



Réponse du Conseil d'Etat à un instrument parlementaire

Motion Defferrard Francine / Kubski Grégoire

2020-GC-20

Pour un recomptage automatique des bulletins lors des votations et des élections cantonales et communales à scrutin majoritaire lorsque la différence est inférieure à 0.3 %

I. Résumé de la motion

Par motion déposée et développée le 6 février 2020, se référant notamment au blocage du système cantonal de gestion des élections et des votations survenu lors d'élections simultanées aux niveaux fédéral et communal en date du 10 novembre 2019, les députés Francine Defferrard et Grégoire Kubski, appuyés de 38 cosignataires, demandent que la loi sur l'exercice des droits politiques (LEDP) soit modifiée et complétée afin d'introduire un recomptage automatique des bulletins en cas de résultat « très serré », même en l'absence d'indices d'irrégularités.

Le motif de leur intervention réside dans l'ATF 136 II 132, par lequel le Tribunal fédéral avait relevé que les citoyennes et citoyens ont dans certaines conditions, en particulier en cas de résultats très serrés, le droit de demander le recomptage des bulletins, même en l'absence d'indices probants suggérant une irrégularité, et ceci même si aucune base légale ne le prévoit expressément. Les motionnaires précisent encore, à l'appui de leur demande, que dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral avait recommandé au législateur de concrétiser la notion de « résultats très serrés ».

S'agissant plus précisément de la notion de « résultats très serrés », se référant à la jurisprudence fédérale et à des exemples d'autres cantons (cantons de Zoug, Schaffhouse et des Grisons), les motionnaires proposent la fixation d'un seuil de 0,3 %. Ce seuil serait adapté, selon eux, car pour le deuxième tour du 10 novembre 2019, la différence de 138 voix entre la candidate élue et le candidat non élu représentait 0,137 % des voix exprimées (soit 138/100 492). Dès lors selon eux, si Fribourg avait eu un seuil similaire à celui des cantons de Zoug, Schaffhouse ou des Grisons, il y aurait eu un recomptage automatique à l'occasion du deuxième tour du 10 novembre 2019 au Conseil des Etats. Ils relèvent par ailleurs que dans les réponses et rapports ultérieurs de la Chancellerie d'Etat et du Conseil d'Etat, ces autorités avaient elles-mêmes parlé, s'agissant desdits résultats, de « résultats très serrés ».

Ils soulignent encore que certains cantons prévoient un recomptage s'il existe des indications concrètes d'irrégularités ou des motifs sérieux de remettre en cause l'élection ou la votation, cela comme seul motif ou comme motif supplémentaire de recomptage. Ils précisent toutefois que d'autres cantons, à l'instar de Fribourg, Vaud et Genève, n'indiquent dans leur législation aucun motif de recomptage des bulletins.

De ce fait, ils demandent au Conseil d'Etat de donner suite à la recommandation formulée par le Tribunal fédéral dans son ATF 136 II 132 et de prévoir dans la LEDP un recomptage automatique des bulletins lors des votations et des élections cantonales et communales à scrutin majoritaire lorsque la différence est inférieure à 0.3 %.

II. Réponse du Conseil d'Etat

L'article 34 al. 2 de la Constitution fédérale garantit qu'aucun résultat de votation ou d'élection ne soit reconnu s'il ne traduit pas de façon fidèle et sûre l'expression de la libre volonté des électeurs. Selon le Tribunal fédéral, cette garantie exige notamment que les résultats d'élections et de votations soient déterminés avec soin et dans le respect des règles édictées, que les contestations, celles-ci entraînant le cas échéant un recomptage ou l'annulation du scrutin, soient examinées conformément au droit de procédure pertinent, et qu'un résultat correctement établi soit effectivement reconnu (ATF 131 I 442 c. 3.1 ; JdT 2006 I 602).

C'est notamment sur la base des principes précités que, comme le relèvent les motionnaires, le Tribunal fédéral avait décidé dans son ATF 136 II 132 du 1^{er} octobre 2009, qui avait pour objet un scrutin fédéral, que « l'électeur a le droit de recourir et d'exiger un recomptage des voix lorsque l'écart des oui et des non, pour la Suisse entière, se situe dans la marge d'erreur ordinairement rencontrée lors d'un dépouillement ». Dans ce même ATF, le Tribunal fédéral avait aussi, comme le rappellent les motionnaires, relevé qu'il appartiendra au législateur de déterminer si la question du recomptage doit être réglée de manière spécifique, comme de nombreux cantons l'ont fait avec des solutions diverses. Selon le Tribunal fédéral, « les conditions du recomptage peuvent être circonscrites avec des mots (par exemple : résultat « très » ou « extrêmement » serré), ce qui laisse un certain pouvoir d'appréciation aux autorités compétentes ; le recomptage peut aussi dépendre d'un pourcentage inférieur à un seuil déterminé, dans l'écart entre les oui et les non, ce qui comporte inévitablement une part d'arbitraire ».

Nous relevons toutefois que cette jurisprudence a été abandonnée dans un ATF subséquent, daté du 19 août 2015 (ATF 141 II 297 ; cf. considérant 5.5.4) :

- > Ainsi à l'heure actuelle, selon l'ATF 141 II 297 qui traitait à l'instar de l'ATF 136 II 132 d'un scrutin fédéral, « une obligation de recomptage des résultats de votations et d'élections serrés ne découle directement de l'art. 34 al. 2 Cst. que dans des cas bien particuliers dans lesquels le citoyen est en mesure de faire valoir des indices concrets d'un comptage erroné ou d'un comportement contraire à la loi de l'organe compétent. Compte tenu de la volonté du législateur, il faut désormais aussi comprendre l'art. 77 al. 1 let. b LDP en ce sens qu'un droit général et impératif au recomptage d'un résultat très serré dans le cadre d'une votation fédérale n'existe que lorsque, en sus, des indices sérieux indiquent que le décompte n'a pas été effectué correctement ».
- > Dans l'ATF 136 II 132 sur lequel s'appuient les motionnaires, le TF avait effectivement invité le législateur à régler dans quelles conditions un résultat serré doit être recompté. Ce même Tribunal a toutefois souligné, dans son ATF 141 II 297, subséquent, que dans le cadre de la révision partielle de la loi fédérale sur les droits politiques du 26 septembre 2014, l'Assemblée fédérale avait décidé qu'un résultat très serré n'entraîne un recomptage que si des irrégularités ont été rendues vraisemblables, propres à influencer notablement le résultat global par leur nature et leur importance (cf. art. 13 al. 3 de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques) ».

Il ressort en outre du Message du Conseil fédéral et des débats parlementaires, rappelés aussi par le Tribunal fédéral, que l'art. 13 al. 3 LDP n'introduit fondamentalement rien de nouveau, mais vise à rétablir *la volonté historique du législateur, lequel ne voulait pas exiger de recomptage si aucune irrégularité spécifique n'est rendue vraisemblable, et voulait rétablir la pratique antérieure relative aux recomptages* (Message du 29 novembre 2013 relatif à la modification de la loi fédérale sur les droits politiques, FF 2013 8255, ch. 1.2.3 p. 8277 et ch. 1.4.2 p. 8290 ; BO 2014 N pp. 431 ss; BO 2014 E pp. 468 ss).

- > S'agissant de l'utilité même d'un recomptage en l'absence d'indices d'irrégularités, le Tribunal fédéral a aussi souligné dans son revirement la pertinence des remarques de la Chancellerie fédérale selon laquelle des erreurs peuvent survenir dans tout dépouillement, soit aussi lors d'un recomptage. Il a ajouté qu'il est certes possible que la marge d'erreur soit tendanciellement plus importante lors d'un premier dépouillement que lors d'un recomptage ; cela n'est toutefois pas certain selon lui, et cela n'est pas non plus vérifiable dans un cas concret, sinon, au minimum, moyennant des recomptages supplémentaires. Selon le Tribunal fédéral, un recomptage unique n'offre en tous cas pas la garantie absolue d'un résultat exact.

Nonobstant la nouvelle jurisprudence, le Conseil d'Etat aurait encore la possibilité de suivre les motionnaires en proposant, pour les votations et élections cantonales et communales, un droit au recomptage plus étendu que celui garanti par l'art. 34 al. 2 Cst. Cela reviendrait à introduire le recomptage automatique lors de résultats « très serrés », même en l'absence d'indices d'irrégularités.

S'il estime opportun, comme les motionnaires, de se fonder sur la pratique et les recommandations du Tribunal fédéral, le Conseil d'Etat estime tout de même préférable de se référer aux derniers développements jurisprudentiels et légaux en la matière. Ainsi, dès lors qu'au surplus les arguments soulevés par le Tribunal fédéral à l'appui de son revirement de jurisprudence emportent l'adhésion du Conseil d'Etat, il proposera le rejet de la motion.

S'agissant d'un éventuel recomptage, une telle obligation peut être directement déduite de l'art. 34 Cst. Il n'est de ce fait pas indispensable de prévoir une disposition expresse à ce sujet dans la LEDP, raison pour laquelle elle n'en connaît actuellement pas. Toutefois, afin d'éviter à l'avenir toute insécurité juridique à ce sujet et de garantir l'exercice transparent de ce droit, le Conseil d'Etat proposera prochainement une adaptation de la LEDP allant dans un sens similaire à celui de l'art. 13 al. 3 LDP qui a la teneur suivante : « *Un résultat très serré n'impose le recomptage des voix que s'il a été rendu vraisemblable que des irrégularités se sont produites et que leur nature et leur ampleur ont pu influencer notablement le résultat à l'échelon fédéral* ».

Il examinera dans le même temps s'il s'avère nécessaire de déterminer dans le règlement d'exécution de la loi sur l'exercice des droits politiques (REDP) la notion de « résultat très serré », auquel cas il pourrait éventuellement se référer à la proposition des motionnaires, et désignera les autorités habilitées à ordonner un tel recomptage.

Proposition

Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat propose de rejeter la motion.

28 avril 2020