques. Cette autorité administrative indépendante qui vérifie les comptes de campagne devrait, pour des questions très simples, pouvoir trancher en premier et dernier ressort avec un pourvoi en cassation devant le Conseil constitutionnel.

Le système français est complexe, car une fraude, sanctionnée par le Code électoral, peut donner lieu à des poursuites devant le juge pénal. Le législateur a parfois invité le juge de l'élection à saisir le Procureur de la République lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités à l'origine de fraudes constitutives d'infraction pénale. Cette hypothèse est toutefois relativement rare et le cœur du contentieux est l'intervention du juge de l'élection.

L'élément de complexité supplémentaire est la présence de certaines autorités administratives indépendantes qui interviennent dans le processus en sus de la Commission des comptes de campagne et de contrôle des financements. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel contrôle le respect du principe d'impartialité lors de la campagne électorale et la Commission nationale des sondages est compétente en matière de sondages. Il y a donc un certain morcellement des contrôles mais ils tendent tous à assurer la liberté et la sincérité du scrutin. Ce feu d'artifice, un peu complexe, soutient donc la comparaison dans une perspective de droit comparé.

Xavier Philippe précise que le système Sud-Africain a opté pour l'unicité totale. La Constitution a créé une Commission électorale indépendante qui est chargée de toute l'administration électorale : de l'établissement de la liste à la vérification du scrutin. C'est une autorité constitutionnelle indépendante qui figure dans le Chapitre IX de la Constitution au même titre que la Commission des droits de l'homme ou l'Autorité de contrôle de l'audiovisuel. Elle a pour seule mission de s'occuper des élections. A l'origine, cette Commission a été créée car on ne faisait pas confiance à l'administration de l'apartheid pour vérifier le bon fonctionnement des premières élections de 1994. Cela n'a pas bien fonctionné car cette Commission ne disposait pas de suffisamment de moyens face à la tâche qui lui était assignée. Il a fallu attendre les élections de 1999 pour qu'elle puisse fonctionner normalement. Elle a aujourd'hui réussi un tour de force qui est d'établir une liste électorale nationale commune en passant de 3 millions d'électeurs blancs à un peu plus de 22 millions d'électeurs. Le système de l'unicité et de l'indépendance est un système qui fonctionne à condition qu'on lui en donne les moyens. Cela n'empêche pas, lorsqu'on a un système unique et indépendant, que cette Commission puisse s'adresser à l'administration nationale ou locale pour gérer les élections proprement dites. Elle conserve toutefois le maintien et le contrôle de tout le système. Il y a, à l'instar de cette Commission, une Cour spéciale (ayant d'ailleurs le rang de Cour suprême) qui a le pouvoir de déléguer certains des éléments du contrôle à des juridictions ordinaires.

Francisco Rubio Llorente présente un système électoral récent, celui de l'Espagne. L'administration électorale est celle qui effectue le recensement des électeurs. Cette tâche est d'abord confiée aux municipalités qui établissent la liste des électeurs sous le contrôle d'une administration nationale : le bureau national du recensement. Ce bureau est composé de l'Institut National des Statistiques, qui examine la recevabilité des listes fixées par les municipalités, et quelques membres indépendants qui assurent la formation des listes électorales. Ces activités matérielles sont contrôlées par l'administration électorale proprement dite qui est composée de « *juntas electorales* » à divers échelons (Commissions nationales et provinciales). La plupart des membres de ces Commissions sont des juges. Les juges du Tribunal suprême font partie des Conseils nationaux et les juges des Cours provinciales ou les juges locaux composent les Conseils des autres échelons. Elles sont également composées de membres des divers Conseils nommés sur proposition des partis politiques proportionnellement à leur présence au Parlement. Ces Commissions doivent résoudre les litiges avant qu'ils n'arrivent devant le juge. Elles examinent le

nom des partis ou encore l'existence d'incompatibilités des candidats. Les décisions de ces Commissions sont ensuite soumises au contrôle judiciaire. En effet, au moment de la rédaction de la Constitution, une des rares questions qui a fait l'unanimité a été le refus du contrôle parlementaire des élections. Pourtant, le régime franquiste avait institué un contrôle judiciaire des élections. On pouvait s'attendre à ce que la Constitution rejette cette solution. Cela qui n'a pas été le cas. Le juge administratif est donc juge électoral à divers échelons. Par ailleurs, étant donné que les élections touchent les droits fondamentaux, il est, selon la Constitution, toujours possible de s'adresser au juge constitutionnel en cas de violation d'un droit fondamental. Le Tribunal constitutionnel a lui-même été obligé, à l'occasion des premières élections, d'organiser un système pour répondre aux divers recours car la loi relative à l'organisation du Tribunal n'avait pas prévu ce contentieux. Le système espagnol est soumis à certaines exigences de délais. Le Tribunal constitutionnel dispose, pour ces recours, de trois jours de débats et de deux jours pour rendre la décision. D'autres problèmes de type dogmatiques ont été révélés. En effet, les titulaires de droits fondamentaux sont les individus alors que les entités blessées par les élections sont des partis politiques. Le Tribunal constitutionnel a, dans une série de décisions datant des années 90, effectué une interprétation critiquable d'un point de vue théorique pour expliquer que les partis politiques étaient également titulaires de droits fondamentaux. En définitive, le système a jusqu'à présent fonctionné de façon raisonnable.

Miroslav Granat relate l'expérience polonaise qui reste modeste mais positive. Il existe une Commission électorale nationale sous la présidence d'un ancien membre du Tribunal constitutionnel. Cette Commission est composée de neuf membres: trois anciens membres du Tribunal constitutionnel, trois membres des Cours administratives supérieures et trois membres de la Cour suprême qui sont nommés par le Président de la République. Elle veille au respect des dispositions du droit électoral et, à cette fin, émet des arrêts. Il existe également des Commissions électorales de circonscriptions. Les arrêts émis par les Commissions électorales posent problème car la Constitution n'y fait pas référence. Toutefois, en pratique, on dit qu'il n'y a pas d'élection en Pologne sans arrêt émis par la Commission électorale nationale.

Michel Hottelier évoque le système du contentieux électoral suisse au niveau cantonal. Les cantons sont compétents en la matière et peuvent librement choisir le type de système électoral et de règlement du contentieux qu'ils décident d'adopter. Il apparaît depuis ces dernières années un phénomène de « judiciarisation » du contentieux. Ce dernier n'est pas très fréquent en Suisse car il y a un travail préventif au niveau de l'organisation du scrutin, de l'établissement des listes et du découpage des circonscriptions. Le système fonctionne à deux niveaux. Les cantons vont tout d'abord régler le contentieux électoral par le biais de leurs instances respectives. Dans le canton de Genève, le contentieux électoral est réglé par le Tribunal administratif qui pratique un contrôle de constitutionnalité lorsqu'il se prononce sur un litige électoral. Lorsque cette étape est franchie, le Tribunal fédéral peut être saisi et effectuer un contrôle large qui s'oriente dans trois directions : un contrôle de légalité qui permet de vérifier la bonne application des lois cantonales (c'est l'unique cas où l'instance fédérale se prononce sur la bonne application du droit cantonal), un contrôle de constitutionnalité et enfin un contrôle de conventionnalité.

Blaise Knapp ajoute que, dans les élections fédérales, la confédération joue un rôle mineur. Les élections sont annoncées par la Chancellerie fédérale. La procédure, le suivi et l'organisation des élections sont effectués selon les règles cantonales. Ces règles ne peuvent toutefois pas remettre en cause les principes fédéraux tels que le principe de sincérité du vote, les garanties diverses concernant le droit de vote ou les règles plus précises figurant dans la législation fédérale. Il existe des divergences dans l'organisation des cantons. Néanmoins, cette organisation ressemble à l'organisation française dans la mesure où il y a un service de l'administration cantonale qui va préparer les élections, puis, un bureau électoral (qui comprend des délégués des partis politiques et des militants) qui va collecter les votes et les dépouiller.

Jorge Miranda rapporte l'exemple du système portugais où le principe fondamental est la séparation nette entre l'administration électorale et le contentieux électoral. Il existe, d'une part, la Commission nationale des élections, autorité administrative indépendante, qui dispose de pouvoirs très étendus de régulation surtout en matière de garantie de l'égalité des candidatures. Elle a une structure mixte puisqu'elle est composée d'un juge de la Cour suprême désigné par le Conseil supérieur de la magistrature, de membres désignés par les groupes parlementaires ainsi que de représentants des Ministères de l'Administration Interne, des Affaires étrangères et de la Communication sociale. D'autre part, le Contentieux électoral est complètement juridictionnalisé ; il appartient à la Cour constitutionnelle et, dans certains cas, aux tribunaux judiciaires. Comme les élections politiques – aux niveaux national, régional, local et même des partis politiques – relèvent du droit constitutionnel, la compétence de la Cour constitutionnelle – qui n'est pas seulement compétente en matière de contrôle de constitutionnalité – s'impose logiquement. En outre, la Cour vérifie au préalable la constitutionnalité et la légalité des référendums. En pratique, l'immense majorité des recours électoraux concerne les élections locales. On y observe le plus grand nombre de litiges.

Jean-Claude Colliard revient sur le système français et critique sa complexité. Il remarque que l'essentiel des principes électoraux est prévu par la loi sans garantie particulière. Le découpage électoral est effectué par le Ministre de l'intérieur. Une ratification est possible pour le découpage en matière d'élections législatives mais elle n'existe toutefois pas pour les élections locales. Les campagnes électorales sont régies par la loi mais surtout par décret tout comme les référendums qui sont également organisés par décret. Ainsi, il semble que la France ait du retard par rapport à l'idée selon laquelle l'opération électorale est une opération administrative normale qui est néanmoins trop sérieuse pour être confiée au Gouvernement, partie prenante aux élections. En effet, le système français a fonctionné pendant longtemps en pensant que le Gouvernement représentait l'intérêt général. Toutefois, certaines autorités administratives indépendantes telles que le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques disposent de compétences aux marges de l'élection. Cette réflexion n'a toutefois pas été menée quant au cœur de l'opération électorale. Aussi, le système ne paraît pas très satisfaisant et l'idée d'éloigner l'opération électorale du Gouvernement semble souhaitable.

Bruno Genevois ajoute que la présence d'organes entourant l'intervention de l'administration française en matière électorale est une garantie de son objectivité. S'agissant de l'inscription sur les listes électorales, il existe une Commission de trois

membres composée d'un représentant du Préfet, d'un magistrat et d'un représentant de la mairie. Le Conseil d'État a jugé que les décisions de cette Commission devaient être prises à l'unanimité. La tradition juridique française, qui remonte à des textes de 1849 et 1852, a conduit à privilégier le rôle de l'administration en matière électorale. Ses interventions sont contrôlées et son rôle est complété par celui des autorités administratives indépendantes. Le résultat est complexe mais assure la liberté et la sincérité du scrutin. Il est le fruit d'une histoire qui s'est enrichie et perfectionnée.

Muhammad Al Fili attire l'attention sur l'importance de l'existence d'une autorité indépendante dans l'administration des opérations de vote. Le cas koweïtien est significatif car les textes de loi parlent d'un bureau de vote composé d'un Président nommé par le Ministre de la justice mais ne parle pas explicitement de juge. Une règle coutumière, devenue effective, précise que le Président est un juge et non pas n'importe quel fonctionnaire. Par ailleurs, la pluralité des juridictions peut être importante d'un point de vue pratique mais entraîne parfois certains risques de conflit. La Cour constitutionnelle, qui est à la fois juge des élections et juge constitutionnel, pourrait contrôler la régularité d'élections sur le fondement d'un texte dont elle aurait préalablement pu avoir examiné la constitutionnalité. Des conflits peuvent, par ailleurs, naître entre deux juridictions. En effet, certains délits électoraux affectent la volonté des électeurs et la Cour constitutionnelle, saisie d'une telle question, pourrait être amenée à affirmer l'existence de ces délits. Le juge pénal, qui réexaminera les faits après le juge constitutionnel, sera dans une situation embarrassante car les faits qu'il devra apprécier seront certifiés comme existants par un juge.

Rafaa Ben Achour, évoque l'environnement administratif des élections en Tunisie. Ce pays a adopté le système français avec, pour la préparation et l'organisation des élections, une intervention des niveaux administratifs centraux, déconcentrés et décentralisés. Diverses commissions de nature administrative ou juridictionnelle ainsi que des juridictions civiles, pénales et administratives interviennent en matière électorale. Des autorités et des juridictions interviennent également au niveau du contentieux pré-électoral, de l'inscription et de l'enregistrement des listes électorales. Ces éléments révèlent un système complexe qui devrait être simplifié. Actuellement, des opérations d'assistance électorale, organisées par des organisations internationales, ont lieu dans les pays en transition démocratique. Il y a, aux Nations Unies, auprès du Secrétaire général un département entier d'assistance électorale. Dans certains cas, notamment au Cambodge ou en Namibie l'opération électorale a été menée de bout en bout par l'ONU à l'aide de l'administration internationale. L'assistance électorale, bien qu'étant une solution transitoire, est de plus en plus sollicitée par les États. Le contrôle international des élections est utilisé de façon croissante pour attester de la sincérité ou de la véracité du scrutin.

Wanda Mastor expose l'exemple américain. Il existe aux États-Unis, une Commission des élections fédérales qui est une institution quasi judiciaire, quasi législative et quasi exécutive. Cette Commission a le pouvoir d'édicter des réglementations qu'elle applique. Elle dispose également d'un pouvoir de jugement puisqu'elle peut déclarer un candidat inéligible. Toutefois, la fonction normative de la Commission n'est pas la plus importante. Sa mission d'assistance des États et d'uniformisation est la plus intéressante. Elle pousse, à travers la publication d'un

journal qui informe les États de la nouvelle législation en la matière, les États fédérés à adapter leurs dispositifs matériels (il y a cinq techniques de vote différentes aux États-Unis) et normatifs afin de mieux converger vers la législation nationale. Cette Commission est le contestataire principal des élections devant les Cours de district. Elle était initialement composée de huit membres dont deux seulement étaient nommés par le Président des États-Unis. La Cour suprême, dans la décision *Buckley v. Valeo*¹, a invalidé cette disposition en jugeant que cette Commission était investie des charges officielles de l'État au sens de l'article 2 Section 2 de la Constitution et que, de ce fait, elle devait être entièrement nommée par le Président. Actuellement les huit membres sont donc nommés par le Président avec le consentement du Sénat.

Caroline Taube évoque une fonction particulière de l'administration électorale en Suède. Depuis deux ans, il existe une nouvelle autorité électorale nationale qui a la responsabilité de la réalisation des élections. Cette autorité est dirigée par un comité de cinq membres dont le Président est juge et Président de la Cour d'Appel de Stockholm. Il y a également un juge de la Cour administrative suprême, un consul général, un expert en informatique et un député. La fonction de cette autorité en matière d'information des électeurs et de promotion de la participation électorale est intéressante. En effet, la participation électorale a diminué même si le niveau est assez haut (80 % environ aux dernières élections). L'information diffusée par cette autorité doit être neutre. Les médias servent de relais pour informer les électeurs sur le droit de vote ou les inciter à aller voter. Cette promotion de la participation électorale est une nouvelle fonction de l'administration électorale.

Louis Favoreu revient sur l'administration internationale de l'élection. En Bosnie, les élections, ont été organisées selon les directives de l'OSCE ce qui a été contesté devant la Cour constitutionnelle. Une organisation internationale pouvait-elle organiser une élection dans un pays souverain ? La Cour a « botté en touche », ne sachant que décider. Elle avait déjà jugé que certaines décisions du Haut représentant en Bosnie étaient justiciables de la Cour ce qui lui avait valu quelques observations de la part de la communauté internationale. Par ailleurs, lors du Congrès sur le droit électoral, il est apparu qu'il ne fallait pas laisser la gestion des élections à l'administration classique. En effet, même si cela peut résulter d'une tradition, comme en France, un contentieux important est soulevé par le problème de l'organisation par les maires des élections locales. N'allant pas jusqu'à un système du type Sud-américain, il serait toutefois intéressant de l'étudier davantage.

Francis Delpérée présente l'administration électorale belge qui est construite sur le modèle français. Le Ministère de l'intérieur fédéral, les communes et, plus particulièrement, les bourgmestres sont compétents en la matière. En dehors de ce schéma simple, le droit belge organise une intervention spécifique du juge qui n'a pas de fonctions juridictionnelles mais des tâches administratives. Le Juge de Paix procède par exemple à la désignation de tous les Présidents des bureaux électoraux. L'inconvénient majeur réside dans le contrôle des actes puisque les actes administratifs accomplis par le Ministère de l'intérieur et les responsables des administrations communales échappent au contrôle du juge administratif et plus particulièrement, du Conseil d'État. Ce dernier a rendu un arrêt le 24 avril 2003 où il accepte de connaître des recours contre les actes administratifs pour autant que la

1 *Buckley v. Valeo*, 424 US 1 (1976)

loi électorale l'ait expressément prévu. Il se déclare toutefois incompétent pour admettre un recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif accompli en matière électorale. Le Conseil d'État semble ainsi organiser une zone de « non-contrôle juridictionnel ».

Julia Iliopoulos Strangas attire l'attention sur une particularité grecque. D'après une longue tradition, durant la campagne électorale, des personnalités jouissant d'une acceptation plus générale dans la société sont mises à la tête du Ministère de la justice, du Ministère de l'Intérieur, du Ministère de l'ordre public et du Ministère de la Presse. Cette pratique ne résulte d'aucune réglementation mais que d'une simple tradition. Par ailleurs elle souligne que le juge judiciaire joue un rôle plus important dans le domaine de l'administration des élections que le juge administratif. Les Présidents des Comités de surveillance des bureaux de votes sont désignés par la Cour de cassation. Ils peuvent être magistrats, avocats, notaires ou avocats stagiaires. La Commission suprême des élections, qui prononce les résultats des élections et qui procède à la répartition des sièges, est présidée par le Président de la Cour de cassation, deux conseillers à la Cour de cassation et des Directeurs du Ministère des affaires étrangères. Ainsi, les juridictions judiciaires ont une fonction essentielle dans l'administration des élections.

Eivind Smith estime que la question de savoir quel est le meilleur système dépend de la culture et des traditions de la société en question. Il y a des pays comme la Norvège où le juge ne participe pas à l'administration électorale et où l'on mise sur l'autodiscipline du système politique. La responsabilité administrative du contrôle du déroulement du scrutin repose sur des Commissions multipartites établies par la municipalité et le conseil général en question, mais aussi par le Parlement. Le Gouvernement, les Préfets et les juges ne font pas partie de ce système. Il y a évidemment quelques problèmes mais le système semble bien fonctionner dans sa globalité. Les Commissions multipartites sont responsables mais elles sont soutenues par l'administration de la commune et du département et par le ministère compétent. Il y a peu de structures extérieures au système administratif ordinaire et les tribunaux n'ont aucun rôle dans ce système.

Juan José Solozabal Echavarria effectue quelques remarques sur l'administration électorale en Espagne. La « *junta electoral central* » dirige et contrôle tous les procès et veille à l'égalité des chances entre les participants. Elle est très judiciaire, huit de ses membres sont tirés au hasard au sein des membres du Tribunal suprême, cinq membres sont professeur de droit ou de science politique proposés par tous les partis. Les professeurs ne peuvent ni être Président ou Vice-président de la « *junta* ». Son fonctionnement révèle un certain conservatisme, puisqu'il existe un danger que ses décisions soient utilisées de manière politique. Les partis peuvent, en effet, utiliser politiquement les réponses de la « *junta* » ce qui la conduit à être conservatrice et même parfois à ne pas se prononcer.

Franck Moderne observe que l'opération électorale est soit une opération ordinaire qui, dans son organisation, doit relever d'une administration ordinaire et éventuellement au contentieux d'une juridiction ordinaire, soit une opération spécifique qui appellera une organisation spécifique et éventuellement un contentieux spécifique devant une juridiction *ad hoc*. Il y a sans doute des options intermédiaires avec une opération ordinaire soumise à une juridiction spécifique ou une opération spécifique soumise aux juridictions ordinaires. Il faut néanmoins

prendre position au départ sur le point de savoir si l'opération électorale est une opération comme les autres. La question de la nature de l'opération électorale se pose également dans l'opération inverse qui est la « défaisance » de l'élection. Par exemple, s'agissant de la destitution du Président Chavez au Venezuela, l'opération de *recall* nécessite une organisation spéciale qui n'est pas contrôlée par l'administration en place et qui appelle au contentieux un certain nombre de problèmes à résoudre. Franck Moderne se demande, par ailleurs, qui contrôle administrativement l'opération de destitution aux États-Unis.

Michel Rosenfeld répond qu'aux États-Unis, la procédure de *recall* existe dans certains États fédérés et non au niveau fédéral. En Californie, ce sont les instances administratives qui organisent les élections qui vont régler également la procédure de *recall*. Il y a deux étapes, la première est de vérifier qu'il y ait un nombre suffisant de signatures. La procédure est ensuite organisée comme une élection au niveau de l'État fédéré. Les électeurs devront accepter ou refuser la révocation et en même temps voter pour un remplaçant. Il est possible que la deuxième partie de cette procédure soit inutile en cas de refus de révocation du Gouverneur. Le scrutin est un scrutin à un tour.

Richard Ghevontian propose que le thème du contentieux soit maintenant abordé, la question du choix de l'administration générale ou spéciale ayant été traitée. Le système français semble fonctionner convenablement bien qu'il soit assez complexe. En réalité, le problème est celui du contrôle des actes de ces administrations. Le contentieux électoral est assez bien connu s'agissant de la question du scrutin lui-même mais il faudrait aborder le problème du contrôle des actes. En France, une solution intermédiaire a été adoptée. Dans les autres pays, la compétence revient-elle au juge chargé du contrôle de la légalité ou au juge chargé du contrôle de l'élection ? A quel moment le juge devra-t-il contrôler ces actes avant l'élection ou après la proclamation des résultats ? La solution française est la compétence du Conseil d'État pour les actes administratifs préparatoires à l'élection. Le Conseil constitutionnel peut être compétent de manière exceptionnelle s'agissant notamment du décret convocation. Le principe demeure donc la compétence du juge naturel de la légalité, le Conseil d'État. L'exception étant la compétence du juge électoral, le Conseil constitutionnel qui se transforme en juge de la légalité pouvant statuer avant le scrutin. Il sera intéressant d'examiner les solutions adoptées en droit comparé.

B) Le contentieux électoral

Michel Hottelier précise que le contentieux électoral n'est pas très fréquent en Suisse. Le contentieux le plus habituel en matière de droits politiques est celui relatif au droit de vote ou au droit de signer des initiatives. Il y a trois grandes catégories de contentieux électoral. La première est le droit d'élire et le droit d'être élu. La deuxième réside dans les influences illicites pouvant être exercées par les pouvoirs publics pendant la campagne électorale. Finalement, la dernière catégorie de contentieux concerne les irrégularités qui peuvent entacher la campagne et qui ne proviennent pas nécessairement des corps constitués. Le Tribunal fédéral annule rarement les opérations électorales et fait preuve d'une retenue particulière. Il faudrait un cas qui frise l'arbitraire où la fraude est évidente pour que le Tribunal Fédéral sanctionne les Autorités cantonales. Dans une affaire célèbre du 27 novembre 1990, le Tribunal fédéral a, au nom du principe d'égalité de traitement, déclaré que

les cantons n'ont pas le droit d'interdire à certaines catégories de la population, notamment les femmes, d'être élues. Les femmes disposent des droits politiques au niveau fédéral depuis 1971, il a fallu attendre cet arrêt pour que ce droit soit réellement effectif. La Constitution fédérale Suisse s'est enrichie en 1981 d'une disposition garantissant l'égalité des droits entre hommes et femmes. Il était difficile, au nom du fédéralisme, de continuer à pratiquer ce qui n'était rien d'autre qu'une forme de régime d'apartheid.

Attila Harmathy évoque le système de forum en Hongrie qui permet de contrôler les irrégularités commises pendant le scrutin. La première instance est un forum laïc composé de délégués des partis politiques et de quelques experts en matière électorale. Ses décisions sont susceptibles de recours devant le juge ordinaire. Il n'y a toutefois pas de Cour administrative spéciale en Hongrie, du fait du système des Cours unifiées. Néanmoins, il existe, au sein de la Cour, une chambre administrative. Les juges de cette chambre seront donc compétents en la matière. Un appel est possible devant la chambre administrative de la Cour suprême. Une question a, par ailleurs, été posée à la Cour constitutionnelle s'agissant des délais de recours qui sont de trois jours pour introduire un recours et pour que la Cour rende sa décision. Ce délai débute lors des résultats de l'élection irrégulière et expire lorsque le recours parvient à la Cour. La question s'est posée de savoir si les experts des partis politiques ou les citoyens pouvaient exercer un recours. La Cour constitutionnelle n'y a pas encore répondu.

Luis Nunes de Almeida remarque que l'administration électorale est très diversifiée au Portugal. Il existe des organes spécifiques et des compétences comparables à celles de l'administration ordinaire. Les recours contentieux sont toujours adressés au Tribunal constitutionnel qui a une compétence générale en matière de contentieux électoral y compris pour les élections locales. La procédure pour les élections présidentielles et au Parlement européen se déroule devant le Tribunal constitutionnel. Pour les élections législatives et locales, la présentation des candidatures a lieu devant le juge ordinaire mais un appel est possible devant la Cour constitutionnelle. Les décisions des autorités administratives électorales spécifiques telles que la Commission nationale des élections peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle. Cela n'était ni prévu par la loi, ni par la Constitution mais a été consacré par la jurisprudence. Le Tribunal constitutionnel s'est toutefois déclaré compétent en considérant que les attributions qui lui étaient conférées par d'autres articles de la loi impliquaient qu'il soit compétent en dernier instance en matière électorale.

Par ailleurs, dans le système portugais, contrairement au système français, la loi et son interprétation par le Tribunal constitutionnel ont consacré le fait que le processus électoral suppose une acquisition progressive des actes. La Cour l'a appelé théorie de la cascade. Il y a une série d'actes complexes qui se succèdent les uns aux autres et il est impossible d'entrer dans une phase sans que la phase antérieure soit considérée comme définitivement établie.

Par exemple, l'inscription sur les listes électorales ne pourra être contestée que lorsque les listes électorales seront publiées. Il en est de même pour la formation des coalitions, la présentation des candidatures, la campagne électorale, l'impression des bulletins de votes, la formation des bureaux de votes ainsi que le financement de la campagne.

Une violation de la loi sur le financement n'entraînera qu'une responsabilité pénale et parfois administrative mais jamais l'annulation d'une élection. L'annulation

d'une élection ne peut survenir qu'en présence d'une violation de la loi au moment du vote ou du dépouillement et à condition qu'il y ait une influence sur le résultat de l'élection. Le critère suivi par le Tribunal constitutionnel n'est pas un critère d'appréciation globale mais un critère mathématique. Les cas d'annulation sont rares ; ils ont seulement eu lieu pour les élections locales mais pas pour les élections parlementaires car il n'y a pratiquement jamais eu de contentieux.

En ce qui concerne la présentation des candidatures, tout candidat peut soulever la question de l'inéligibilité d'un autre candidat. Le Tribunal constitutionnel a néanmoins considéré que cela ne permettait pas à un candidat de soulever l'inéligibilité d'un candidat de la même liste. Pour le Tribunal constitutionnel, accorder cette faculté à un candidat constituerait une violation des règles élémentaires d'éthique politique. Les questions les plus pacifiques au Tribunal constitutionnel sont relatives aux élections et au financement des partis politiques. Ainsi, toutes les décisions en matière de financement des partis politiques ont été prises à l'unanimité des voix.

Massimo Luciani revient sur la justification du système de vérification en Italie. Le seul fait que ce système ait été établi par une décision du pouvoir constituant ne suffit pas à justifier l'existence de la vérification des pouvoirs. Trois raisons semblent avoir poussé le constituant à adopter ce système.

La première remonte aux racines historiques de la Constitution italienne. Les constituants, à l'époque, se méfiaient des juges qui avaient muré leur culture pendant les vingt années de fascisme. Cela a également justifié le choix d'un contrôle de constitutionnalité concentré au détriment du contrôle diffus car les constituants estimaient que le juge n'était pas à même d'apprécier la nouveauté de la Constitution. Le choix du constituant italien a été un choix favorisant le renforcement de l'indépendance de l'ordre judiciaire. Ainsi, le Conseil supérieur de la magistrature en Italie est un organe prévu par la Constitution qui dispose de pouvoirs importants. La Constitution italienne n'a pas choisi de séparer les carrières des juges du siège de celle des magistrats du parquet. Aussi, le projet de réforme qui vise à introduire cette distinction encourt des doutes de légitimité constitutionnelle. La Constitution italienne a, par ailleurs, réduit les pouvoirs du Garde des sceaux qui, même s'il peut déclencher une action disciplinaire envers les magistrats, n'a aucun pouvoir et s'occupe simplement de l'organisation de la justice. Le constituant italien a tout fait pour tenir le juge à l'écart des pressions du pouvoir politique. Le choix de la vérification des pouvoirs trouve ainsi une première justification dans la nécessité d'éloigner le juge d'un problème politique délicat qui est le résultat des élections.

Une autre justification réside dans l'idée du privilège du Parlement selon laquelle on ne peut pas permettre à d'autres pouvoirs d'accéder au Parlement. Cela signifie non seulement y accéder physiquement mais également virtuellement, l'empiètement d'un autre pouvoir dans la sphère du pouvoir parlementaire n'est pas possible.

Ce privilège du Parlement signifie également, et cela constitue la troisième justification, que le pouvoir judiciaire doit être tenu à l'écart de la politique pour garantir au maximum son indépendance.

Francis Delpérée effectue trois observations. Il constate tout d'abord la présence d'anciens parlementaires dans les Cours de justice constitutionnelle. Ainsi, six membres de la Cour d'arbitrage belge sont d'anciens parlementaires qui, dès que l'on aborde les questions de droit électoral, semblent se sentir en terrain connu. Cet élément de sociologie juridictionnelle peut expliquer un certain nombre de

décisions. Il apparaît que les juges qui viennent du milieu parlementaire préfèrent le système de vérification des pouvoirs.

Par ailleurs, la Cour d'arbitrage de Belgique dans un arrêt rendu le 23 février 2000, célèbre les mérites de la vérification des pouvoirs. La Cour a été saisie d'un problème de validité du vote informatisé. Elle aurait pu déclarer ce recours irrecevable sur le fondement de l'article 48 de la Constitution selon lequel chaque Chambre vérifie les pouvoirs de ses membres. Elle a toutefois préféré déclarer que la vérification des pouvoirs est « un principe de base de la structure démocratique de l'État ». Cette solution a pu être justifiée par le principe de l'indépendance de chaque Chambre dans le contrôle des conditions d'éligibilité, d'organisation de l'élection et du processus électoral. Il y a donc un enthousiasme du juge constitutionnel pour la vérification des pouvoirs inscrite dans la Constitution.

Se pose finalement la question de savoir si cet enthousiasme est justifié. Le système semble fonctionner mais il présente deux inconvénients. Le premier est que la vérification des pouvoirs est par définition un contrôle *ex post facto*. Un tel contrôle rend donc extrêmement difficile l'examen de questions qui se sont présentées pendant la campagne et le processus électoral. Le deuxième est que le Conseil d'État renonce a tort à vérifier la légalité des actes périphériques antérieurs à l'élection. Il en résulte une absence de contrôle du juge administratif avant l'élection et un contrôle limité des Chambres après l'opération électorale. Les Chambres vérifient simplement les conditions d'éligibilité et examinent les comptes et les calculs. En revanche, la propagande électorale, les médias et l'utilisation des finances échappent au contrôle des assemblées parlementaires.

Eivind Smith, poursuit la présentation du système norvégien où le juge est quasiment absent. Il peut toutefois jouer un rôle en matière de litiges entre deux fractions de partis pour savoir qui a le droit de porter le nom du parti. Il peut également examiner le refus d'enregistrement d'un parti par l'administration. Hormis cela, le système est entre les mains du Parlement. Selon la réglementation en vigueur, les contestations en matière de droit de vote sont tranchées par la Commission électorale elle-même élue par le Conseil municipal. En cas de problème, la décision de la Commission électorale peut être déférée en appel devant le Parlement. En vertu de la Constitution, ce dernier vérifie lui-même les pouvoirs des nouveaux élus. On se fie à l'idée d'indépendance du système électoral et à la primauté du Parlement et du suffrage populaire direct. Le système fonctionne globalement bien depuis environ un siècle. Il pourrait toutefois être contesté sur le fondement de sa légitimité notamment dans le cas de réclamations. En effet, certains partis pourraient parfois avoir intérêt à ne pas invalider une élection. Cela peut poser le problème de confiance du public envers le Parlement et donc de la légitimité du système.

Lech Garlicki estime que la question du contrôle international et européen des élections parlementaires et présidentielles se pose dans beaucoup de nouvelles démocraties, notamment dans le cadre du Conseil de l'Europe. Il se demande donc jusqu'à quel degré ce contrôle contribue-t-il au développement des démocraties.

Mamiko Ueno remarque qu'au Japon, la justice ordinaire traite le recours électoral comme un recours administratif. La Cour suprême a, dans quelques décisions, déclaré l'inconstitutionnalité de découpages des circonscriptions révélant des inégalités énormes lors des élections des députés. La Cour suprême contrôle l'écart de représentativité qui est de un à trois ainsi que le délai raisonnable de

correction du tableau électoral qui est de huit ans. La Cour suprême n'effectue toutefois pas les mêmes contrôles sur l'élection de la Chambre Haute qui repose sur un système électoral différent de la Chambre des députés du fait de son caractère représentatif des régions et insiste sur le particularisme de cette Chambre.

Wanda Mastor précise qu'aux États-Unis la Constitution attribue au Congrès la possibilité de se muer en juge des élections. Elle désigne le pouvoir judiciaire fédéral comme détenteur d'une compétence juridictionnelle générale en la matière. L'article 1^{er} Section 5 de la Constitution dispose que chaque Chambre sera juge des élections. Dans l'esprit des constituants, cela signifiait que les congressistes étaient les seuls juges possibles des élections parlementaires. Dans la pratique, la Chambre des Représentants et le Sénat détenaient des pouvoirs identiques à ceux que possédait un tribunal judiciaire. Toutefois, depuis 1787 peu d'élections ont été invalidées par les deux Chambres. La première explication est la réticence des sénateurs et des représentants à juger l'un de leurs membres. La deuxième est plus critiquable. Très peu d'élections ont été invalidées pour violation des lois électorales ou, plus généralement, pour violation de la Constitution. Des élus ont été condamnés en raison de polygamie ou de pacifisme. En 1919, V. Berger a été excommunié après avoir été condamné pour pacifisme. Le Congrès a progressivement perdu son pouvoir de juge des élections qui revient maintenant au pouvoir judiciaire fédéral : les Cours de district, les Cours d'appel et la Cour suprême (qui est rarement une juridiction de second degré mais qui l'est en matière électorale par le biais du *writ of appeal*). C'est désormais le pouvoir judiciaire qui est juge électoral et non plus le Congrès comme la lecture de la Constitution pouvait le laisser penser.

Yousri Elassar évoque le contentieux électoral en droit égyptien. Le décret du Président de la République convoquant les électeurs est considéré comme un acte de gouvernement par le Conseil d'État. Il existe toutefois plusieurs types de recours en matière électorale. La loi électorale prévoit une action populaire au profit de chaque électeur concernant l'inscription sur les listes électorales. Par ailleurs, au moment des dépôts de candidatures, si le Ministère de l'intérieur admet la candidature d'une personne qui ne remplit pas les critères exigés par la loi, toute personne ayant intérêt, peut former un recours devant le Conseil d'État contre la décision d'admission de cette candidature. Il existe une jurisprudence abondante du Tribunal administratif et de la Haute Cour administrative en cette matière. Toutefois, selon la Constitution de 1971, les recours dirigés contre la décision par laquelle le Ministre de l'intérieur proclame le résultat des élections relève de la compétence de l'Assemblée nationale. Cela constitue une régression dans l'histoire constitutionnelle de l'Égypte car une Constitution promulguée en 1930 prévoyait la compétence de la Cour de cassation en cette matière. Néanmoins, les tribunaux ordinaires admettent les recours en réparation dirigés contre le Gouvernement et l'Assemblée nationale du fait d'actes législatifs pris par le Gouvernement à l'occasion de litiges électoraux. Si l'Assemblée nationale refuse d'annuler l'élection d'un député malgré les irrégularités de l'élection, tout candidat et toute personne peut former un recours en réparation devant les tribunaux. La doctrine égyptienne est quasiment unanime pour demander que l'on retire la compétence de l'Assemblée nationale en la matière pour l'accorder à la Cour constitutionnelle.

Nadia Bernoussi présente le contentieux électoral au Maroc. Il existe un faisceau d'acteurs du contentieux électoral en fonction des opérations en cause. Le juge administratif est compétent s'agissant des listes électorales, le juge judiciaire

règle les litiges résultant des candidatures (décision qui ne pourra être contestée que devant le conseil constitutionnel) et les opérations électorales proprement dites relèvent du Conseil constitutionnel. Il n'y a pas, au Maroc, de vérification des pouvoirs par les parlementaires eux mêmes. C'est une attribution qui est du ressort, depuis la promulgation de la première constitution marocaine (1962) d'une juridiction constitutionnelle. Évoquant, par ailleurs, la « contextualisation » des problèmes, elle précise qu'il faut resituer le contentieux électoral dans le contexte de chaque pays. Les élections de septembre 2002 au Maroc ont donné lieu à plus de 200 recours, 59 décisions, et trois annulations. La représentation proportionnelle y est sans doute pour quelque chose mais le Conseil constitutionnel se trouve dans une situation inconfortable. En effet, il ne contrôle pas une loi (qui constitue en quelque sorte un écran) mais une élection (rapport direct avec l'élu) ce qui peut fragiliser le système politique si les juges restent stricts dans l'approche du droit et de la morale. Par ailleurs, s'ils sont trop laxistes, ils ne vont pas créditer le Conseil constitutionnel d'une image positive auprès de l'opinion publique. Le Conseil constitutionnel, devant ce « dilemme » utilise souvent la technique française de l'influence déterminante et de l'écart des voix. Son attitude est donc extrêmement prudente.

Il faut, par ailleurs, souligner l'implication de la société civile au niveau du contrôle. Après les élections de septembre 2002, des corps de superviseurs et des observatoires de contrôle ont été institués. Il y a eu un accompagnement du processus électoral par la société civile qui contrôle également la sincérité des élections à côté des institutions établies.

La part du non droit dans le déroulement des élections doit également être signalée. Il a, en effet, été demandé à quelques candidats de se retirer des listes. Certains l'ont fait sans contestation ce qui peut être significatif quant à leur moralité.

· Finalement en ce qui concerne le dépouillement des résultats, les citoyens ont dû, s'agissant des élections législatives de septembre 2002, attendre trois jours avant d'avoir les résultats électoraux. Il y a eu deux thèses à cet égard. Pour certains, c'est la nouveauté et la complexité du mode de scrutin adopté (la représentation proportionnelle au plus fort reste ayant remplacé le scrutin uninominal majoritaire à un tour) qui a fait que les résultats ont été donnés si tard. Une autre thèse soutient que ce retard a été causé par les négociations qui ont dû être menées avec le parti arrivé en tête et auquel on aurait rogné quelques sièges.

Bien qu'il y ait eu, dans la loi organique relative à la chambre des représentants, d'importantes tentatives pour moraliser le jeu électoral en aggravant les sanctions (en les doublant en cas de fraude électorale et en étendant le périmètre des inéligibilités aux personnes qui exercent des fonctions dans l'administration) il subsiste encore des incertitudes et des pesanteurs liées au rapport de force entre le pouvoir et les partis politiques mais également à l'état de santé « démocratique » qui existe à l'intérieur des forces politiques elles mêmes.

Otto Pfersmann expose le cas du système autrichien. Dès 1920, le contentieux électoral en matière d'élections nationales, régionales, communales et d'élections aux corps représentatifs des professions, a été l'une des compétences principales de la Cour constitutionnelle. Ce contentieux relève des autorités électorales composées de représentants des partis ainsi que d'un magistrat et en dernier lieu de la Cour constitutionnelle. En effet, toute violation du droit de vote ou de l'éligibilité est regardée comme la violation d'un droit fondamental qui relève de la Cour constitutionnelle. L'invalidation d'une élection exige, de part la Constitution, l'irrégularité de l'opération électorale mais aussi que cette irrégularité

ait un effet sur le résultat de l'élection. Le problème juridique sera de savoir où se situe la limite entre ce qui produit un effet et ce qui n'en produit pas.

Jorge Miranda remarque que la vérification des pouvoirs peut s'appréhender sous deux angles différents. Elle peut signifier une simple vérification de la régularité formelle du mandat mais elle peut également constituer une décision quant à l'éligibilité de députés élus. La procédure de vérification n'est pas prévue par la Constitution portugaise mais par le règlement du Parlement. La seconde de ces deux significations semble inconstitutionnelle. En effet, la décision relative à l'éligibilité des députés est une décision juridictionnelle et selon la Constitution, la fonction juridictionnelle appartient exclusivement aux tribunaux. Par conséquent, cette compétence devrait relever de la Cour constitutionnelle. Ainsi, au Portugal, la Cour constitutionnelle est compétente en matière d'élections au sein des assemblées législatives nationales et régionales mais également s'agissant des élections au sein des partis politiques. Les partis politiques sont intégrés au système politique, il est donc naturel que la Cour constitutionnelle compétente en général dans tous les domaines constitutionnels soit également compétente pour les recours en matière d'élections partisans.

Olivier Dutheil de Lamothe revient sur le problème du contrôle du financement qui est l'aspect le plus neuf et problématique du contentieux électoral. Cette question soulève deux problèmes. Le premier touche l'articulation des compétences respectives de la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques et du Conseil constitutionnel. Le système des élections législatives est différent de celui des élections présidentielles. Pour les élections législatives, ce contrôle est exercé de façon systématique en premier ressort par la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques. Le Conseil n'est saisi que des comptes rejetés par la Commission pour prononcer l'inéligibilité du candidat pendant un an. Le système est satisfaisant sur le plan pratique car il dégage le Conseil de la masse des comptes. Il n'est pas totalement satisfaisant sur le plan du droit car une décision de confirmation d'un compte de campagne rendue à tort par la Commission des comptes ne pourra pas faire l'objet d'un recours si l'élection n'est pas elle-même contestée. De ce point de vue, la suggestion du Président Genevois de transformer la Commission en un organe juridictionnel dont les décisions pourraient être soumises au Conseil constitutionnel par la voie de la cassation est une solution intéressante dans son principe. Le Conseil constitutionnel a trouvé une parade jurisprudentielle à ce vide en admettant la recevabilité d'un recours incident du candidat dont l'élection est contestée contre celui qui est l'auteur de la plainte, sur le terrain de la régularité du financement de sa campagne. Un candidat battu qui attaque l'élection s'expose à ce que le candidat élu réplique, dans le contentieux pendant devant le Conseil constitutionnel, en contestant la régularité du financement de sa campagne. S'il obtient gain de cause, le candidat qui a initié le contentieux sera déclaré inéligible et son intérêt personnel sur l'issue du scrutin disparaîtra. Lors des dernières élections législatives, des élections ont été annulées à la demande d'un candidat qui a lui-même été déclaré inéligible.

Le deuxième problème soulevé par l'état actuel de la législation est le décalage entre la sanction du contentieux électoral et la sanction du contrôle du financement des campagnes électorales. La sanction du contentieux électoral est l'annulation de l'élection. Mais une loi de la science politique est toujours vérifiée : tout candidat dont l'élection a été annulée est très souvent beaucoup mieux réélu qu'il n'avait été élu. La sanction d'une irrégularité dans une campagne est donc

l'annulation, qui conduit généralement à la réélection du candidat dont l'élection est invalidée. Inversement, la sanction d'une méconnaissance de la législation sur le financement est l'inéligibilité qui est une sanction beaucoup plus lourde car elle interdit au candidat de se présenter pendant un an. Le Conseil constitutionnel a donc demandé dans ses observations sur les dernières élections législatives qu'on lui accorde au moins dans l'immédiat le pouvoir qu'a le Conseil d'État pour les élections locales, qui est d'apprécier au cas par cas la violation des règles de financement pour examiner si elle justifie la sanction de l'inéligibilité. En effet, le Conseil constitutionnel est légalement tenu de prononcer l'inéligibilité pour toute violation des règles de financement, fut-elle formelle et de bonne foi. Le Gouvernement précédent avait proposé au Parlement de permettre au Conseil constitutionnel d'apprécier la gravité de la violation de la législation sur le financement pour prononcer ou non l'inéligibilité. Ce pouvoir est exercé par le Conseil d'État dans de très bonnes conditions pour les élections locales. Le Parlement ne l'a pas voté à l'époque et le Conseil constitutionnel a réitéré cette demande. Au-delà de cette première mesure, une réflexion doit être menée au sujet de la disproportion entre la nature des sanctions et les irrégularités constatées. En effet, des irrégularités très lourdes n'entraînent parfois pas l'annulation de l'élection car il y a un écart de voix tel que cela n'est pas justifié, et, inversement, certaines violations, même de bonne foi, d'une règle formelle de la législation sur le financement des campagnes peuvent aboutir à une inéligibilité du candidat.

Franck Moderne s'interroge sur le rôle exact du juge constitutionnel. Il y a deux manières d'intervenir dans le contentieux électoral, soit au titre d'une compétence générale comme au Portugal, en Autriche soit comme en Espagne à travers le recours d'*amparo*. Il désirerait, par ailleurs, savoir si le juge constitutionnel autrichien est compétent de manière générale sur le fondement des textes constitutionnels ou s'il a une compétence plus limitée par l'intermédiaire de la protection des droits fondamentaux ? Franck Moderne se demande également, si à travers le contrôle de l'*amparo*, le juge espagnol ne se comporte pas comme une sorte de « super réviseur » du juge électoral ordinaire ou, du moins, s'il n'a pas cette tentation.

Otto Pfersmann répond que l'article 141 de la loi constitutionnelle fédérale de 1920 attribue à la Cour constitutionnelle autrichienne le chef de compétence pour se prononcer sur toute contestation en matière d'élection. Plusieurs alinéas détaillent toutes les élections qui entrent dans ce champ de compétence. Par ailleurs, puisque le droit de vote et l'éligibilité sont des droits constitutionnellement protégés, il sont inclus dans l'article 144 donnant la possibilité de contester la décision d'une autorité qui est l'autorité électorale pour violation d'un droit fondamental. Les deux contentieux sont donc différents.

Francisco Rubio Llorente précise, en ce qui concerne l'Espagne, que les recours électoraux parviennent au Tribunal constitutionnel espagnol par la voie du recours d'*amparo*. Ce recours, qui n'est pas un recours de pleine juridiction, ne protège toutefois pas seulement les droits fondamentaux. Cela donne lieu à des situations difficiles car, pour rétablir les droits des individus, il faudrait annuler les élections pour une dizaine de voix. Toutefois, il peut paraître absurde d'annuler le résultat des élections de toute une circonscription parce qu'on a violé les droits fondamentaux d'un nombre restreint d'électeurs. La majorité de la Cour a, dans les années 90, opté pour une voie raisonnable qui était de ne pas annuler les élections.

D'un point de vue pratique, la majorité des juges avait raison, mais Francisco Rubio Llorente a rendu une opinion séparée pour révéler que, d'un point de vue théorique, il y avait un problème réel qu'il fallait résoudre. Cela se rapproche de la question de savoir si le droit de vote constitue l'exercice d'une liberté. Pour ceux qui considèrent que c'est l'exercice d'une liberté, la réponse aurait été plus proche de l'opinion dissidente de Francisco Rubio Llorente que de celle de la majorité.

Pierre Bon donne quelques précisions sur le système allemand de contrôle des élections au Bundestag. Ce système est un système mixte avec, dans un premier temps, une procédure de vérification des pouvoirs par les parlementaires eux-mêmes et, dans un deuxième temps, l'intervention de la Cour constitutionnelle fédérale.

Richard Ghevontian conclut en précisant que, finalement, la théorie de l'influence déterminante est le comportement raisonnable et naturel du juge qui dépend toutefois de sa seule appréciation. Une diversité au sein des systèmes d'administration et de contrôle des élections a été constatée. La vérification des pouvoirs devient minoritaire par rapport aux contrôles juridictionnels par le juge ordinaire, constitutionnel ou par un juge spécifique. Il semble néanmoins se dégager un consensus. Quels que soit la structure, l'organe de contrôle et les procédures applicables, il faut garantir la liberté des électeurs et la sincérité du scrutin. Tout converge vers une élection qui correspond à la volonté réelle et librement consentie de l'électeur. Toutefois, il faut remarquer qu'il y a peu de contentieux en matière électorale, serait-ce parce que le système ne fonctionne pas très bien ou n'est pas très accessible ? Il y a des pays où la fraude électorale et les irrégularités se rencontrent moins. Ces pays sont sans doute plus sages que d'autres, mais cela peut également être dû au fait que le système de contrôle n'est pas suffisamment accessible, compréhensible ou adapté.

Finalement, le droit électoral a considérablement évolué. Cette matière retrouve ses titres de noblesse et est réhabilitée. Cela passe par sa juridicisation qui s'explique notamment par le mouvement de constitutionnalisation du droit. Le juge constitutionnel joue aujourd'hui un rôle central dans les démocraties, non seulement car il contrôle les élections mais également la constitutionnalité de textes de loi qui mettent en œuvre des principes qui s'appliquent au droit électoral. Il subsiste encore des procédures de vérification des pouvoirs mais cela ne dissimule pas la globalité du mouvement qui est que le juge, quel qu'il soit, intervient dans l'ensemble de l'opération électorale. Cette juridicisation a un effet positif majeur qui ressort des travaux. Le droit électoral a longtemps été considéré comme un droit politique et largement conditionné par les pesanteurs culturelles, historiques et sociologiques de chaque pays. Il se dégage néanmoins un certain nombre de principes de niveau élevé – constitutionnel – qui transcendent ces clivages révélant une sorte de standard commun que P. Garonne, secrétaire général de la Commission de Venise, a appelé le patrimoine électoral européen. Ces principes sont la liberté de l'électeur, de l'élu, du vote, l'égalité et la sincérité. Ces principes se dégagent de nos débats et dépassent les divergences. Cette juridicisation conduit cependant à s'interroger sur les lacunes, les incohérences et les désordres du droit électoral. Il s'agit d'une matière complexe et parfois confuse révélant un entrelacs de textes, d'organes juridictionnels ou administratifs. Certaines règles apparaissent inefficaces car elles se heurtent aux nouvelles technologies. Il existe parfois un décalage entre les législations traditionnelles, l'évolution rapide des technologies et la difficulté de les rattraper. Néanmoins, le droit électoral est intimement lié à la société démocratique qui en est

la principale garantie et l'étude de cette matière nécessite beaucoup de rigueur, d'objectivité et surtout d'imagination.

Lech Garlicki remercie tous les intervenants ainsi que M. Ghevontian d'avoir participé à ce colloque organisé par le Doyen Louis Favoreu et le GERJC. Il laisse la parole au Président Rubio Llorente. Ce dernier est très reconnaissant au Doyen Louis Favoreu d'organiser chaque année cette rencontre et le remercie encore une fois, au nom de tous.

Le Doyen Favoreu remercie Francisco Rubio Llorente et tout ceux qui ont participé à cette table ronde : les juges constitutionnels présent, les Présidents de séance, les modérateurs ainsi que les membres de l'équipe du GERJC, au nom des trois centres de recherche organisateurs l'IEJIA de Pau dirigé par Pierre Bon, le CDPC de Toulon co-dirigé par Maryse Baudrez et Thierry Di Manno et le groupe d'Aix en rappelant la mémoire de Jean-Claude Escarras.