

3. Appréciation critique

Trois critiques peuvent être formulées face à cette nouvelle jurisprudence. D'abord, le raisonnement exposé à l'**ATF 136 II 132** repose sur deux présomptions de fait dont le bien-fondé peut facilement être remis en question (a). Ensuite, le recomptage automatique est peu compatible avec le principe de la proportionnalité (b). Enfin, les difficultés pratiques de la mise en œuvre d'une telle jurisprudence ne doivent pas être sous-estimées (c).

a) De la faiblesse des présomptions de fait

Mode de raisonnement juridique, la présomption est, par définition, l'opération qui consiste à conclure d'un fait facile à établir (*factum probans*) l'existence d'un autre fait difficile ou impossible à établir (*factum probandum*). En l'occurrence, s'agissant de la première présomption, peut-on présumer qu'un résultat serré (*factum probans*) résulte d'une erreur dans le décompte des voix influençant l'issue du scrutin (*factum probandum*)? Deux arguments s'inscrivent en défaveur de cette présomption. D'une part, lors d'un scrutin serré, l'erreur intrinsèque à tout décompte de voix peut certes avoir conduit à modifier le résultat du scrutin, mais elle peut également avoir fait apparaître un résultat plus serré qu'il ne l'est en réalité. Il n'est pas contraire au système démocratique qu'un résultat de votation ou d'élection soit validé avec une très faible majorité. Mathématiquement, la majorité reste la majorité, aussi ténue soit-elle. Elle ne doit pas être remise en question de manière systématique en raison d'un petit écart des voix. D'autre part, les erreurs dans la constatation du résultat peuvent aussi provenir de sources autres que le décompte des voix. Il peut en effet s'agir d'erreurs dans le registre des électeurs, de violation du secret de vote ou autre²⁷. Un recomptage ne guérit pas ces erreurs.

Quant à la seconde présomption de fait, elle présume qu'un recomptage (*factum probans*) permet d'aboutir à un résultat plus fiable (*factum probandum*). Elle pose également problème. En effet, s'il est vrai que les conditions dans lesquelles s'organise le recomptage sont différentes de celles du décompte initial, notamment en raison de la pression du temps moins forte – mais pas inexistante –, l'expérience démontre que les recomptages ne conduisent pratiquement jamais au même résultat²⁸. Du point de vue des statistiques et des probabilités, il a été démontré que le recomptage n'apporte pas le résultat «exact», car aucune élimination complète des fautes ne peut être admise. Une erreur peut également être commise lors du recomptage. Il ne sera jamais

²⁷ Cf. Georg Lutz/Reto Feller/Markus Müller, op.cit., p. 1525 s.

²⁸ Cf. ATF 131 I 442 consid. 3.6; ATF 101 Ia 238; au sujet de la votation du 18 mai 2003 sur la nouvelle Constitution du canton des Grisons, cf. Bernhard Maag, op. cit., p. 65, n. 144; Georg Lutz/Reto Feller/Markus Müller, op.cit., p. 1531.

possible de dire avec quelle probabilité un résultat est exact. L'incertitude des résultats serrés ne peut donc pas être atténuée par un recomptage (cf. modèle statistique établi par Georg Lutz/Reto Feller/Markus Müller, op. cit., p. 1532 s.). Une certaine insécurité lors du décompte des voix est ainsi inhérente à la procédure démocratique d'élections ou de votations et, jusqu'à un certain point, elle doit être admise, ainsi que le relevait la jurisprudence antérieure au 1^{er} octobre 2009.

Il s'ensuit que le recomptage automatique n'a pas nécessairement pour conséquence d'accroître la confiance des citoyens dans le système démocratique. Instaurer un recomptage automatique revient à conforter l'idée que le système de dépouillement n'est pas sûr. Se pose en outre la question du nombre de recomptages qu'il faut prévoir. La confiance des citoyens dans le système démocratique est ébranlée si, à chaque recomptage, le résultat est différent.

D'ailleurs, la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) ne prévoit pas systématiquement de recomptage, mais laisse au hasard le soin de résoudre certaines questions: l'art. 41 al. 1 let. f LDP prévoit en effet que «si plusieurs candidats se trouvent dans cette situation, c'est le sort qui décide». De même, à teneur de l'art. 43 al. 3 LDP, «en cas d'égalité des suffrages, le sort détermine le rang».

b) De la non-conformité d'un recomptage automatique au principe de la proportionnalité

Le principe de la proportionnalité exige notamment que la mesure en question soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude)²⁹. Or, il est douteux que le recomptage soit apte à produire le résultat attendu puisqu'il n'est lui-même pas exempt d'erreur; le recomptage fait miroiter une précision, qui ne peut pas être atteinte, en raison des différentes erreurs possibles dans les phases successives d'un vote ou d'une élection. De surcroît, on peut également douter de l'aptitude d'une telle mesure, dès lors que la confiance des citoyens dans le résultat du scrutin n'est pas nécessairement accrue par un recomptage. Enfin, dans la pesée des intérêts en cause, il faut prendre en compte les coûts et le retard qu'engendrerait un recomptage automatique au niveau de toute la Suisse. La portée n'est évidemment pas la même qu'en cas de recomptage d'un vote dans un parlement ou d'un vote au sein d'une assemblée communale.

²⁹ ATF 137 I 167 consid. 3.6.

c) Des difficultés pratiques de la mise en place d'un recomptage automatique

La première difficulté réside dans la définition des *valeurs-seuils*, à partir desquelles on peut parler de «résultat très serré». A partir de quel pourcentage d'écart de voix le résultat de la votation ou de l'élection doit-il être considéré comme très serré? La valeur-seuil doit-elle être la même pour les votations et les élections? Comme il est établi que les résultats serrés sont plus fréquents lors d'élections que lors de votations, et lors d'élections à la proportionnelle que lors d'élections à la majoritaire³⁰, ne conviendrait-il pas de distinguer les votations des élections à la majoritaire et encore des élections à la proportionnelle, ainsi que l'a fait le canton de Zurich³¹? En effet, les risques d'erreur apparaissent moindres lors de votations appelant une réponse claire par oui ou par non que lors d'élections selon le système proportionnel, avec listes et possibilité de cumuler ou de panacher (des noms écrits de façon insuffisamment claire pourraient ne pas être traités de la même façon³²). D'ailleurs, par arrêt du 23 novembre 2011, le Tribunal fédéral a considéré que la jurisprudence établie par l'ATF 136 II 132 n'est pas applicable à l'élection au Conseil national selon le système proportionnel, en raison du fait que cette élection, caractérisée par l'urgence, est réglée de manière précise dans la LDP³³.

Il ne faut ensuite pas sous-estimer les difficultés liées au recomptage des votes électroniques. D'une manière générale, les pannes techniques et les sources d'erreurs sont plus difficiles à détecter avec le vote électronique qu'avec les méthodes de vote traditionnelles, et le contrôle public du recomptage est rendu plus compliqué³⁴.

Enfin, le recomptage doit être ordonné rapidement, afin d'éviter que des bulletins de vote ne soient détruits dans l'intervalle³⁵. Or, l'entrée en force de la mesure de recomptage peut être freinée par le dépôt de recours à son encontre ou au contraire elle peut survenir suite à l'admission d'un recours. Ainsi, en juin 2011, le Tribunal administratif du canton de Berne avait ordonné le recomptage de la votation populaire cantonale portant sur la révision partielle de la loi sur l'imposition des véhicules routiers qui avait eu lieu en février 2011. Or, dans les quelques mois qui se sont écoulés entre la votation

³⁰ Georg Lutz/Reto Feller/Markus Müller, op. cit., p. 1529.

³¹ Cf. supra note de bas de page 7: le canton de Zurich a proposé un seuil de 0,3 % pour les votations et de 0,8 % pour les élections.

³² Cf. ATF 98 Ia 73, consid. 4; arrêt 1P.363/1994 du 15 décembre 1994, consid. 3d.

³³ ATF 138 II 5, consid. 2 et 3.

³⁴ Voir deux rapports: Rapport du Conseil fédéral sur les projets pilotes en matière de vote électronique du 31 mai 2006, in: FF 2006 p. 5205, 5219; Le vote électronique dans sa phase pilote, Rapport intermédiaire du 18 août 2004 p. 20 s., disponible sous: <http://www.bk.admin.ch/themen/pore/evoting/06552/index.html?lang> (consulté le 15 octobre 2012).

³⁵ Dans ce sens, Pierre Tschannen, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010 und 2011, in: ZBJV 2011 p. 808.

et l'arrêt ordonnant le recomptage, 29 communes avaient détruit leurs bulletins de vote. Un recomptage en bonne et due forme n'étant plus possible, le Tribunal fédéral a confirmé la répétition de la votation³⁶.

C'est le lieu de distinguer le recomptage de la répétition d'une votation. *La répétition d'une votation* conduit à une nouvelle votation qui se déroule dans des conditions différentes de la première votation et peut connaître un résultat différent. En effet, certains facteurs changent, notamment la composition du corps électoral et le contexte politique³⁷. Il ne s'agit donc pas de vérifier le résultat établi d'un premier scrutin.

IV. Conclusion

En définitive, tout le problème repose sur la question de savoir si la légitimité du résultat d'un scrutin est accrue par un recomptage automatique. Un tel recomptage peut-il effectivement aboutir à un résultat plus exact et accroître la confiance des électeurs ou au contraire affaiblit-il la crédibilité du processus démocratique? Pour répondre à cette question – qui n'est pas d'ordre juridique –, à l'instar de Georg Lutz/Reto Feller/Markus Müller, nous considérons que la légitimité du processus démocratique est plus renforcée par la croyance en une procédure correcte que par la tentative d'obtenir une certitude quant à l'exactitude du résultat. En d'autres termes, mieux vaut une certitude approximative qu'un doute excessif. L'arrêt *Bush v. Gore*, rendu par la Cour suprême des Etats-Unis le 12 décembre 2000 au sujet de l'élection présidentielle de l'année 2000 illustre d'ailleurs les difficultés susceptibles d'apparaître lors d'un recomptage.

Avant de conclure, il convient toutefois de relever la faible portée pratique de ce débat. En effet, sur les 581 votations fédérales qui ont eu lieu entre 1848 et 2012, seules deux votations ont généré un résultat entre 49,9 % et 50,1 %. Il s'agit, en novembre 2002, de l'initiative populaire fédérale «Contre les abus dans le droit d'asile» qui a été rejetée par 50,1 % des voix et en mai 2009 de l'arrêté fédéral relatif aux passeports biométriques et aux documents de voyage qui a été adopté par 50,1 % des suffrages. Dix votations ont produit un résultat entre 49,5 % et 50,5 % et treize votations ont engendré un résultat entre 49 % et 51 %³⁸.

³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_418/2011 du 25 avril 2012, destiné à la publication.

³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_418/2011 du 25 avril 2012, consid. 3.5.

³⁸ Statistiques élaborées par l'auteur sur la base des données disponibles sur le site de l'administration fédérale: http://www.admin.ch/ch/f/pore/va/vab_2_2_4_6.html (consulté le 15 octobre 2012).