Communauté de droits
Droit des communautés

Community of Rights
Rights of Community

Sous la direction de
Ysolde Gendreau
Editor

Les Éditions Thémis

CRDP
Université de Montréal

Problèmes constitutionnels du *e-voting* en Suisse*

Andreas Auer**

I. Le principe de la légalité 124

II. La liberté de vote 128

* Résumé de la conférence prononcée le 21 février 2002 à l'Université de Montréal. Le texte complet est publié dans Andreas AUER et Alexandre TRECHSEL, « Voter par Internet? Le projet *e-voting* dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique », Bâle/Genève 2001, également reproduit sur le site officiel de l'État de Genève, www.ge.ch.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève (Suisse), directeur du Centre d'études et de documentation sur la démocratie directe.

En droit public, le projet de permettre aux citoyens de voter par le biais d'Internet (*e-voting*) soulève deux types de problèmes.

Conformément au principe de la légalité, il faut en premier lieu que cette possibilité soit prévue, du moins dans son principe, par un acte normatif qui jouit de cette légitimité démocratique sans laquelle l'État ne saurait fonctionner.

En tant que modalité de l'exercice des droits politiques, le *e-voting* doit ensuite permettre, comme les modalités classiques, de traduire correctement la volonté librement exprimée des électeurs et protéger ceux-ci à la fois contre les abus et la fraude. La question du respect des droits fondamentaux doit ainsi être examinée avec un soin particulier, notamment au regard de la liberté de vote.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, le *e-voting* n'est pas une révolution, du moins aussi longtemps qu'il ne constitue qu'un mode supplémentaire, et non exclusif, de l'exercice des droits politiques. Il s'inscrit en effet dans une évolution qui tend à cumuler et à développer les techniques et les modalités qui associent le citoyen à l'exercice du pouvoir. On a eu, depuis le XIV^{e} siècle environ, le système de la *Landsgemeinde*. Il existe toujours : dans une majorité de communes et dans deux cantons, les citoyens se réunissent en assemblée pour élire leurs représentants et prendre des décisions. On a eu, depuis trois siècles, le vote à l'urne, qui est devenu, depuis la naissance de la Suisse moderne, le moyen standard pour voter et pour élire. Il existe toujours : dans toutes les élections et votations fédérales ainsi que dans celles de tous les cantons, les citoyens peuvent, sinon doivent, exprimer leur opinion en glissant un bulletin de vote, après l'avoir rempli à la maison ou dans un isoloir, dans une urne qui est placée dans un local spécialement aménagé à cette fin. On a eu, depuis 1994, le vote par

correspondance, soit acheminement du bulletin de vote par les services de la poste. Il existe toujours : dans les grandes villes, près de 90 % des électeurs choisissent cette forme. Et on aura, un jour pas trop lointain, le *e-voting*. Les citoyens connectés à Internet pourront choisir de remplir leur bulletin *online* et le transférer en un clic de souris au site d'accueil. Dans cette perspective, le *e-voting* apparaît comme le prolongement en quelque sorte naturel du vote par correspondance.

I. Le principe de la légalité

Le *e-voting* est pleinement soumis à l'exigence de la base légale. La jurisprudence n'a pas laissé le moindre doute quant à la pleine application de cette exigence dans le domaine de l'organisation de l'État. A l'instar du vote à la *Landsgemeinde*, du vote à l'urne, du vote anticipé et du vote par correspondance, le *e-voting* doit figurer dans une loi formelle. Cela vaut non seulement pour le recours généralisé à cette nouvelle possibilité offerte par les technologies modernes de la communication, mais aussi pour des expériences temporaires, des tests, et ceci même lorsqu'ils sont dépourvus d'effets de droit contraignants.

Cela étant, dans un État fédéral comme la Suisse, des votations populaires peuvent, respectivement doivent, être organisées par chacune des collectivités publiques le composant, et elles sont souvent organisées le même jour. À moins que l'on ne veuille obliger l'électeur à recourir, selon le niveau concerné, à différentes modalités de vote, ce qui pour des raisons de politique de la participation est difficilement concevable, il faut donc prévoir une base légale en droit fédéral pour les votations qui relèvent de la Confédération et une base légale en droit cantonal pour les objets relevant de la compétence des cantons et des communes.

En *droit fédéral*, le *e-voting* n'est pas explicitement prévu par la loi. Il y est même franchement contraire, dans la mesure où l'article 5 de la *Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques*[1] ne le mentionne pas parmi les principes régissant le droit de vote et où l'article 12 LFDP déclare nuls les bulletins remplis autrement qu'à la main.

La question se pose cependant de savoir si le *e-voting* peut trouver un fondement à l'article 84 LFDP, qui, titré « Utilisation de techniques nouvelles », prévoit que le Conseil fédéral peut autoriser les gouvernements cantonaux à édicter des dispositions dérogeant à la présente loi s'ils entendent utiliser des moyens techniques nouveaux pour établir les résultats des scrutins (alinéa 1) et que l'utilisation de moyens techniques lors des scrutins est soumise à l'autorisation du Conseil fédéral (alinéa 2).

L'interprétation littérale de cette disposition semble exclure qu'elle puisse servir de base au *e-voting*. Ce dernier va bien au-delà du dépouillement électronique des bulletins, pour se rapporter surtout au vote lui-même, permettant à l'électeur de voter par le biais d'Internet. Il n'est pas certain cependant que cette interprétation traduise fidèlement la volonté de l'auteur de la norme, ni qu'elle soit en harmonie avec la finalité de celle-ci. L'interprétation historique indique en effet que, même si le Conseil fédéral a écarté le *e-voting* pour des raisons d'avancement de la technique et de sécurité, il y a songé, notamment en affirmant vouloir suivre l'évolution. Il semble avoir ouvert une petite porte aux tests qui pourraient être effectués grâce à de nouvelles technologies et on peut penser que, dans cette optique, des projets pilotes mis sur pied par les cantons seraient particulièrement appropriés. En plus, l'alinéa 2 de l'article 84 LFDP se réfère aux moyens techniques « lors des scrutins », termes qui vont au-delà du simple dépouillement des bulletins. Interprétée pour elle-même, cette disposition semble ainsi pouvoir englober toutes les opérations de l'exercice des droits politiques.

[1] R.S. 161.1 (ci-après citée : « LFDP »).

Il n'est dès lors pas impossible de soutenir que si l'alinéa 1 vise les moyens techniques de dépouillement, la teneur de l'alinéa 2 est plus générale et couvre implicitement l'introduction de nouvelles modalités techniques lors des opérations de vote, au moins à titre d'essai. Sur cette base, il est vrai fragile, le Conseil fédéral dispose d'une petite marge pour autoriser les cantons à introduire de nouvelles modalités de vote, en dérogation aux exigences des articles 5 et 12 LFDP, à tout le moins pour une période limitée et en vue de procéder à des tests[2].

L'administration fédérale semble cependant hésiter sur la validité de cette base légale. Elle a en effet mis en consultation un projet de révision partielle de la LFDP, qui prévoit l'adoption de l'article 8a de la LFDP :

> « 1. Le Conseil fédéral peut, en accord avec les cantons et les communes intéressés, autoriser l'expérimentation du vote électronique en la limitant à une partie du territoire, à certaines dates et à certains objets.
>
> 2. Le contrôle de la qualité d'électeur, le secret du vote et le dépouillement de la totalité des suffrages doivent être garantis, et tout risque d'abus doit être écarté.
>
> 3. Le Conseil fédéral règle les modalités. »

Il n'est pas certain que ce projet soit adéquat, nécessaire et utile. Les alinéas 1 et 3 n'ajoutent que peu à l'article 84 LFDP en vigueur, si tant est que l'on accepte d'interpréter cette dernière disposition de façon large. Quant à l'alinéa 2, il n'est nullement indispensable, dans la mesure où les garanties dont il impose le respect découlent pleinement de la protection constitutionnelle de la liberté de vote. Au surplus, le nouvel article proposé se limite à l'autorisation de tests et ne règle donc pas le problème de l'introduction du *e-voting* comme modalité de vote ordinaire en Suisse.

---

2 Du même avis, Vincent TATTINI et Ariane AYER, « *E-voting* et protection des données », plaidoyer 4/2001 47.

Le *canton de Genève* est, sauf erreur, le seul à avoir consacré dans sa législation une disposition concernant l'utilisation des nouvelles technologies de communication dans le domaine de l'exercice du droit de vote. L'article 188 de la *Loi sur l'exercice des droits politiques*[3] dispose ce qui suit :

> « En matière cantonale ou communale, le Conseil d'État peut, en accord avec les communes intéressées, déroger de manière limitée et à titre exceptionnel aux dispositions de la présente loi fixant les méthodes d'exercice des droits politiques et de dépouillement, afin de procéder à des tests en vue d'adapter l'exercice de ces droits aux possibilités offertes par la technique ».

Techniquement, cet article contient une délégation législative en faveur du Conseil d'État, permettant à celui-ci d'adopter une ordonnance dépendante de substitution. Cela étant, cette délégation est limitée à plusieurs égards.

En premier lieu, elle ne s'applique, selon sa lettre claire, qu'en « matière cantonale ou communale ». Cette restriction n'empêche pas les autorités cantonales compétentes, avec l'accord des autorités et dans le respect des règles fédérales, d'étendre le *e-voting* aux votations fédérales organisées sur le territoire du canton de Genève.

Ensuite, la disposition en cause ne permet à l'exécutif de déroger à la loi pour introduire le *e-voting* que « de manière limitée et à titre exceptionnel » et « afin de procéder à des tests ». Le législateur n'a donc pas voulu conférer au gouvernement la compétence d'introduire de manière permanente la possibilité de voter ou d'élire par ordinateur. La délégation couvre en d'autres termes l'introduction du *e-voting* à titre expérimental, pour une période limitée.

---

[3] R.S.G. A 5 05 (ci-après citée : « LEDP »).

Enfin, il faut rappeler que l'article 188 LEDP ne crée pas lui-même une base légale directement applicable qui permettrait aux autorités administratives d'introduire le *e-voting* à Genève. Comportant une délégation législative, il suppose en effet que le Conseil d'État adopte formellement un acte réglementaire, qui précise notamment la nature exacte de l'expérience, à savoir dans notre cas le *e-voting*, les modalités concrètes de celle-ci, notamment le support, les techniques de contrôle et les conditions de sécurité, de même que la durée de l'expérience.

II. La liberté de vote

Garantie par l'article 34 de la Constitution, la liberté de vote se compose de différents principes à contenu spécifique dont plusieurs sont pertinents pour la problématique de l'introduction du *e-voting*[4] : le droit à la composition exacte du corps électoral, le droit au respect du secret de vote, l'interdiction de toute influence illicite sur le résultat du scrutin, l'obligation de prévenir les abus lors de l'exercice du droit de vote et le droit à la constatation exacte du résultat d'une votation ou d'une élection. Il convient donc d'examiner si le *e-voting* satisfait à ces exigences constitutionnelles.

D'après le Tribunal fédéral, la liberté de vote commande notamment que *le secret* soit préservé de la même façon pour les citoyens votant par procuration ou par correspondance et pour ceux qui se présentent personnellement au bureau de vote[5]. L'article 5 alinéa 7 LFDP ne dit pas autre chose. Il va sans dire qu'il devra également être garanti pour ceux qui votent par le biais d'Internet.

---

4 Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, « L'État », Berne, Staempfli, 2000, n^{os} 846 suiv.

5 ATF 113 Ia 161, 164.

La garantie constitutionnelle et légale du secret de vote comporte deux aspects. D'une part, les votes émis par les citoyens ne doivent pas faire l'objet d'un contrôle des opinions politiques exercé par les autorités. D'autre part et surtout, les tiers ne doivent pas pouvoir prendre connaissance de la manière dont les citoyens ont voté. Selon la jurisprudence, il incombe à l'État, et non au citoyen lui-même, d'adopter les mesures qui permettent de sauvegarder le secret de vote[6].

Les exigences quant au secret de vote n'ont cependant pas la même portée pour toutes les modalités de vote. Elles sont moins strictes pour le vote par correspondance que pour le vote à l'urne. Les citoyens qui remplissent leur bulletin de vote à la maison, manuellement ou via Internet, ne bénéficient pas de la même protection à l'égard des tiers que ceux qui se rendent aux locaux de vote. Le fait qu'ils se trouvent en règle générale au sein de leur famille ou dans des cadres semblables, par exemple au lieu de travail, devrait cependant suffire à ce qu'ils puissent voter selon leurs préférences politiques, sans que d'autres personnes puissent prendre connaissance de leur vote et les soumettre ainsi à des pressions contre leur gré.

Il en va différemment de l'aménagement concret du déroulement de la votation. Il s'agit là d'un problème essentiellement technique. Le système doit être absolument sûr en rendant impossible le captage des votes. Si tel n'est pas le cas, le risque est grand que des profils politiques soient créés, ce qui constituerait une atteinte grave non seulement aux droits politiques des citoyens, mais aussi à leur liberté personnelle[7]. Dans cette même optique, il faut également garantir que les autorités ne puissent pas utiliser les bases de données contenant les votes émis par voie informatique.

6 ATF 98 Ia 602, 613.

7 Art. 13 al. 2 de la Constitution; ATF 125 I 257, 260; 124 I 34, 36.

Un problème lié au secret de vote, mais qui s'en distingue pourtant, est celui de la *prévention des abus* lors d'une votation. La simple mention des dispositions pénales (article 282bis du Code pénal) ne suffit pas pour prévenir les abus. Il faut que les cantons aménagent la procédure de vote de telle façon que l'expression sûre et non faussée de la volonté de l'électeur soit garantie.

En 1995, le Tribunal fédéral a jugé inconstitutionnelle une loi bâloise qui permettait de voter par correspondance de manière anonyme[8]. Afin de vérifier que seules les personnes ayant le droit de vote ont recours au vote par correspondance et qu'elles ne le font qu'une seule fois, l'autorité compétente doit pouvoir identifier les électeurs qui votent par correspondance, sans pouvoir toutefois connaître leur vote. Le Tribunal fédéral a cependant précisé que les cantons ne sont pas tenus par le droit fédéral de prévoir la signature comme moyen d'identification des votants :

> « Ils conservent une liberté importante pour déterminer la forme sous laquelle les citoyens votant par correspondance attestent leur qualité d'électeur. Tout moyen permettant l'identification fiable des électeurs est admissible. »[9]

Ce point est capital pour déterminer les exigences constitutionnelles quant à la prévention des abus en matière du *e-voting*.

La question de la *sécurité* se pose en effet de façon différente pour chacune des principales modalités de vote. À chaque étape, au fur et à mesure que l'émission du vote devient plus facile et plus confortable pour l'électeur, les possibilités d'abus se multiplient et s'intensifient. Pour le vote à l'urne, la falsification du vote individuel par un tiers est pratiquement impossible. Il faudrait que ce dernier recoure au procédé, tout de même lourd et risqué, du vol de l'urne pour tenter d'influencer le résultat du vote. Pour le vote par correspondance, le risque d'abus

[8] ATF 121 I 187.

[9] ATF 121 I 187, 195 = JT 1997 I 74, 88.

portant sur le vote individuel est plus grand. Parallèlement, les enveloppes expédiées se prêtent à des opérations d'interception qui apparaissent relativement plus faciles que le vol des urnes. C'est d'ailleurs précisément en raison des risques accrus que présente le vote par correspondance pour la sécurité du vote qu'il a été réservé pendant longtemps aux seuls électeurs malades ou infirmes et qu'il a fallu attendre la révision de la LFDP de 1994 pour que les cantons puissent le généraliser.

Dans cette perspective, il est difficilement contestable que le *e-voting* s'expose davantage à des abus que le vote par correspondance. Dès que le vote s'effectue par Internet, tout procédé de *hacking* par lequel des tiers forcent l'accès aux données, que ce soit au moment de la transmission de celles-ci ou pendant leur conservation avant dépouillement, présente un risque considérable pour la sécurité et, à vrai dire, pour la véracité du scrutin.

Cependant, il faut bien se rendre compte que l'exigence catégorique d'un système de sécurité qui soit à même de fournir une protection absolue contre des abus rendrait à la limite impossible toute modalité de démocratie. Ni le vote à l'urne ni le vote par correspondance, ni même la *Landsgemeinde*, tels qu'ils sont organisés à l'heure actuelle en droit positif suisse, ne sont en mesure de fournir cette garantie. Des irrégularités sont non seulement possibles, mais elles ont lieu de temps à autre, même en Suisse, sans que pour autant ces modalités de vote aient été radicalement remises en question. Or, il n'y a pas de raison d'exiger la sécurité absolue pour le *e-voting* alors qu'elle n'existe pas pour les autres modalités de vote.

Cela étant, il est vrai que les défis que pose le *e-voting* à la sécurité et au secret du vote sont d'une envergure et d'une difficulté considérables. Il faut en particulier empêcher que les suffrages exprimés par Internet ne soient interceptés ou modifiés par des tiers ou des autorités. Il faut protéger les serveurs contre des attaques. Il faut s'assurer que seules les personnes ayant le droit de participer au scrutin en cause puissent voter par Internet et que chacune d'elles ne vote

qu'une fois. Il faut limiter la possibilité de voter par Internet à la période pendant laquelle le vote par correspondance est possible, soit au plus tôt quatre et au plus tard trois semaines avant la date du scrutin[10]. Il faut permettre enfin à l'autorité de vérifier que l'ensemble de ces conditions soient remplies, sans avoir accès au vote et sans pouvoir remonter d'un suffrage à un électeur.

En résumé, la question de savoir quel degré de sécurité peut et doit être exigé n'est pas une question technique, mais une *question politique*, qu'il appartient par conséquent à l'autorité politique de trancher, en tenant compte des conséquences de ces exigences sur la façon dont les citoyens peuvent encore faire usage de la nouvelle technologie d'information et de communication. En d'autres termes, ce choix doit être guidé par le principe de la proportionnalité, qui ne commande pas un maximum, mais un optimum de sécurité, compte tenu des finalités du *e-voting* et d'un optimum de confort que cette modalité nouvelle doit procurer aux électeurs.

La liberté de vote confère aussi aux citoyens le droit à ce que le résultat d'une votation soit *correctement constaté et établi*[11]. Comme pour les bulletins déposés dans l'urne et pour ceux émis par correspondance, le décompte des bulletins électroniques peut subir des pannes et souffrir d'erreurs, qui doivent pouvoir être corrigées.

À cet égard, il est essentiel que l'on puisse, dans la mesure du possible, éviter la cassation du résultat de la votation, qui constitue la sanction la plus sévère d'une violation de la liberté de vote, en présence d'indices sérieux d'erreurs commises lors de la constatation du nombre des votes envoyés par ordinateur. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'annulation du scrutin et l'organisation d'une nouvelle votation ne s'imposent pas s'il est possible de chiffrer les bulletins qui ont été mal

[10] Art. 11 al. 3 LFDP.

[11] ATF 104 Ia 428, 432 *Walcher*.

comptés[12]. Ainsi, il faudrait que les autorités prévoient la mise en place d'un système qui permette de vérifier le cas échéant le nombre de bulletins de vote électroniques défectueux.

Ainsi, il faut que l'autorité administrative ou judiciaire ait la possibilité de procéder à un recomptage pour constater les irrégularités commises lors de l'établissement du résultat de vote, sans que l'identité des votants ayant utilisé Internet pour l'exercice de leur droit de vote doive pouvoir être révélée. Il faut ainsi constituer une « urne électronique », dans laquelle seront conservés les bulletins de vote électroniques anonymes, parmi lesquels l'autorité compétente pourra clairement distinguer, et donc chiffrer, ceux qui contiennent des erreurs et ceux qui sont corrects.

Ce droit de regard des autorités ne se limite pas au seul contenu des bulletins électroniques, mais doit s'étendre dans une certaine mesure aux éléments du système informatique qui produisent les-dits bulletins. En cas de doute, l'autorité compétente doit pouvoir ordonner une expertise relative au fonctionnement du système retenu, afin de pouvoir évaluer si les erreurs ne sont pas imputables à ce dernier.

[12] ZBl 1977 452 et suiv. : Hans-Rudolf ARTA, « Die Rechtsfolgen unzulässiger behördlicher Einflussnahmen auf kantonale und kommunale Wahlen und Abstimmungen », (1996) 3 *A.J.P.* 281.

Achevé d'imprimer
en avril 2003 sur les presses de
Imprimeries Transcontinental inc.,
division Métrolitho

Imprimé au Canada

ISBN 2-89400-172-X