

N° 440827
M. Simon F...

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 12 octobre 2020
Séance du 23 octobre 2020

CONCLUSIONS

Mme Sophie Roussel, rapporteure publique

Très succincte, cette requête d'à peine plus d'une page pose de délicates questions : sur votre compétence, sur un éventuel non-lieu et sur les modalités de votre contrôle.

Nous l'interprétons comme étant exclusivement dirigée contre les dispositions combinées de deux ordonnances prises pour faire face à l'épidémie de covid-19 organisant, de manière dérogatoire, le délai laissé aux électeurs requérants pour consulter les listes d'émargement en vue de contester le résultat des élections municipales et communautaires 2020 acquises dès le 1^{er} tour, c'est à dire dès le 15 mars 2020, dans les communes de plus de 1 000 habitants, à l'exclusion de Paris.

M. F... ne met en effet pas en cause, par son argumentation, les modalités de consultation des listes d'émargement des bureaux de vote entre les deux tours afin de permettre aux candidats de cibler leurs campagnes sur les abstentionnistes (possibilité ouverte par l'article L. 68 que vous avez explicitement consacrée : v, pour des décisions fichées, CE, 11 juillet 1973, *Elections municipales de Belfort*, n° 83869, p. ; CE, 27 octobre 1978, *Elections municipales de Nice*, n° 08923, 08941, p. 404), ni les modalités de consultation de ces liste en vue d'une protestation dirigée contre les élections acquises au second tour, modalités qui ne sont au demeurant pas des plus claires pour ce qui est des modalités de computation des délais.

En temps normal, l'article L. 68 du code électoral prévoit que les listes d'émargement sont communiquées à tout électeur requérant pendant un délai de dix jours à compter de l'élection, c'est-à-dire à compter de la proclamation des résultats.

Pour résoudre rapidement les difficultés nées de l'entrave à l'exercice d'éventuels recours résultant des interdictions, notamment de déplacement, décidées dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le législateur a autorisé le pouvoir réglementaire, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi relative « *aux règles en matière de consultation des listes d'émargement* ».

Par dérogation à l'article L. 68, l'ordonnance n° 2020-390 du 1^{er} avril 2020, intervenue dans le cadre de cette habilitation a organisé une nouvelle période de consultation des listes

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

d'émargement, dont le point de départ est, s'agissant de la contestation des élections acquises dès le premier tour, à la date d'entrée en fonction des conseils municipaux et communautaires élus. Son terme a été fixé par référence à l'expiration du délai de recours contentieux.

En temps normal, le délai de recours contentieux – fixé à l'article R. 119 du code électoral, de nature réglementaire donc – est de cinq jours à compter de l'élection. Mais en vertu du 3° du II de l'article 15 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif, ce délai, toujours de cinq jours, n'est plus décompté, s'agissant du scrutin 2020, à compter du jour de l'élection mais, pour les conseils élus au complet dès le premier tour, à compter de la prise de fonction des conseillers, fixée au 18 mai 2020 en vertu du décret n° 2020-571 du 14 mai 2020.

C'est de la combinaison de ces dispositions, issues de deux ordonnances de l'article 38 dont le délai d'habilitation est expiré, qui n'ont pas été ratifiées et dont l'une (l'ordonnance du 25 mars 2020 dérogeant à l'article R. 119 du code pour fixer un nouveau délai de recours contentieux) intervient dans le domaine réglementaire, que vous êtes saisis.

1. La première question est celle de votre compétence pour connaître en premier et dernier ressort de ces conclusions d'excès de pouvoir. Elle est déjà réglée, en l'état de votre jurisprudence.

Vous avez en effet récemment confirmé votre compétence pour statuer sur les recours pour excès de pouvoir formés contre des ordonnances non ratifiées dont le délai d'habilitation est expiré : CE, 1^{er} juillet 2020, *Conseil national de l'Ordre des architectes*, n° 429132, aux tables sur ce point ; CE, 15 juillet 2020, n° 436155, *Polynésie française*, n° 436155, au recueil.

Les deux décisions récentes du Conseil constitutionnel sur la nature des dispositions d'une ordonnance relevant matériellement domaine de la loi, en particulier de la seconde de ces deux décisions, (décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, précisée par la décision n° 202-851/852 QPC du 3 juillet 2020, points 7 à 11), qui qualifient de législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution ces dispositions dès l'expiration du délai de l'habilitation, n'impliquent pas que le Conseil d'Etat soit privé de sa compétence pour connaître, par voie d'action, de recours contre des ordonnances intervenues dans le domaine de la loi dont le délai d'habilitation est expiré et qui n'ont pas été ratifiées, telles que l'ordonnance du 1^{er} avril 2020 dérogeant à l'article L. 68.

2. La deuxième question est celle d'un éventuel non-lieu, dont votre deuxième chambre a pris la précaution d'informer préalablement les parties.

Nous devons reconnaître qu'il n'est pas habituel de vous poser cette question lorsque sont contestées des dispositions du code électoral organisant, de façon permanente, les modalités d'un scrutin ou de sa contestation, toujours susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir ou d'une demande d'abrogation dont le rejet est lui-même susceptible de recours. Si elle se pose ici, c'est uniquement parce que les dispositions attaquées, qui ne sont d'ailleurs pas

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

codifiées, ont été édictées pour les nécessités d'un scrutin en particulier lequel, à la date à laquelle vous statuez, a déjà eu lieu.

L'équilibre de votre jurisprudence sur les actes détachables préliminaires à un scrutin est le suivant : la contrepartie de leur justiciabilité propre, en amont de la tenue des opérations électorales afin de purger d'éventuelles illégalités en temps utile, dans le cadre le cas échéant de procédures en référés, est la perte d'objet du litige une fois celui-ci passé, la seule possibilité pour se saisir de leurs effets irréguliers étant la contestation des résultats des opérations électorales eux-mêmes.

Cette jurisprudence ne trouve pas à s'appliquer ici.

D'une part, les dispositions attaquées, qui ont été exécutées, n'ont pas épuisé tous leurs effets à la date du scrutin, à la différence, par exemple, de la mise en œuvre de la décision portant convocation des électeurs ou enregistrant les candidatures ; leur objet est même de s'appliquer à la période post-scrutin, puisqu'elles encadrent la capacité des candidats à formuler des griefs adossés à des irrégularités dans les listes d'émargement, griefs qui sont actuellement pendants devant les tribunaux administratifs. Si une date devait être retenue à partir de laquelle on pourrait considérer qu'elles ont entièrement produit leurs effets, cette date ne serait pas celle du scrutin mais celle correspondant au jour où toutes les protestations formées contre les élections acquises dès le premier tour auront été définitivement jugées.

D'autre part, et en tout état de cause, les dispositions attaquées ne s'incorporent pas au scrutin une fois celui-ci passé¹. Elles ont la nature de règles générales et permanentes et ne peuvent de ce fait être regardées comme des actes préliminaires à celui-ci.

3. La troisième et dernière question posée par cette requête est celle de votre contrôle sur la durée du délai imparti par les dispositions attaquées.

Compte tenu de l'imprécision des écritures, qui se bornent à alléguer, d'une phrase, une atteinte « *au principe général du droit d'effectivité de l'exercice des droits civiques* », sans référence à aucun texte ni à aucun précédent, nous considérons que vous avez la liberté d'exercer votre contrôle en vous intéressant uniquement à la substance du droit invoqué, sans faire de distinction selon la nature – législative ou réglementaire – des dispositions contestées², ni à la place dans la hiérarchie des normes des règles susceptibles de protéger le droit au recours effectif en vue de garantir la sincérité du scrutin. Cette dernière – certes – a reçu une onction constitutionnelle par son rattachement exprès à l'article 3 de la Constitution³ et son inclusion dans le champ des droits ou libertés garantis par la Constitution⁴, mais constitue de

¹ Cette dernière affirmation vaut aussi pour la consultation des listes d'émargement par les candidats entre les deux tours, à des fins de ciblage de la campagne d'entre-deux tours sur les abstentionnistes, quoique que plus proche des opérations électorales elles-mêmes. Mais ce n'est pas sur ce point que porte le recours.

² La dérogation à l'article R. 119 du code électoral prévue par le 3° du II de l'article 15 de l'ordonnance du 25 mars 2020 n'est pas de nature législative.

³ Décision n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018, loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

⁴ Décision n° 2020-849 QPC du 17 juin 2020, modification du calendrier des élections municipales.

longue date un principe général cardinal du droit administratif électoral, à la croisée du principe d'égalité devant le scrutin et du principe de liberté de l'exercice du vote⁵.

La question de savoir si est invoqué un principe général du droit, opposable à un acte administratif mais pas à la loi, un droit ou une liberté garanti par l'article 61 de la Déclaration de 1789, dans la sphère de compétence du Conseil constitutionnel, y compris – semble-t-il – lorsque sa méconnaissance est invoquée contre une ordonnance non ratifiée dont le délai d'habilitation est expiré, ou un droit protégé par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses protocoles additionnels, au respect duquel il vous revient seul de veiller, nous paraît, du point de vue du justiciable, assez secondaire, dès lors que ce droit est en substance protégé dans les mêmes termes dans ces trois giron normatifs.

N'y voyez pas un désintérêt de notre part sur la question brûlante du partage des rôles entre le Conseil constitutionnel et vous-mêmes s'agissant du contrôle de légalité des ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution dont le délai d'habilitation est expiré, partage dont les termes ont été unilatéralement rebattus par le Conseil constitutionnel, dans un contexte d'état d'urgence sanitaire ayant accentué l'hypertrophie du recours aux ordonnances de l'article 38.

Le raisonnement en termes d'équivalence des protections, sous-jacent dans cette affirmation, ne vous est pas étranger. Vous l'avez par exemple pratiqué pour articuler le contrôle des actes réglementaires assurant directement la transposition de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive communautaire, au regard de principes et dispositions à valeur constitutionnelle⁶ ou au regard des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁷. Mais on pourrait craindre que le Conseil constitutionnel ait, par sa décision du 2 octobre 2020 (n° 2020-858/859 QPC, conditions d'incarcération des détenus), entendu prendre une certaine distance avec cette façon de raisonner.

Ce n'est pas le présent recours, articulé autour d'un unique moyen étayé de façon imprécise, qui dénouera ces débats.

C'est pourquoi nous nous bornerons modestement à vous proposer, comme vous en avez la libérale habitude, de donner une portée utile à des écritures d'excès de pouvoir présentées en premier et dernier ressort devant vous, sans ministère d'avocat, sans renvoyer le requérant au fait que s'il entend soulever la méconnaissance d'un principe de valeur constitutionnelle, il lui appartenait de le faire dans un mémoire distinct, (dès lors que la disposition contestée intervient bien dans le domaine de la loi – ce qui est le cas de la dérogation à L. 68 – et que le principe invoqué est au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit au sens de

⁵ Richard Ghevontian, « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 13 (Dossier : La sincérité du scrutin) - janvier 2003

⁶ CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110, p. 55.

⁷ CE Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres et Conseil des barreaux européens*, n°s 296845 et 296907, p. 129.

l'article 61 de la Constitution), ni à la circonstance qu'il n'a pas formellement invoqué l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ni l'article 3 de son protocole additionnel du 20 mars 1952⁸.

Non considérons en effet que le « *principe général du droit d'effectivité de l'exercice des droits civiques* » dont parle le requérant existe bien, quoique pas sous cette dénomination, et – c'est le sens de votre jurisprudence (v. CE, 4 novembre 1996, *Association de défense des sociétés de courses des hippodromes de province*, n° 177162, p. 427) – qu'il est opposable à une ordonnance de l'article 38, pour autant que l'habilitation n'autorise pas expressément le pouvoir réglementaire à y déroger. Ce principe n'est rien d'autre en effet que la rencontre du principe général du droit au recours avec les principes d'égalité et de liberté en matière électorale (égalité devant le scrutin et liberté du vote), qui ont tous – nous voyons pas comment on pourrait soutenir le contraire – ont valeur de principes généraux du droit.

Si vous acceptez de procéder à ce contrôle, vous constaterez que le délai issu de la combinaison des deux dispositions attaquées ne porte pas atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif en vue de garantir la sincérité du scrutin.

La nouvelle possibilité de consultation organisée par les dispositions contestées afin de mettre en mesure les électeurs entendant contester les résultats des élections acquises dès le premier tour s'ajoute à la période prévue par l'article L. 68, très largement amputée en pratique par l'interdiction de tout déplacement hors du domicile à compter du 17 mars 2020 à midi, soit le surlendemain de l'élection, décidée par le Premier ministre⁹. Sa durée a été de sept jours : du lundi 18 mai 2020, date d'entrée en fonction des conseillers municipaux et communautaires élus dans les communes où le conseil a été entièrement renouvelé dès le premier tour, au lundi 25 mai 2020 dix-huit heures, l'expiration du délai de recours le samedi 23 conduisant à sa prorogation au premier jour ouvrable suivant en vertu de l'article 642 du code de procédure civile, conformément à ce que vous avez jugé par votre décision du 15 juillet 2020, *Élections municipales et communautaires de Saint-Sulpice-sur-Risle* n° 440055, à publier au recueil.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs relevé, dans sa décision n° 2020-849 QPC du 17 juin 2020 (point 28) relative à la modification du calendrier des élections municipales, que l'institution de ce nouveau délai, afin de préserver les possibilités de contester les résultats du premier tour en dépit de la suspension du scrutin, était au nombre des éléments permettant de considérer que le report du second tour des élections au plus tard en juin 2020 ne méconnaissait ni le droit de suffrage, ni le principe de sincérité du scrutin, ni celui d'égalité devant le suffrage, ni les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

⁸ « Article 3 – Droit à des élections libres. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. »

⁹ Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 ; décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

Mais indépendamment même des circonstances particulières du scrutin 2020, ce délai de 8 jours et demi (1 jour et demi + 7 jours, contre 10 en temps normal) ne nous paraît pas porter atteinte au droit à un recours effectif et ne méconnaît aucune règle ni aucun principe. Sa relative brièveté doit être mise en balance avec l'objectif d'intérêt général consistant à apurer aussi vite que possible, pour la sérénité de la vie démocratique, les éventuelles contestations des opérations électorales, objectif qui justifie d'ailleurs tous les délais dérogatoires qui s'imposent dans cette matière, pour saisir le juge comme pour statuer une fois celui-ci saisi.

Ce que vous jugerez sous l'empire des textes spécialement pris pour l'élection 2020 nous paraît transposable au droit commun, puisque le délai de consultation habituel des listes d'émargement en vue de l'exercice d'un recours contentieux n'est, en pratique, guère plus long.

En effet, si en temps normal l'article L. 68 du code électoral impartit dix jours aux électeurs requérants à compter des élections pour se faire communiquer les listes d'émargement jointes aux procès-verbaux des opérations électorales, le délai de recours contentieux, fixé à l'article R. 119 du code, n'est que de cinq jours. Si, en temps habituel, l'électeur requérant dispose de cinq jours supplémentaires après l'expiration du délai de recours pour étayer un grief tiré des irrégularités des émargements, cette faculté est encadrée. Vous jugez en effet que le grief relatif aux irrégularités d'émargement dans un bureau de vote constitue un grief en tant que tel et il n'est plus possible, après l'expiration du délai de protestation, de l'invoquer à propos d'émargements dans un bureau de vote qui n'aurait pas été mis en cause pour ce grief dans la protestation : CE, 19 juin 2009, *Elections cantonales d'Argenteuil-Est (Val d'Oise)*, n° 322426, T. p. 772 ; CE Ass., 17 octobre 2003, *Consultation des électeurs de Corse*, n° 258487, p. 428.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.