



COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

COMMENTAIRE

Art. 13 LDP

Un commentaire de Pascal Mahon

Edité par Andreas Glaser / Nadja Braun Binder / Corsin Bisaz / Bénédicte Tornay
Schaller

État du traitement : 03.11.2023

PDF créé le : 06.10.2026

DOI: 10.17176/20231103-131623-0

PROPOSITION DE CITATION

Pascal Mahon, Kommentierung zu Art. 13 BPR, in: Andreas Glaser/Nadja Braun Binder/Corsin Bisaz/Bénédicte Tornay Schaller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte

Citation abrégée: OK-Mahon, N. XXX zu Art. 13 BPR.

Art. 13 Constatation du résultat de la votation

¹ Les bulletins blancs et les bulletins nuls ne sont pas pris en considération pour la constatation du résultat de la votation.

² Si un objet recueille un nombre égal de oui et de non dans un canton, celui-ci est considéré avoir rejeté cet objet.

³ 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.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique, systématique et importance de la disposition	3
II. Commentaire	5
A. Alinéa 1er : le sort des bulletins blancs et des bulletins nuls	5
1. La signification de la règle	5
2. Excursus : la question de la prise en compte du « vote blanc »	6
B. Alinéa 2 : le cas de figure de l'égalité des « oui » et des « non » dans un canton	8
C. Alinéa 3 : la question du recomptage.....	9
Bibliographie	14

I. HISTORIQUE, SYSTÉMATIQUE ET IMPORTANCE DE LA DISPOSITION

- 1 Comme l'indique son intitulé, qui est pratiquement semblable dans les trois versions linguistiques, l'art. 13 traite de la constatation des résultats des votations (fédérales), en ce sens qu'il fixe quelques règles relatives à la détermination de ce résultat¹. A l'instar des autres dispositions du titre 2, l'art. 13 ne s'applique – ainsi qu'on l'a déjà relevé² – qu'aux *votations* (fédérales), et non aux élections. La détermination et la constatation des résultats des élections sont régies par d'autres dispositions de la loi³.
- 2 La disposition existait déjà, en partie, en ce sens qu'elle était beaucoup plus brève, dans la version d'origine de la loi, en 1976⁴, où elle ne comportait qu'un seul alinéa, pratiquement identique à l'alinéa 1^{er} actuel⁵, alinéa unique qui traitait des bulletins blancs et des bulletins nuls et qui avait été repris sans aucun changement des propositions du Conseil fédéral⁶.
- 3 L'alinéa 2, qui traite du cas de figure de l'égalité des « oui » et des « non » dans un canton, lors d'une votation fédérale, n'a été introduit qu'une vingtaine d'années plus tard, par une révision partielle de la loi sur les droits politiques, adoptée le 21 juin 1996 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997⁷. Les Chambres ont intégralement repris à cet égard, et sans discussion⁸, les propositions du Conseil fédéral⁹.
- 4 Quant à l'actuel alinéa 3, qui régit la question du recomptage des voix en cas de résultat serré, il a été introduit encore une vingtaine d'années plus tard, par une révision partielle de la loi qui avait pour objet principal d'adapter la législation relative à l'élection du Conseil national, mais qui comportait aussi quelques autres modifications. Cette révision a été adoptée le 26 septembre 2014 et est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2015¹⁰. Les Chambres ont là encore repris, sans changement, mais non sans discussions¹¹, la proposition de nouvel alinéa 3 du Conseil fédéral¹².
- 5 Le texte de l'art. 13 n'a pas subi d'autre modification. S'agissant de sa structure, la disposition se compose donc de trois alinéas. Le premier traite du sort des bulletins blancs et des bulletins nuls, le

1. En ce sens, l'intitulé de la version italienne (*Determinazione del risultato*) est peut-être un peu plus précis que ceux des versions allemande et française (*Feststellung* et *Constatation*), dans la mesure où la constatation du résultat fait en réalité l'objet aussi bien des articles 14 et 15 que de l'art. 13 LDP, lequel pose des règles concernant la *détermination* du résultat, notamment l'établissement de la majorité déterminante. Du reste, le texte allemand d'origine ne parlait pas de « *Feststellung* », mais bien de « *Ermittlung des Abstimmungsergebnisses* » (AS 1978 688, 691) ; il a été changé (malheureusement) lors de la révision du 21.6.1996 (cf. note 5 ci-dessous), qui ajoutait un second alinéa, sur proposition du Conseil fédéral, mais sans aucune explication (voir la version allemande du texte, AS 1997 753, et du *Message* 1993, BBl 1993 III 445, 474) et sans que le texte de l'alinéa 1^{er}, qui parle toujours de « *Ermittlung* », n'ait changé.

2. Voir à ce sujet le commentaire de l'art. 10, N 1 à 3, ainsi que des art. 10a, N 1, et 12, N 1.

3. Voir notamment l'art. 52 LDP.

4. Pour le texte d'origine, RO 1978 688, 691.

5. Le texte d'origine avait la teneur suivante : « Les bulletins blancs et les bulletins nuls n'entrent pas en considération pour la constatation du résultat de la votation » (en allemand : « Für die Ermittlung des Abstimmungsergebnisses fallen die leeren und ungültigen Stimmzettel ausser Betracht », AS 1978 688, 691). Ce texte a été très légèrement modifié, uniquement dans sa version française, mais de manière exclusivement formelle et sans que l'on comprenne pourquoi, par la révision du 21.6.1996 (RO 1997 753 ; cf., pour le message du Conseil fédéral, *Message* 1993, FF 1993 III 405, 439 et 502).

6. Pour le texte du projet du Conseil fédéral, *Message* 1975, FF 1975 I 1337, 1386.

7. RO 1997 753.

8. Pour les délibérations sur cet objet, cf. BO 1995 CN 441-467, spéc. 447-448 concernant l'art. 13 al. 2 (8.3.1995), ainsi que BO 1996 CE 45-56, spéc. 48 (7.3.1996). Tout au plus, au Conseil national, une proposition Zisyadis, qui concernait toutefois l'alinéa 1^{er} et souhaitait garantir la prise en considération des votes blancs, a-t-elle été retirée après les explications du Chancelier de la Confédération (BO 1995 CN 447, intervention François Couchepin) ; voir à ce propos, ci-dessous dans le texte, N 16, spéc. note 38.

9. Pour celles-ci, *Message* 1993, FF 1993 III 405, 439 et 502.

deuxième de la question d'une éventuelle égalité des « oui » et des « non » dans un canton lors d'une votation fédérale, alors que le troisième pose une règle en matière de recomptage des voix en cas de résultat serré d'une telle votation. On reviendra plus loin, dans le commentaire proprement dit (ch. II), sur chacun de ces alinéas.

- 6 Auparavant, s'agissant de l'importance de la disposition en général, on peut renvoyer à ce qui a déjà été dit dans le commentaire des art. 10, 10a et 11, à savoir que, compte tenu de la signification des votations populaires dans le système constitutionnel et politique suisse, avec la très forte dose de démocratie directe qui le caractérise, les règles qui régissent l'organisation des scrutins sont d'une importance fondamentale¹³. On peut renvoyer aussi à ce qui a été précisé dans le commentaire de l'art. 12. Comme celui-ci, en effet, l'art. 13 doit être rattaché à la dimension de la liberté de vote – garantie par l'art. 34 Cst. – qui concerne le droit à ce qu'aucun résultat de votation « ne soit reconnu s'il n'exprime pas la libre volonté du corps électoral », le droit, en d'autres termes, à l'établissement et à la constatation corrects des résultats ou, plus précisément, pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, un « droit à une exécution régulière du scrutin [...] ainsi que le droit à un décompte exact et précis des voix »¹⁴. Comme on l'a déjà dit à propos de l'art. 12, de ce droit découle une exigence de précision dans la qualification, le tri et le décompte des bulletins de vote, lesquels doivent distinguer soigneusement, et séparer, les bulletins invalides ou nuls, les bulletins blancs et les bulletins valables¹⁵, comme le prescrit du reste aussi l'art. 14 LDP, sur lequel on reviendra.
- 7 Tous les cantons ont ainsi, pour leur domaine, mais sous des formes assez différentes, des dispositions analogues à l'art. 13, qui traitent du sort des bulletins blancs et des bulletins nuls¹⁶, ainsi que, mais plus rarement, du recomptage en cas de résultat serré¹⁷.

11. Le Conseil national a notamment écarté par 119 voix, pour la proposition du Conseil fédéral, contre 61, une proposition de minorité qui souhaitait introduire une autre règle, à savoir la règle selon laquelle un « résultat très serré, soit une différence à l'échelon fédéral de moins de 0,1 pour cent, impose le recomptage des voix dans tous les cantons où la différence est également inférieure à 0,1 pour cent pour autant que la majorité des cantons, si elle est requise, n'est pas déjà atteinte en considérant seulement les cantons qui ont enregistré un résultat final net » (voir BO 2014 CN 428-437, spéc., sur ce point, 431-433 ; 19.3.2014).

12. Pour les propositions gouvernementales, *Message 2013*, FF 2013 8255, 8294 et 8309.

10. Loi fédérale sur les droits politiques (Election du Conseil national), du 26 septembre 2014, RO 2015 543.

13. Voir le commentaire de l'art. 10, N 7-9, de l'art. 10a, N 13 ss et 31, ainsi que de l'art. 11, N 7.

14. Voir à ce sujet le commentaire de l'art. 12, N 6, ainsi que la jurisprudence et la doctrine citée en note de bas de page 12, à savoir : ATF 141 I 221 (*Municipalité d'Aigle*), c. 3.2, p. 225, avec d'autres références, ainsi que Biaggini, Art. 34 Cst. N 16, p. 409 ; Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N 2448, pp. 961-962 ; Mahon, *Droits politiques*, N 69, p. 1533 ; Mahon, *Droit constitutionnel*, N 153, p. 197 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 947-948, pp. 341-342 ; plus largement, sur les exigences en matière de régularité et de dépouillement du scrutin, Dubey, N 5347-5389, pp. 1169-1179 ; cf. aussi, sur l'exigence d'un décompte précis et méthodique des voix, Tornay Schaller, *Droit au recomptage* ?, p. 99.

15. Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N 2450, p. 963.

16. Voir par exemple, pour n'en citer que quelques-unes, les art. 26 al. 3 LDP-BE, du 5.6.2012 (RS/BE 141.1), 71 et 76 LDP-ZH, du 1^{er} septembre 2003 (RS/ZH 161), 57 al. 5 et 6 et 65A LDEP-GE, du 15 octobre 1982 (RS/GE A 5 05), 35 et 37 LDEP-VD, du 5 octobre 2021 (RS/VD 160.01), 99 LDP-JU, du 26 octobre 1978 (RS/JU 161.1 ; disposition spécifique pour les référendums cantonaux, mais qui vaut sans doute aussi pour les autres votations), ainsi que 26 et 27 al. 1 let. c et al. 3 LDP-NE, du 17 octobre 1984 (RS/NE 141).

17. Voir par exemple l'art. 27 LDP-BE, du 5.6.2012 (RS/BE 141.1), qui prévoit le recomptage en cas de résultat très serré (indépendamment d'une irrégularité). Sur ce point, voir le N 30 ci-dessous, dans le texte.

II. COMMENTAIRE

A. Alinéa 1^{er} : le sort des bulletins blancs et des bulletins nuls

1. La signification de la règle

- 8 L'al. 1^{er}, qui date de la version d'origine, de 1976, pose donc la règle selon laquelle les « bulletins blancs et les bulletins nuls ne sont pas pris en considération pour la constatation [ou, mieux : la détermination] du résultat de la votation ». Le message du Conseil fédéral expliquait comme suit la *ratio legis* de cette règle¹⁸ :
- « Une modification de la constitution entre en vigueur quand la majorité des votants et la majorité des cantons ont accepté le projet (art. 123 Cst.). Une loi fédérale ou un arrêté de portée générale est accepté si la majorité des votants s'est prononcée en sa faveur. La majorité déterminante (absolue) se constate sur la base du nombre des bulletins déposés qui sont valables. Les bulletins blancs et les bulletins nuls n'entrent pas en ligne de compte. »
- 9 Exprimée de manière plus précise, la règle de l'art. 13 al. 1 signifie donc que les bulletins nuls et les bulletins blancs ne sont pas pris en compte non pas dans la *constatation* des résultats d'une votation, mais bien dans la *détermination* de ce résultat, c'est-à-dire la détermination de la majorité, qui accepte ou qui rejette, l'objet soumis au vote, seuls étant pris en considération, à cet effet, les bulletins (non nuls) comportant un « oui » ou un « non ».
- 10 Il faut donc soigneusement distinguer deux choses : la comptabilisation des bulletins nuls et des bulletins blancs dans la constatation des résultats d'une votation, bulletins nuls et bulletins blancs qui doivent, comme le prescrit d'ailleurs l'art. 14 al. 1 LDP, faire l'objet, tous les deux, d'un décompte séparé figurant dans le procès-verbal de la votation¹⁹, d'une part ; et, d'autre part, la prise en considération de ces bulletins nuls et de ces bulletins blancs pour la détermination et le calcul de la majorité, qui décide du résultat de la votation, c'est-à-dire de l'acceptation ou du rejet de l'objet soumis au vote. Or, c'est précisément cette prise en considération, et elle seule, que l'art. 13 al. 1 LDP exclut.
- 11 Comme indiqué, cette règle ne vaut que pour les votations (fédérales), et non pour les élections, pour lesquelles existent d'autres règles dans le droit fédéral²⁰.
- 12 Si la règle de la non-prise en considération pour la détermination des résultats d'une votation est assez évidente pour ce qui est des bulletins nuls²¹, elle l'est peut-être moins, *a priori*, en ce qui concerne les bulletins blancs. Du moins est-elle parfois discutée ou combattue, par celles et ceux qui militent pour la prise en compte du « vote blanc », mouvement qui a fait débat en France, notamment en marge de

18. *Message 1975*, FF 1975 I 1337, 1355 (et 1386 pour la disposition correspondante du projet).

19. L'art. 14 al. 1 LDP prescrit en effet que le procès-verbal indique, entre autres, « le nombre des bulletins blancs » ainsi que celui des « bulletins nuls » ; voir le commentaire qui s'y réfère.

20. Pour l'élection du Conseil national dans les cantons où s'applique la proportionnelle, voir l'art. 39 LDP (notamment let. b et g), dont il ressort implicitement que les bulletins (et les suffrages) blancs ne sont pas pris en considération dans la détermination des suffrages pris en compte. Pour les élections qui relèvent de la compétence de l'Assemblée fédérale, en particulier l'élection du Conseil fédéral, voir l'art. 130 al. 3 LParl (loi sur l'Assemblée fédérale [loi sur le Parlement], du 13.12.2002, RS 171.10), qui précise, explicitement, que « [l]es bulletins blancs et les bulletins nuls ne sont pas pris en compte dans le calcul de la majorité absolue ».

21. On voit mal en effet comment ces bulletins pourraient être pris en compte, à moins de supprimer l'idée même de la nullité ou de l'invalidité de certains bulletins.

l'élection présidentielle de 2017²², mais qui a aussi eu un certain écho en Suisse²³, même si le mouvement a semble-t-il perdu quelque peu de son élan. La question mérite donc un bref détour²⁴.

2. Excursus : la question de la prise en compte du « vote blanc »

- 13 Les militantes et militants en faveur de la reconnaissance du vote blanc²⁵, qui peut être conçu à leurs yeux comme un vote de protestation²⁶, sont d'avis que les bulletins blancs devraient être pris en compte dans les résultats des votations et des élections. Or, une telle revendication, sans nuance, appelle plusieurs remarques.
- 14 Tout d'abord, s'il s'agit simplement de comptabiliser les votes ou bulletins blancs et d'en annoncer le nombre avec la proclamation ou la publication des résultats, la revendication n'est pas problématique. En Suisse, elle est déjà généralement concrétisée, comme on l'a vu. En effet, au niveau fédéral, la loi sur les droits politiques prévoit, aussi bien pour les votations que pour l'élection du Conseil national, que le procès-verbal indique « le nombre des bulletins blancs »²⁷, respectivement le « nombre des bulletins [...] blancs » et « le nombre des suffrages blancs »²⁸. Le nombre des bulletins blancs, comme celui des bulletins nuls, est du reste mentionné, par cantons et globalement, dans la publication des résultats des votations, et cela depuis toujours²⁹.
- 15 S'il s'agit en revanche de tenir compte des votes blancs dans l'établissement du résultat lui-même, la revendication n'est que partiellement admissible et susceptible d'être concrétisée : elle l'est sans trop de difficulté dans les élections à la majoritaire à deux tours, où il est tout à fait possible de considérer les votes blancs dans le calcul de la majorité absolue au premier tour, ce qui a pour effet de réhausser cette majorité absolue et de la rendre ainsi plus difficile à atteindre. C'est là un choix politique, que certains cantons ont fait pour l'élection de leur Gouvernement, voire de toutes les élections à la majoritaire à deux tours. C'est le cas, par exemple, du canton de Vaud³⁰ et de celui de Genève³¹. Mais, on l'a vu, ce n'est pas le cas de la Confédération pour l'élection du Conseil fédéral³², même si une telle

22. Élection lors de laquelle, au second tour, M. Emmanuel Macron l'a emporté avec quelque 20,7 millions de voix, contre 10,6 à Mme Marine Le Pen, mais avec environ 12 millions d'abstention, 3 millions de votes blancs et 1 million de votes nuls.

23. Où il a été question du lancement d'initiatives populaires à Neuchâtel et dans le canton de Vaud, notamment, mais aussi au plan fédéral (voir le site <https://voterblanc.ch/>, consulté pour la dernière fois le 19.7.2023).

24. Voir déjà, à ce sujet, Mahon, *Droits politiques*, N 10, p. 1503-1504.

25. Il existe différents mouvements en ce sens, notamment en France (voir par exemple le Parti du Vote Blanc, <https://www.parti-du-vote-blanc.fr/>, consulté pour la dernière fois le 15.7.2023), mais aussi en Suisse (cf. <https://voterblanc.ch/>, consulté pour la dernière fois le 19.7.2023).

26. Voir, par exemple, l'ouvrage de Stéphane Guyot (président fondateur du parti français évoqué à la note précédente), *Je ne suis pas d'accord, Je vote blanc*, Chevilly Larue, 2022. Cf. aussi <https://voterblanc.ch/> (consulté pour la dernière fois le 19.7.2023).

27. Art. 14 al. 1 LDP.

28. Art. 39 let. b et g LDP.

29. Cf. par exemple FF 2023 486, pour les résultats des votations fédérales du 25 septembre 2022, Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 25 septembre 2022 (Initiative populaire « Non à l'élevage intensif en Suisse [initiative sur l'élevage intensif] » ; Arrêté fédéral sur le financement additionnel de l'AVS par le biais d'un relèvement de la TVA ; Modification de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS] [AVS 21] ; Modification de la loi fédérale sur l'impôt anticipé [LIA] [Renforcement du marché des capitaux de tiers]), du 20 février 2023. Plus généralement, cf. BO 1995 CN 447 (intervention François Couchevin, qui précise que cela a toujours été le cas).

30. Voir l'art. 76 al. 2 Cst. VD, qui prescrit que la loi qui règle l'exercice des droits politiques doit prévoir « que les votes blancs, qui font l'objet d'un décompte distinct dans les élections et votations, sont pris en compte dans le calcul de la majorité absolue pour les élections au système majoritaire ». L'art. 50 al. 3 de la (nouvelle) loi sur l'exercice des droits politiques du canton de Vaud [LEDP-VD], du 5 octobre 2021 (RS/VD 160.01) concrétise cette disposition constitutionnelle et prévoit qu'« [e]n cas d'élection selon le système majoritaire à deux tours, les bulletins blancs sont pris en compte pour l'établissement de la majorité absolue au premier tour et de la majorité relative au second tour » (ce qui, à notre avis, pour le second tour, pour le calcul de la majorité relative, ne fait pas de sens).

prise en considération avait été demandée, par la voie d'une motion, par la suite retirée, en 2015-2016³³.

- 16 Il paraît beaucoup plus délicat – pour ne pas dire inadmissible – de prendre en compte les bulletins blancs dans les autres élections (à la majoritaire à un tour, où la majorité relative suffit, ou encore à la proportionnelle)³⁴, et c'est encore moins admissible dans les votations sur un objet concret, votations dont l'issue est, par définition, binaire et se traduit par un oui ou un non³⁵. Prendre en considération les votes blancs dans la détermination du résultat ne pourrait alors se faire qu'en les comptant soit comme des « non », soit comme des « oui »³⁶, ce qui, dans les deux cas, ne correspond pas à la volonté de celles et ceux qui ont voté blanc³⁷, mais en plus est contraire au principe de l'égalité des « oui » et des « non »³⁸. Ou alors faudrait-il, comme cela est parfois proposé, prévoir qu'un certain taux de vote blanc a pour effet d'annuler le scrutin³⁹, ce qui aboutit à consolider le *statu quo* ou à créer, s'agissant d'élections, des mécanismes de blocage.
- 17 Il faut donc bien admettre – ce qui paraît évident – que, pour les votations en tout cas, les personnes qui votent « blanc » (ou « nul ») participent certes à la votation, mais formellement seulement, et non matériellement : leur voix peut et doit être comptabilisée comme telle, mais elle ne saurait être prise en compte dans la détermination du résultat⁴⁰. Tel est le cas en droit fédéral.
- 18 C'est d'ailleurs le cas aussi dans presque tous les cantons, avec toutefois une exception, qui mérite d'être signalée. Dans le canton du Valais, en effet, l'art. 106 de la Constitution du 8 mars 1907, qui

31. Voir l'art. 55 al. 2 Cst. GE, qui traite du système majoritaire et prévoit que « [s]ont élus au premier tour les candidates ou les candidats qui ont obtenu le plus de voix, mais au moins la majorité absolue des bulletins valables, y compris les bulletins blancs ». L'art. 65A de la loi sur l'exercice des droits politiques du canton de Genève [LEDP-GE], du 15 octobre 1982 (RS/GE A 5 05), tel que modifié en 2013, précise la règle, à ses alinéas 4 et 5, comme suit : « Lors du premier tour des élections au système majoritaire, les bulletins blancs sont considérés comme valables. Lors des autres opérations électorales, les bulletins et votes blancs ne sont pas valables et ne participent pas au décompte des suffrages » (al. 4) ; « Lors d'une votation fédérale sur une initiative populaire et un contreprojet direct, le vote blanc est considéré comme « sans réponse » au sens de l'article 76, alinéa 2, de la loi fédérale sur les droits politiques, du 17.12.1976 » (al. 5).

32. Voir le texte de l'art. 130 al. 3 LParl, cité en note 20 ci-dessus.

33. Voir la motion Liliane Maury Pasquier 15.4266 « Le vote blanc est un vote valable », du 18.12.2015, qui demandait la modification de l'art. 130 al. 3 LParl, mais a été retirée le 16.3.2016 suite aux explications du Bureau ; cf., pour le texte de la motion, et la réponse du Bureau du Conseil des états, du 16.2.2016, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20154266> (consulté pour la dernière fois le 15.7.2023).

34. Voir l'art. 50 al. 2 LEDP-VD, précité (note 31), qui fait bien la différence et prévoit qu'« [e]n cas d'élection selon le système proportionnel ou majoritaire à un tour, les bulletins blancs sont considérés comme étant valablement exprimés mais n'entrent pas en considération pour l'établissement des résultats » ; voir aussi, pour les votations, l'art. 37 al. 1 et 2, qui dispose : « Les bulletins nuls ne sont pas considérés comme des bulletins valablement exprimés et n'entrent pas en ligne de compte pour l'établissement des résultats. Les bulletins blancs sont comptabilisés dans les bulletins valablement exprimés » (al. 1) ; « L'objet est accepté si le nombre de bulletins exprimant un « oui » est supérieur au nombre de bulletins exprimant un « non » » (al. 2). Dans le même sens, cf. aussi l'art. 65A LEDP-GE précité (note 32).

35. Les bulletins blancs ne sont pas pris en compte pour les votations fédérales (art. 13 al. 1 LDP).

36. Ce qu'on a du reste fait parfois, par le passé, pour les abstentions, afin de favoriser soit le rejet d'un projet, soit son acceptation (tel a été le cas par ex. lors du premier référendum constitutionnel, relatif à l'adoption de la seconde Constitution helvétique, du 25 mai 1802, adoptée par 167 172 voix [72 453 oui et 94 719 abstentions] contre 92 423 non, cf. Meuwly, p. 48 ; le même procédé a été utilisé dans certains cantons pour l'adoption de la première Constitution de l'État fédéral, en 1848, à Lucerne notamment).

37. Voir dans le même sens les explications du Chancelier de la Confédération concernant une proposition Zisyadis (déjà évoquée note 8 ci-dessus), qui, lors des délibérations de la révision de 1996, souhaitait garantir la prise en considération des votes blancs : BO 1995 CN 447 (intervention François Couchepin) ; cf. aussi BSK-Epinay/Diezig, Art. 142 Cst. N 6, p. 2244.

38. Cf. BSK-Tschannen, Art. 34 Cst. N 48, p. 719 ; Tschannen, *Staatsrecht*, N 1956, pp. 728-729.

39. C'est le cas pour l'élection présidentielle en Colombie, où, si le vote blanc est majoritaire, il faut répéter l'élection, une fois seulement, sans les candidats qui étaient présents au « premier tour ».

exige, pour les révisions constitutionnelles, la « majorité absolue des citoyens ayant pris part au vote », est toujours interprété, aujourd'hui encore, comme signifiant que les votes blancs doivent être considérés comme des « non »⁴¹, ce qui est problématique sous l'angle de la liberté et de l'égalité du vote⁴². Après avoir dans un premier temps repris la même règle, l'Assemblée constituante valaisanne y a finalement renoncé, pour revenir, dans son projet de nouvelle Constitution cantonale du 25 avril 2023, à la solution de « la majorité absolue des suffrages valables »⁴³.

B. Alinéa 2 : le cas de figure de l'égalité des « oui » et des « non » dans un canton

- 19 Le deuxième alinéa de l'art. 13, ajouté en 1996, et que les Chambres ont repris tel quel des propositions du Conseil fédéral⁴⁴, prévoit que « [s]i un objet recueille un nombre égal de oui et de non dans un canton, celui-ci est considéré avoir rejeté cet objet ». Le message du Conseil fédéral commentait ainsi cette nouvelle disposition⁴⁵ :

« Le 2^e alinéa (nouveau) vise à préciser que, si un texte soumis à la votation recueille un nombre égal de oui et de non dans un canton, celui-ci est considéré avoir rejeté l'objet. Pour mémoire, l'Assemblée fédérale, à propos des résultats obtenus par le canton de Schwyz lors de la votation populaire du 4 mai 1913 sur l'article constitutionnel relatif aux épidémies et épizooties – 1074 oui contre 1074 non –, s'était crue autorisée à déclarer résolument le résultat nul (FF 1913 III 479 et RO 29 [1913] 177 s.) alors qu'elle aurait dû s'en tenir au sens de la constitution et compter le canton de Schwyz au nombre des cantons ayant rejeté le texte. L'article 123, 1^{er} alinéa, Cst. exige que la majorité des cantons ait accepté une révision de la constitution. »

- 20 La règle ou la précision ainsi ancrée dans la loi – à la suite d'une erreur, mais bien plus ancienne – de l'Assemblée fédérale⁴⁶, n'était en effet pas nécessaire dans la mesure où, comme l'indique le Conseil fédéral, l'art. 123 al. 1^{er} de l'ancienne Constitution fédérale prévoyait déjà que la révision constitutionnelle ne pouvait entrer en vigueur que lorsqu'elle était acceptée par la double majorité du peuple et des cantons. La nouvelle Constitution est encore plus explicite et exhaustive⁴⁷, à son art. 142, en précisant que « [l]es actes soumis au vote du peuple sont acceptés à la majorité des votants

40. Voir à ce propos Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N 725, pp. 312-313, qui relèvent que cette solution est « verfassungskonform, ja sogar verfassungsrechtlich geboten » et qu'elle « entspricht üblichen Vorstellungen bei der Ermittlung des Mehrs in Volksabstimmungen » (cf. déjà Hangartner/Kley, N 760, p. 312) ; cf. aussi SGK-Kley, Art. 142 Cst. N 3, p. 3746 ; Grisel, N 108, p. 61, et 290 ; Bisaz, N 898, pp. 472-473.

41. Voir l'art. 4 al. 1 et 2 de la loi sur les droits politiques du canton du Valais [LDP-VS], du 13 mai 2004 (RS/VS 160.1). C'est ce qui a entraîné, par exemple, le refus de la réforme des institutions et du système électoral valaisan le 14.6.2015, alors que les oui étaient légèrement plus nombreux que les non (voir Le Temps, 14.6.2015, « Des votes blancs torpillent la réforme constitutionnelle en Valais », <https://www.letemps.ch/suisse/votes-blancs-torpillent-reforme-constitutionnelle-valais>, consulté pour la dernière fois le 21.7.2023).

42. Voir dans le même sens Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N 2246, pp. 864-865, et 2277, p. 874 (déjà, Hangartner/Kley, N 2352, p. 924, et 2384, p. 935) ; Tanquerel, N 49, pp. 1927-1928 ; Tschannen, *Staatsrecht*, N 1956, pp. 728-729 ; Bisaz, N 898, p. 472-473, note 2220. Voir toutefois aussi Grisel, N 871, p. 330, et N 1050, p. 393, qui semblait admettre le procédé. Sur la question, et pour d'autres références, cf. aussi Ammann/Mahon, N 6, pp. 4-5.

43. Voir l'art. 175 al. 2 de la nouvelle Constitution (projet), qui a la teneur suivante : « Toute révision est soumise au vote obligatoire du peuple, qui décide à la majorité absolue des suffrages valables » (https://www.vs.ch/documents/3914032/23491223/2023-04-25_CONSTITUANTE_Projet+FINAL+%2825+avril+2023%29.pdf/efd61e88-ff75-d637-ccdb-fala009f96de?t=1682498019134&v=1.0, consulté pour la dernière fois le 3.8.2023). Pour la solution adoptée en première lecture, cf. Ammann/Mahon, N 6, pp. 4-5.

44. Pour le texte du projet du Conseil fédéral, cf. *Message 1993*, FF 1993 III 405, 502.

45. *Message 1993*, FF 1993 III 405, 439.

46. Sur ce cas de 1913, cf. aussi CR-Tornay Schaller, Art. 142 Cst. N 17, p. 2844, et Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N 725, pp. 312-313, qui considèrent (à juste titre) que l'erreur était le fait aussi bien du Conseil fédéral que de l'Assemblée fédérale.

47. En ce sens que l'ancien art. 123 ne réglait que l'exigence de la double majorité pour les révisions de la Constitution, cf. BSK-Epiney/Diezig, Art. 142 Cst. N 1, p. 2243 ; CR-Tornay Schaller, Art. 142 Cst. N 2, p. 2841.

» (al. 1) et que « [l]es actes soumis au vote du peuple et des cantons sont acceptés lorsque la majorité des votants et la majorité des cantons les approuvent » (al. 2), étant entendu que, dans cette hypothèse, « [l]e résultat du vote populaire dans un canton représente la voix de celui-ci » (al. 3). Or, dans la mesure où la majorité requise dans une telle hypothèse de vote sur un objet concret, à savoir la majorité absolue⁴⁸, suppose la moitié plus une des voix (valablement) exprimées⁴⁹, une situation d'égalité des « oui » et des « non » dans un canton signifie, par définition en quelque sorte⁵⁰, que ladite majorité n'est pas atteinte, l'objet soumis au vote devant donc être considéré comme rejeté dans le canton en question.

- 21 On rappellera par ailleurs que la situation est la même, dans les votations à la double majorité, lorsqu'il y a égalité des voix des cantons sur le plan fédéral, c'est-à-dire lorsqu'un objet soumis au vote est accepté par 11 ½ cantons et rejeté par 11 ½ cantons : dans ce cas, la majorité absolue (des cantons) n'étant pas atteinte, l'objet est rejeté⁵¹, cas de figure qui s'est produit deux fois jusqu'ici, dans l'histoire, en 1866 et en 1975⁵².
- 22 On rappellera enfin que la situation est différente en cas d'égalité des voix dans une élection, où un tirage au sort est souvent prévu⁵³, ce qui n'est pas le cas lors des votations⁵⁴.

C. Alinéa 3 : la question du recomptage

- 23 Le troisième alinéa de l'art. 13 a été ajouté, on l'a dit, en 2014⁵⁵. Cette adjonction avait pour but et pour objet de poser une règle nouvelle en matière de recomptage des voix en cas de résultat serré ou très serré d'une votation. Comme cela ressort du message du Conseil fédéral, l'innovation était destinée en réalité à réagir à – et à contrer – une jurisprudence, elle aussi nouvelle, du Tribunal fédéral, lequel avait dans un arrêt de 2009, en se fondant sur une partie de la doctrine, considéré qu'un « résultat très serré de votation [devait] être traité comme une "irrégularité" au sens de l'art. 77 al. 1 let. d LDP »⁵⁶. En d'autres termes, selon cet arrêt, qui concernait la votation fédérale du 17 mai 2009 sur le passeport biométrique, un résultat très serré d'une votation devait conduire à un recomptage, automatique, en quelque sorte, sans qu'il soit nécessaire de rendre vraisemblable que des irrégularités se sont produites dans l'établissement des résultats⁵⁷. L'arrêt du Tribunal fédéral constituait ainsi un revirement de la pratique suivie jusque-là par les autorités fédérales⁵⁸, et par le Tribunal fédéral lui-même⁵⁹, selon laquelle un résultat serré

48. Cf. notamment Biaggini, Art. 142 Cst. N 10, p. 1143 ; BSK-Epiney/Diezig, Art. 142 Cst. N 6, p. 2244 ; CR-Tornay Schaller, Art. 142 Cst. N 2, p. 2841.

49. BSK-Epiney/Diezig, Art. 142 Cst. N 6, p. 2244 ; CR-Tornay Schaller, Art. 142 Cst. N 7 (« si le nombre de oui dépasse le nombre de non d'au moins une unité (majorité absolue) ») et N 10, p. 2842 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 703, p. 243.

50. Cf. aussi Grisel, N 290, p. 128, pour lequel la règle qu'en « cas d'égalité des voix, le projet est rejeté, « puisque la majorité absolue est requise, [...] découle de la nature des choses », ainsi que Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N 2455, p. 965.

51. Biaggini, Art. 142 Cst. N 12, p. 1143 ; SGK-Kley, Art. 142 Cst. N 7, p. 3747 ; BSK-Epiney/Diezig, Art. 142 Cst. N 9, pp. 2244-2245.

52. Pour ces deux cas, cf. CR-Tornay Schaller, Art. 142 Cst. N 11, p. 2842 ; cf. aussi BSK-Epiney/Diezig, Art. 142 Cst. N 9, pp. 2244-2245, et Biaggini, Art. 142 Cst. N 12, p. 1143.

53. Voir par exemple, pour l'élection du Conseil national, l'art. 43 al. 3 LDP et le commentaire qui s'y réfère.

54. Cf. à ce propos CR-Tornay Schaller, Art. 142 Cst. N 17, p. 2844.

55. Voir à ce propos le N 4 ci-dessus, dans le texte.

56. ATF 136 II 132, *Güntert, Sorg und Besson*, du 1.10.2009 (citation tirée du chapeau de l'arrêt).

57. ATF 136 II 132, *Güntert, Sorg und Besson*, précité, c. 2.4.2 et 2.4.3, pp. 137-139, avec de nombreuses références à la doctrine.

58. Dans son message, le Conseil fédéral rappelait, pour expliquer en quelque sorte l'intervention du Tribunal fédéral, que « [d]ans le cadre de la réforme de la justice, le Tribunal fédéral a été chargé de garantir le droit de recours en cas de violation de la liberté de vote (art. 34 Cst.), en vertu des art. 29 et 29a Cst., également lors de scrutins fédéraux, ce qui a pour effet de renforcer le contrôle concret des actes fédéraux » ; cf. *Message 2013*, FF 2013 8255, 8290.

n'était pas, à lui seul, constitutif d'une « irrégularité » au sens de l'art. 77 LDP, devant conduire à un recomptage, pratique par ailleurs confirmée au moment de l'adoption de la nouvelle loi sur les droits politiques, en 1976⁶⁰.

- 24 L'idée du nouvel alinéa 3 ajouté en 2014 était donc de revenir sur cette jurisprudence et de permettre « un retour à la volonté du législateur historique » et d'ainsi « éliminer l'insécurité juridique liée à l'arrêt du Tribunal fédéral », lequel ne précisait d'ailleurs « pas la limite entre un "résultat serré" et un "résultat très serré" »⁶¹. Le message du Conseil fédéral insistait du reste sur les difficultés, conceptuelles et pratiques, que pouvait soulever la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral⁶² :

« La thèse selon laquelle un résultat serré serait assimilable à une irrégularité paraît douteuse : un résultat très serré, que ce soit au niveau cantonal ou au niveau fédéral, montre qu'un projet est très controversé. En déduire qu'il est le fruit d'irrégularités revient à méconnaître que ce sont justement les sujets très controversés qui rendent les responsables des bureaux de vote et les scrutateurs mutuellement plus attentifs aux manipulations possibles. En pareille circonstance, les médias redoublent également de vigilance. Au demeurant, il se peut très bien qu'un résultat très serré au niveau fédéral soit la somme de résultats cantonaux clairs mais très contrastés. Comment centraliser le recomptage en pareil cas ? Qui devrait y procéder et quand ? Il ne faut pas sous-estimer le personnel, le temps et la place nécessaires à un recomptage qui devrait être assuré au même moment dans toute la Suisse et dont les résultats partiels devraient être communiqués en même temps pour éviter de donner lieu à une cascade de doutes, spéculations et soupçons qui ne pourrait que déclencher de nouveaux recours. En outre, comment les cantons qui ont adopté un système de milice pour le dépouillement pourraient-ils convoquer suffisamment de personnel en très peu de temps ? A défaut, le résultat du scrutin resterait incertain pendant des semaines.

En vertu de l'art. 5, al. 2, Cst. l'activité de l'État doit être proportionnée. Le recomptage du résultat d'un scrutin cantonal serré par l'autorité fédérale en l'absence d'indices suggérant une irrégularité ne serait donc compatible avec ce principe que si le résultat était extrêmement serré au niveau fédéral également. »

- 25 Au vu de cet argumentaire, le Conseil fédéral précisait par ailleurs⁶³ :

« La Commission des institutions politiques du Conseil national n'a pas souhaité suivre le Tribunal fédéral dans sa tentative d'assimiler un résultat électoral "très serré" à une irrégularité [...]. Elle tient au contraire à ce que la volonté exprimée par le législateur historique (les voix ne sont recomptées que si des indices probants suggèrent une irrégularité) soit respectée. Elle veut s'assurer qu'il en ira de même à l'avenir. Vu l'arrêt du Tribunal fédéral, l'inscription explicite de la volonté du législateur dans la loi est donc tout indiquée. A titre complémentaire, il convient de créer une base légale applicable à l'observation du bon déroulement des scrutins (cf. ci-dessous, commentaire ad art. 85 LDP) ».

- 26 De fait, le projet de révision de 2013 prévoyait aussi, en parallèle et en compensation, en quelque sorte, du resserrement de la règle sur le recomptage, l'introduction d'un nouvel art. 85 de la loi sur les droits politiques, sur l'« Observation des scrutins »⁶⁴. Cette disposition devait, entre autres, obliger les

59. Voir notamment ATF 131 I 442, *Studer*, du 7.9.2005, c. 3.3, pp. 448-449, avec d'autres références (dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait ordonné le recomptage suite à une élection à l'exécutif de la Ville de Berne, considérant qu'à côté du résultat serré, il y avait des indices sérieux d'irrégularités graves) ; sur la question, et avec d'autres références, Tornay Schaller, *Droit au recomptage ?*, pp. 103-104.

60. Pour des références à cette pratique antérieure, et à sa confirmation, cf. ATF 136 II 132, *Güntert, Sorg und Besson*, précité, c. 2.2, pp. 134-135.

61. *Message 2013*, FF 2013 8255, 8290-8291, où est retracée l'histoire de cette modification, qui faisait suite à une initiative parlementaire Joder de 2011 au Conseil national (11.502).

62. *Message 2013*, FF 2013 8255, 8291.

63. *Message 2013*, FF 2013 8255, 8294.

cantons à prévoir des règles en matière d'observation des scrutins. Suivant la majorité de la Commission du Conseil national, qui avait proposé de la biffer, les Chambres n'ont toutefois pas repris cette disposition, et ce malgré une longue opposition du Conseil des États, qui souhaitait suivre le Conseil fédéral et ne s'est rallié à la suppression qu'après de longs débats et du bout des lèvres, au troisième tour⁶⁵.

- 27 La doctrine, quant à elle, était partagée sur la question du recomptage⁶⁶, ainsi que sur ce « retour à la pratique antérieure », décidé par l'Assemblée fédérale et que certains considéraient comme discutable sous l'angle constitutionnel, plus précisément sous l'angle de sa conformité avec l'art. 34 al. 2 de la Constitution⁶⁷. La solution ne paraît cependant pas déraisonnable⁶⁸ dans la mesure où, s'ils ne sont pas fréquents, les résultats serrés ou très serrés de votations populaires ne sont pas non plus un phénomène extrêmement rare, surtout dans la période récente : selon la statistique établie par une auteure en 2021, en effet, sur les 637 votations fédérales qui ont eu lieu entre 1848 et 2020, cinq ont produit un résultat entre 49,9% et 50,1% (toutes entre 2000 et 2020), onze un résultat entre 49,5% et 50,5% et quatorze entre 49% et 51%⁶⁹. Or, comme le souligne cette auteure, « [l]e processus démocratique a pour corollaire la possibilité que des votations débouchent sur des résultats serrés, lesquels doivent être acceptés, sans être mis en doute en raison d'un petit écart des voix, aussi ténu soit-il »⁷⁰.
- 28 Quoi qu'il en soit, quelques mois avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 2015, du nouvel alinéa 3, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer encore une fois sur la question⁷¹, dans un arrêt du 19 août 2015, concernant une autre votation fédérale, celle du référendum sur la loi sur la radio et télévision, soumis au vote le 14 juin 2015⁷². Il est alors lui-même aussi revenu en arrière – en se référant notamment au nouvel art. 13 al. 3 LDP déjà adopté, mais non encore en vigueur – et a précisé qu'une obligation de recomptage en cas de résultat très serré ne découle directement de l'art. 34 al. 2

64. FF 2013 8309, 8311-8312, pour le projet du Conseil fédéral.

65. Cf. RO 2015 543, 546 ; cf. aussi BO 2014 CN 428-437 et 438-439 (19.3.2014 ; spéc. pour l'art. 85), BO 2014 CE 467-475 (spéc. 474 pour l'art. 85, que le Conseil des États maintient, comme dans la proposition du Gouvernement ; 10.6.2014), BO 2014 CN 1506-1513 (15.9.2014 ; spéc. 1511-1513 pour l'art. 85, où le Conseil national confirme sa volonté de biffer la disposition, par 128 voix contre 58), BO 2014 CE 842-843 (18.9.2014 ; où le Conseil des États maintient sa position, donc maintient l'article proposé, par 37 voix contre 5), BO 2014 CN 1673-1674 (23.9.2014 ; où le Conseil national maintient lui aussi sa position), et BO 2014 CE 899-902 (24.9.2014 ; le Conseil des États, suivant la minorité de sa commission, décide de se rallier à la proposition du Conseil national, par 23 voix contre 21).

66. Favorables à un recomptage « automatique » en cas de résultats serrés ou très serrés, Schumacher, pp. 492 ss, ainsi que Widmer, p. 172, notamment ; cf. aussi Hangartner/Kley, N 2561, p. 1017 (différent dans la nouvelle édition, Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N 2452, pp. 963-964, et N 2456, pp. 965-966, où sont reprises et rappelées la réglementation de l'art. 13 al. 3 LDP ainsi que la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral, celle de l'ATF 141 I 297, évoquée au N 28 ci-dessous, dans le texte ; de même, SGK-Kley, Art. 142 Cst. N 13, pp. 3749-3750). Plus critique, en particulier vis-à-vis de l'ATF 136 II 132, Tornay Schaller, *Droit au recomptage ?*, pp. 106-109 ; cf. aussi, plus généralement, Lutz/Feller/Müller, pp. 1517 ss, à propos de l'ATF 131 I 442, précité (note 59). Pour d'autres références aux deux « camps », cf. Tornay Schaller, *Droit au recomptage ?*, pp. 102-103, ainsi que Bisaz, N 892-893, pp. 468-470.

67. Voir notamment BSK-Epiney/Dietzig, Art. 142 Cst. N 1, p. 2243.

68. Voir, dans le même sens, Biaggini, Art. 142 Cst. N 8a, p. 1142, qui estime qu'elle n'est en tout cas pas problématique du point de vue constitutionnel.

69. Pour cette statistique, avec plus de détail, cf. CR-Tornay Schaller, Art. 142 Cst. N 19-21, p. 2845. Cf. aussi Bisaz, N 917, pp. 482-483, note 2277, qui relève également que les cas de résultats serrés ont eu tendance à devenir plus fréquents ces derniers temps.

70. CR-Tornay Schaller, Art. 142 Cst. N 19, p. 2845 ; déjà Tornay Schaller, *Droit au recomptage ?*, p. 99. Cf. aussi Tschannen, *Staatsrecht*, N 1963, p. 731 : « Mehrheit ist Mehrheit, und mag sie noch so eng ausfallen ».

71. Dans l'ATF 138 II 5, *F. contro Consiglio di Stato del Cantone Ticino*, du 23.11.2011, le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion de préciser que la jurisprudence de l'ATF 136 II 132, aux termes de laquelle un résultat « très serré » d'une votation était en soi déjà considéré comme une « irrégularité » justifiant le recomptage, ne s'appliquait pas en matière d'élection au Conseil national selon le système de la proportionnelle.

72. ATF 141 II 297, *Pfaff, Egli, Weidmann und Heid*, du 19 août 2015.

de la Constitution que si la citoyenne ou le citoyen qui s'en plaint est en mesure de faire valoir des indices concrets d'un comptage erroné ou d'un comportement contraire au droit de l'autorité ; le seul fait que le résultat est (très) serré ne suffit pas⁷³.

- 29 La situation est donc désormais claire, en droit fédéral, en ce sens qu'un résultat serré ou très serré n'est pas, en soi, un motif justifiant un recomptage⁷⁴ : il faut encore, comme le dit le texte de l'art. 13 al. 3, qu'il ait « 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 ».
- 30 Il en va parfois différemment dans les cantons, dont certains reconnaissent un droit au recomptage en cas de résultats serrés ou très serrés, et ce indépendamment de l'existence d'indices ou de soupçons d'irrégularités. Ainsi, par exemple, l'art. 27 de la loi sur les droits politiques du Canton de Berne⁷⁵ prévoit que les « suffrages sont recomptés si le résultat d'une votation [...] est très serré » (al. 1) et précise que le « résultat d'une votation est réputé très serré lorsque la différence entre les oui et les non est inférieure ou égale à 0,1 pour cent des voix valablement exprimées. [...] » (al. 2, 1^{ère} phrase)⁷⁶. Quelques autres cantons (comme les Grisons, Schaffhouse, Zurich et Saint-Gall) connaissent des réglementations analogues parfois avec des seuils différents (souvent entre 0,1 et 0,3%), parfois sans précision de seuil⁷⁷ ; la majorité des cantons s'en tient toutefois à une règle semblable à celle du droit fédéral, à savoir qu'un résultat serré ou très serré ne suffit pas, des indices d'irrégularité(s) étant nécessaires pour justifier un recomptage⁷⁸.
- 31 Pour ce qui est du droit fédéral, il faut donc, pour justifier un recomptage, que l'on soit en présence d'indices ou de soupçons d'irrégularités et que la nature de celles-ci et leur ampleur aient pu influencer notablement le résultat à l'échelon fédéral. Selon la jurisprudence, les irrégularités en question sont celles qui affectent le dépouillement du scrutin et le décompte des voix, pour lesquelles il faut donc des « indices concrets d'un comptage erroné ou d'un comportement contraire à la loi de l'organe compétent »⁷⁹. Le Tribunal fédéral a précisé que plus le résultat de la votation est serré, moins seront grandes les exigences imposées quant à la preuve de ces irrégularités. En tous les cas, cependant, même lorsque le résultat est serré, de simples références à des erreurs déjà corrigées ne suffisent pas à justifier un recomptage, pour autant que ces erreurs demeurent dans le cadre des petites erreurs de décompte et de report habituelles, qui existent dans tout dépouillement, et ne laissent pas présager d'événements particuliers propres à avoir influencé le résultat⁸⁰.
- 32 S'agissant de la nature, ou de la gravité, et de l'ampleur de ces irrégularités, qui doivent être telles à avoir « pu influencer notablement le résultat à l'échelon fédéral », il faut distinguer la question du

73. ATF 141 II 297, *Pfaff, Egli, Weidmann und Heid*, précité, c. 5.5, pp. 302-306. Sur cette évolution, un peu sinueuse de la jurisprudence en la matière, cf. aussi Biaggini, Art. 34 Cst. N 16, pp. 409-410, qui parle de « Slalomfahrt ».

74. Voir toutefois Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 948, p. 341, qui indiquent encore, certes dans le chapitre sur les droits politiques dans les cantons, que « [s]elon la jurisprudence récente, l'électrice ou l'électeur a le droit de solliciter un recomptage en cas de résultat serré même en l'absence d'indices d'irrégularités ».

75. LDP-BE, du 5.6.2012, RS/BE 141.1.

76. La seconde phrase ajoute qu'« [e]n cas de votation avec contre-projet ou projet populaire (contre-projet citoyen), la différence déterminante entre les réponses à la question subsidiaire est la même ».

77. Pour des exemples, cf. ATF 136 II 132, *Güntert, Sorg und Besson*, précité, c. 2.3.2, pp. 135-136 ; Tornay Schaller, *Droit au recomptage ?*, pp. 100-101.

78. Voir ATF 136 II 132, *Güntert, Sorg und Besson*, précité, c. 2.3.3, pp. 136-137. Cf. aussi, sur la question, Bisaz, N 892-893, pp. 468-470.

79. ATF 141 II 297, *Pfaff, Egli, Weidmann und Heid*, précité, c. 5.5.4, p. 306, ainsi que chapeau de l'arrêt (pour la citation). Pour des exemples de telles irrégularités, cf. notamment l'ATF 131 I 442, *Studer*, précité, ainsi que Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N 2452, pp. 963-964.

80. ATF 141 II 297, *Pfaff, Egli, Weidmann und Heid*, précité, c. 5.5.4, p. 306. Cf. aussi Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N 2456, pp. 965-966 ; Bisaz, N 893, pp. 469-470.

recomptage de celles de la répétition d'une votation qui a eu lieu dans une assemblée ou une *Landsgemeinde*, ainsi que de l'annulation d'une votation, là aussi, dans les deux cas, en raison d'irrégularités constatées⁸¹. Pour ce qui est de l'annulation des votations, on rappellera que selon la jurisprudence, « [l]orsque des irrégularités sont constatées dans le dépouillement d'un scrutin, la votation n'est annulée qu'à la double condition que la violation constatée est grave et qu'elle a pu avoir une influence sur le résultat du vote. Il y a lieu de tenir compte notamment de l'écart de voix, de la gravité des vices de procédure et de leur portée sur le vote dans son ensemble. Si la possibilité d'un résultat différent au cas où la procédure n'avait pas été viciée apparaît à ce point minime qu'elle ne puisse pas entrer sérieusement en considération, il y a lieu de renoncer à l'annulation du vote ; dans le cas contraire, il faut considérer le vice comme important et annuler la votation. Lorsque la différence de voix est très nette, seules de graves irrégularités sont de nature à remettre en cause la validité du résultat du vote »⁸².

- 33 Pour ce qui est du recomptage, et s'agissant d'une votation fédérale, les éventuelles irrégularités doivent, comme le précise le texte de l'art. 13 al. 3 LDP, avoir été propres à influencer le résultat de la votation « à l'échelon fédéral ». En d'autres termes, même si de telles irrégularités pourraient en elles-mêmes être susceptibles de justifier un recomptage dans un canton (ou dans deux ou quelques cantons), où le résultat était par hypothèse serré, il n'y a pas lieu, selon l'art. 13 al. 3, à recomptage dès lors que le résultat est clair à l'échelle fédérale. On retrouve donc ici l'idée, déjà évoquée, de la proportionnalité : un recomptage du « résultat d'un scrutin cantonal serré par l'autorité fédérale [...] ne serait [...] compatible avec ce principe [de proportionnalité] que si le résultat était extrêmement serré au niveau fédéral également »⁸³.
- 34 Il n'en demeure pas moins que cette disposition soulève une petite difficulté d'interprétation au regard de l'art. 79 LDP, spécialement des alinéas 2 et 2^{bis}, dispositions qui sont antérieures à l'introduction de l'art. 13 al. 3 et qui traitent des compétences et pouvoirs de l'autorité de recours de première instance, à savoir du gouvernement cantonal, pour les litiges portant sur les votations. Selon l'art. 79 al. 2, en effet, qui date de la version d'origine de la loi, en 1976, « [l]orsqu'il constate des irrégularités à la suite d'un recours ou d'office, [le gouvernement cantonal] prend, autant que possible avant la clôture du scrutin de l'élection ou de la votation, les mesures permettant de remédier aux défauts constatés ». L'alinéa 2^{bis}, introduit lors de la révision du 18 mars 1994⁸⁴, précisait déjà que, toutefois, le « gouvernement cantonal rejette le recours sans approfondir l'examen de l'affaire s'il constate que les irrégularités invoquées ne sont ni d'une nature ni d'une importance telles qu'elles ont pu influencer de façon déterminante le résultat principal de la votation ou de l'élection » (al. 2^{bis}). Bien qu'elle n'ait fait l'objet d'aucune explication dans le message⁸⁵, cette disposition se fondait sans doute déjà sur l'idée de proportionnalité. Reste cependant qu'on peut se demander si l'art. 13 al. 3 ne régit que les cas de recomptage par l'autorité fédérale et si, sur la base de l'art. 79 al. 2, un gouvernement cantonal ne pourrait pas, ou même ne devrait pas ordonner un recomptage s'il constate dans le canton des irrégularités graves ou massives, susceptibles d'ébranler la confiance des citoyennes et des citoyens dans le canton, et cela même si le résultat de la votation sur le plan fédéral ne semble faire aucun

81. Voir sur cette nécessité de (double) distinction, ATF 131 I 442, *Studer*, précité, c. 3.3 *in fine*, pp. 448-449 ; cf. aussi Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, N 2453, p. 964.

82. ATF 141 I 221, *Bacca et Jaggi contre Conseil communal et Municipalité d'Aigle*, du 1.10.2015, c. 3.3, p. 225 ; cf. aussi ATF 131 I 442, *Studer*, précité, c. 3.3 *in fine*, pp. 448-449 (en l'occurrence, les irrégularités en question consistaient dans le constat qu'« aucun visa officiel [n'avait] été apposé au recto des cartes et des enveloppes de votes émises au bureau de vote, de sorte que de tels votes n'auraient pas dû être pris en compte » [citation tirée du chapeau de l'arrêt]).

83. Voir le *Message 2013*, FF 2013 8255, 8291, cité au N 24 *in fine*, ci-dessus dans le texte.

84. RO 1994 2414, 2421.

85. La disposition était proposée par le Conseil fédéral (comme alinéa 2^{ter}), mais sans commentaire : *Message 1993*, FF 1993 405, 512, pour le projet, et 466-467, pour le commentaire.

doute. Ou si, au contraire, l'art. 13 al. 3, à lui seul, et en plus de l'art. 79 al. 2^{bis}, restreint encore les compétences du gouvernement cantonal et exclut aussi un recomptage par l'autorité cantonale dans un tel cas.

- 35 On précisera par ailleurs que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de votations cantonales, lorsque le résultat d'un vote est très serré mais que le recomptage des voix n'est pas ou plus possible, en raison de la destruction (d'une partie) des bulletins de vote, par exemple, la votation doit être répétée⁸⁶.
- 36 Les voies de droit en vue d'un éventuel recomptage sont, pour une votation fédérale, celles prévues par les articles 77 et 80 LDP, à savoir un recours auprès du gouvernement cantonal concerné, dans les trois jours dès la découverte du motif de recours (mais au plus tard le troisième jour après la publication des résultats dans la feuille officielle du canton)⁸⁷, puis un recours au Tribunal fédéral contre la décision cantonale⁸⁸, recours en matière de droit public, dans les cinq jours, conformément aux articles 82 let. c, 88 al. 1 let. b et 100 al. 3 let. b LTF⁸⁹.

L'auteur remercie M. Beat Kuoni, juriste au Service des « Droits politiques » de la Chancellerie fédérale, de sa relecture attentive de cette contribution et de ses précieuses suggestions.

BIBLIOGRAPHIE

Ammann Odile/Mahon Pascal, Examen de l'avant-projet de nouvelle Constitution cantonale issu de la première lecture de l'Assemblée constituante du Canton du Valais, Rapport établi à la demande et sur mandat du Bureau de l'Assemblée constituante de la République et du Canton du Valais, février 2022 (https://www.vs.ch/documents/3914032/15198894/2022.02.08_Rapport_Avant-projet_1èreLecture_OA%26PM_définatif.pdf/c2fdffd6-c78b-c0a5-1cc8-d3e99c6db76f?t=1645008307654&v=1.0).

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2^e éd., Zurich 2017.

Bisaz Corsin, Direktdemokratische Instrumente als «Anträge aus dem Volk an das Volk»: Eine Systematik des direktdemokratischen Verfahrensrechts in der Schweiz, Zurich/St. Gall 2020.

Conseil fédéral, Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une loi fédérale sur les droits politiques, du 9.4.1975, FF 1975 I 1337 (cité : Message 1975).

Conseil fédéral, Message concernant une révision partielle de la législation fédérale sur les droits politiques, du 1.9.1993, FF 1993 III 405 (cité : Message 1993).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification de la loi fédérale sur les droits politiques, du 29.11.2013, FF 2013 8255 (cité : Message 2013).

Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2018, pp. 1041-1198.

Epiney Astrid/Diezig Stefan, Art. 142, in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (édit.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, pp. 2242-2246 (cité : BSK-Epiney/Diezig).

86. Voir à ce propos l'ATF 138 I 171, *V. und W. gegen Regierungsrat des Kantons Bern*, du 25.4.2012.

87. Art. 77 al. 1 let. b et al. 2 LDP.

88. Art. 80 al. 1 LDP.

89. Voir, sur ces voies de recours, le commentaire des articles 77 et 80 LDP, ainsi que, notamment, SGK-Kley, Art. 142 Cst. N 14, p. 3750.

Grisel Étienne, Initiative et référendum populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 3^e éd., Berne 2004.

Hangartner Yvo/Kley Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2000.

Hangartner Yvo/Kley Andreas/Braun Binder Nadja/Glaser Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^e éd., Zurich 2023.

Kley Andreas, Art. 142, in : Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4^e éd., Zurich/St.-Gall 2023, pp. 3745-3751 (cité : SGK-Kley).

Lutz Georg/Feller Reto/Müller Markus, Nachzählung bei knappen Wahl- und Abstimmungsergebnissen – überhöhte Erwartungen ?, in: PJA 2006, pp. 1517-1534.

Mahon Pascal, Droit constitutionnel, volume I : Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel 2014 (cité : Droit constitutionnel I).

Mahon Pascal, Droits politiques, in : Olivier Diggelmann – Maya Hertig Randall – Benjamin Schindler (édit.), Droit constitutionnel suisse / Verfassungsrecht der Schweiz, Volume II : État de droit, Droits fondamentaux et droits humains / Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechte, Zurich/Bâle/Genève 2020, pp. 1499-1541 (cité : Droits politiques).

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'État, 4^e éd., Berne 2021.

Meuwly Olivier, Une histoire politique de la démocratie directe en Suisse, Lausanne, 2018.

Schumacher Christian, Eine Lanze für die Nachzählung, in : ZBl 2013, pp. 491-497.

Tornay Schaller Bénédicte, Y a-t-il un droit au recomptage automatique en cas de résultat de votation ou d'élection très serré ?, Analyse critique de l'ATF 136 II 132, in : Good Andrea/Platipodis Bettina (édit.), Direkte Demokratie, Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Berne 2013, pp. 99-109 (cité : Droit au recomptage ?).

Tornay Schaller Bénédicte, Art. 142, in : Vincent Martenet/Jacques Dubey (édit.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021, pp. 2840-2846 (cité : CR-Tornay Schaller).

Tanquerel Thierry, La procédure d'adoption et de révision des constitutions cantonales et communales, in : Oliver Diggelmann – Maya Hertig Randall – Benjamin Schindler (édit.), Droit constitutionnel suisse/Verfassungsrecht der Schweiz, Volume III : Organes constitutionnels, Procédures, Constitutions thématiques/Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zurich/Bâle/Genève 2020, pp. 1913-1942.

Tschannen Pierre, Art. 34, in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (édit.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015, pp. 701-722 (cité : BSK-Tschannen).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5^e éd., Berne 2021 (cité : Staatsrecht).

Widmer Stephan, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, thèse Zurich, 1989.