

La légitimité des procédures de vote:  
les défis du e-voting

par

ANDREAS AUER

professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève;  
directeur du c2d

&

NICOLAS VON ARX

assistant au c2d

Genève, décembre 2001

## Que le débat public commence!

La démocratie telle qu'elle a été pensée dès le XVIII<sup>e</sup> siècle et telle que nous la connaissons aujourd'hui a fait du peuple le Souverain. Dans la Constitution genevoise, le corps formé de l'ensemble des électrices et électeurs est nommé Conseil général. Il a notamment la compétence de choisir les membres du Grand Conseil, du Conseil d'Etat et du Pouvoir judiciaire. Ceux-ci exercent un certain nombre de prérogatives au nom du Conseil général et sur sa délégation. Cet ensemble de règles et de procédures forment les institutions. Celles-ci sont à la fois symboliques et réelles.

L'histoire récente nous montre que des institutions qui n'ont plus l'adhésion du peuple ne résistent pas, quelles que soient leur organisation ou leur emprise sur la société. La légitimité institutionnelle tient autant aux règles et structures étatiques qu'à leur capacité de répondre aux attentes de la population. L'évolution est donc inscrite dans les "gènes" des institutions. Les besoins et attentes de la population changent; les procédures et les constructions institutionnelles ne peuvent l'ignorer.

Internet et l'ensemble des technologies de l'information provoquent des modifications sociales et des comportements d'une ampleur inconnue depuis la révolution industrielle il y a deux siècles. L'utilisation d'Internet dans le cadre des institutions, en particulier le vote par Internet et la légitimité de ce mode de scrutin, sont à l'ordre du jour: Internet permet-il de garantir le secret du vote? Offre-t-il une sécurité comparable à celle des modes actuels de scrutin? Proposer aux électeurs d'exprimer leur choix à travers une infrastructure partiellement virtuelle est-il compatible avec les formes et contrôles nécessaires au fonctionnement démocratique?

Cette étude originale et professionnelle conduite par le professeur Andreas Auer, directeur du Centre d'études et de documentation sur la démocratie directe (C2D) de l'Université de Genève, et son assistant Nicolas von Arx, examine ces questions à la fois sociologiques, juridiques et philosophiques.

Je tiens à les remercier d'avoir accepté ce défi et de s'être aventurés sur une "terra incognita" pour la défricher et la baliser.

Leur conclusion est positive: oui, le vote par Internet est légitime, pour autant que sa sécurité soit garantie et qu'il soit approuvé par le corps électoral. Cette réponse va dans le sens de ce qu'ont toujours souligné les autorités genevoises, mais aussi les autorités fédérales sous le contrôle desquelles Genève développe une application pilote de vote électronique, dont les enseignements bénéficieront à l'ensemble des cantons suisses. La balle est donc dans le camp du Conseil général et de ses représentants. Il en est bien ainsi, car dans notre système, c'est de lui que découle en dernière analyse toute légitimité institutionnelle.

Que le débat public commence!

Robert Hensler  
Chancelier d'Etat

## Introduction

Le principal atout de la démocratie directe réside dans la légitimité qu'elle confère aux autorités étatiques et aux actes que celles-ci adoptent. Les actes les plus importants pour l'Etat et pour la société sont pris par ceux-là mêmes qui en sont les principaux destinataires, à savoir les citoyens<sup>1</sup>. Voulu et approuvé par le peuple, la norme acquiert une puissance inégalée et devient difficilement contestable, sauf par le biais d'une nouvelle décision du peuple<sup>2</sup>.

Or, il ne suffit pas que le peuple ait l'occasion de choisir ses représentants et d'accepter ou de rejeter certains actes comme la constitution et les lois. Il faut encore qu'il puisse exprimer ce choix et manifester ces préférences à travers une procédure qui traduise fidèlement la volonté effective de la majorité. L'électeur et les principaux acteurs politiques ne sont prêts à jouer le jeu et, le cas échéant, à accepter de figurer parmi les perdants, à savoir la minorité, que s'ils sont certains que le résultat annoncé de l'opération électorale ou référendaire correspond effectivement au résultat atteint. La régularité de la procédure de vote, et le contrôle de cette régularité, sont ainsi des éléments décisifs et irremplaçables de la légitimité démocratique<sup>3</sup>. Il suffit de penser aux scrutins qui, bien qu'impliquant la participation active de tous les électeurs, font l'objet de manipulations et de truquages divers – et il y en a – pour se rappeler que la participation démocratique doit se doubler d'un contrôle démocratique et que les deux sont essentiels à la légitimité et donc au fonctionnement de la démocratie.

---

<sup>1</sup> Cette conception de la légitimité n'est pas nouvelle, mais remonte au moins jusqu'à ROUSSEAU, qui préconisait que les lois émanent de la volonté générale et que tout Etat régi par des lois est une République. Il en concluait que tout gouvernement légitime doit être républicain et, par voie de conséquence, que tout gouvernement est légitime si les lois traduisent la volonté du peuple, JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du contrat social*, livre II, "De la loi".

<sup>2</sup> Voir à ce sujet AUER ANDREAS. *Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse*, RDS I 1984, 85.

<sup>3</sup> Voir TSCHANNEN PIERRE, *Stimmrecht und politische Verständigung; Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie*, Basel/Frankfurt a.M. 1995, 31 s.: "Dem traditionell formalen Regelungsansatz entspricht es, wenn die Rechtsprechung den herausragenden Stellenwert der demokratischen Spielregeln betont. [...] Damit werden die Äusserlichkeiten der demokratischen Entscheidungsfindung zum Garant materialer Verfassungswerte: Sie zu respektieren scheint 'präsumtiv notwendig ...', um die richtige Kundgebung der Stimmberechtigten zu gewährleisten"; die formell korrekte Wahl oder Abstimmung hat dann die Vermutung der legitimierten Entscheidungsfindung für sich".

La légitimité du vote électronique, à savoir la possibilité pour les électeurs de voter par le biais d'Internet, prévue à titre expérimental pour des votations dans le canton de Genève en 2002, est mise en doute par certains au motif que ce vote ne remplirait pas les conditions essentielles rendant le scrutin légitime aux yeux du corps électoral. Ceci ébranlerait la confiance des citoyens dans les procédures démocratiques et par voie de conséquence, dans le système démocratique lui-même<sup>4</sup>. A titre principal, la critique porte sur le fait que les citoyens ne sont en mesure de contrôler ni les programmes informatiques qui gèrent les opérations de vote, ni le décompte des bulletins de vote, et qu'ils ne peuvent pas vérifier que le résultat de vote soit correctement établi et constaté.

On sait que le vote électronique pose des problèmes particuliers quant à sa sécurité, à sa fiabilité et donc à sa légitimité : comment le citoyen peut-il avoir confiance que son vote électronique, et celui des autres, ne soit pas capté, dévié, oublié ou faussé soit par une erreur de système, soit par une intervention délibérée de tiers ? La question de la légitimité du e-voting est d'autant plus importante que cette nouvelle modalité de vote implique, bien plus que les anciennes, le recours à des technologies nouvelles dont le fonctionnement échappe non seulement à l'écrasante majorité des citoyens, mais aussi, dans une large mesure, aux services compétents de l'Etat. Ce dernier doit dès lors faire appel – phénomène nouveau dans l'histoire de la démocratie – à des entreprises privées, qui sont chargées, contre rémunération, de concevoir les programmes qui permettent de saisir, de transmettre et de compter les bulletins de vote électroniques. Comment dès lors garantir que le citoyen garde ne serait-ce qu'un minimum de confiance dans ce système, un minimum sans lequel ce système ne peut acquérir la légitimité indispensable à son fonctionnement?

Pour répondre à ces questions, nous allons dans un premier temps examiner comment, de manière générale, on pourrait circonscrire la notion de légitimité (1). Dans un deuxième temps, nous rappellerons que cette légitimité comporte d'abord un important élément formel (2). Dans l'ensemble, les procédures de vote "traditionnelles" ont été – et sont toujours – acceptées par les citoyens. Il s'agit donc d'examiner par quels moyens s'exerce aujourd'hui et s'exerçait hier le contrôle des opérations de

---

<sup>4</sup> Voir par exemple le site du Groupe des Utilisateurs Linux du Léman (GULL): <http://www.linux-gull.ch/evote/>

vote. Ainsi, nous tenterons de répondre à la question de savoir comment s'obtient et comment se maintient, dans les systèmes de vote traditionnels, la légitimité des opérations électorales, en analysant d'abord le fonctionnement des Landsgemeinden (3), du vote à l'urne (4) et finalement du vote par correspondance (5) et en les comparant à chaque fois au fonctionnement possible et prévisible du e-voting. Ainsi, nous serons en mesure de résumer certaines précautions qu'il faut prendre et certains mécanismes qu'il faut instituer pour pouvoir introduire le e-voting sans mettre en cause la légitimité du système démocratique en tant que tel.

## 1. Légitimité et confiance

Qu'est-ce que c'est la "légitimité" d'une procédure<sup>5</sup>? De quelle manière se détermine la "confiance" des citoyens dans une modalité de vote? A vrai dire, il nous semble impossible de donner une réponse claire et univoque à ces deux questions. Car la légitimité ne se prête pas vraiment à être chiffrée, calculée ou mesurée. On ne peut pas définir un certain seuil à partir duquel on pourrait considérer qu'une procédure, un acte normatif ou un organe élu jouisse de la confiance des citoyens et soit donc légitime aux yeux du corps électoral. En plus, les individus ont parfois des attitudes opposées quant à leurs attentes concernant la réglementation d'une procédure, à la manière dont un acte normatif doit être adopté ou rédigé ou au fonctionnement optimal d'un organe étatique. Il s'agit finalement de sentiments et d'attitudes des citoyens qui sont difficiles à saisir et plus difficiles encore à mesurer<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> La doctrine appréhende généralement la question de la légitimité démocratique sous l'angle des régimes politiques en recourant à la typologie wébérienne, laquelle définit trois types idéaux de domination légitime connus sous les termes génériques de légitimité légale-rationnelle, traditionnelle et charismatique; voir WEBER MAX. *Economie et société*, Paris 1996. Cependant, cette approche s'inscrit dans une réflexion plus générale sur l'Etat et sur son environnement politique, en ce sens qu'à chaque idéal-type correspond un système politique et une administration déterminés. Ainsi, en reconnaissant à l'Etat la capacité d'être la seule organisation politique revendiquant le monopole de la violence, Weber définit un environnement politique à l'intérieur duquel prend place sa conception organisationnelle de l'Etat.

<sup>6</sup> Voir aussi AUER (note 2), 77: "A l'instar de la foi religieuse et de l'affection amoureuse, qui sont difficilement définissables en des termes concrets, la croyance en la démocratie ne se mesure pas en unités statistiques. On peut la sentir, en deviner l'importance, mais il est impossible de la définir et de la chiffrer".

Des sondages d'opinion peuvent certainement donner de précieuses indications concernant l'attitude des citoyens à l'égard du vote électronique. Ils ne permettent cependant pas de

Parler de légitimité et de confiance démocratique, c'est donc accepter d'emblée de marcher sur un terrain mouvant et incertain, surtout s'il s'agit proposer des solutions quant à la manière dont on pourrait obtenir, ou ne pas perdre, la légitimité d'une nouvelle procédure de vote. Nous allons donc nous borner à explorer quelques pistes qui indiqueront ce que l'on pourrait prévoir comme conditions minimales pour rendre possible, sans pouvoir la garantir, la légitimité du vote électronique. Car il faut bien se rendre à l'évidence, en ce domaine, le chercheur ne peut faire que des suppositions. Savoir si les prévisions et les perspectives auxquelles il aboutit permettraient effectivement d'obtenir le résultat souhaité, à savoir la légitimité d'une procédure, est une autre question.

Un premier élément qui fonde la légitimité de toute modalité de vote est la sécurité de celle-ci. Or, la sécurité du e-voting est certes un problème essentiellement technique, mais pas seulement. Savoir quel degré de sécurité est nécessaire et possible, compte tenu des avantages et des inconvénients qui en découlent, est une décision fondamentalement politique. Quoi qu'il en soit, si le vote électronique devait engendrer de graves problèmes de sécurité lors des premiers essais – ou même plus tard – les citoyens risqueraient de perdre toute confiance dans cette modalité de vote. Les autorités seraient alors probablement obligées de prendre la seule mesure qui s'impose, à savoir abandonner cette expérience. Car même si les problèmes techniques constatés pouvaient être résolus, il est difficilement concevable que l'on maintienne une procédure qui aurait perdu la confiance des citoyens<sup>7</sup>.

Il est vrai que les autres modalités de vote comportent elles aussi une dose de risques et de dangers d'abus et de pannes. Il ne faut pas oublier que chacune d'elles peut donner lieu, et a occasionnellement donné lieu, à des manipulations diverses. Mais les problèmes qui en résultent pour la

---

répondre à la question de savoir si les citoyens l'estiment au moment même de son introduction comme légitime, étant donné qu'il ne savent pas encore comment il va fonctionner en pratique. Les sondages effectués après l'introduction, suite à la mise en pratique, seraient plus révélateurs, mais ne permettraient néanmoins pas de chiffrer le seuil nécessaire délimitant la légitimité. En effet, si par exemple 70% des citoyens approuvent cette modalité de vote, que faut-il penser des autres 30%?

<sup>7</sup> Ainsi, il aurait été inconcevable que l'on continue à utiliser les anciennes machines de vote en Floride après les problèmes survenus lors de l'élection présidentielle de novembre 2000. Ces 3594 machines sont aujourd'hui vendues aux enchères sur Internet; voir NZZ, 20 novembre 2001, 64.

démocratie ne pèsent pas aussi lourds que le risque de pannes et de problèmes inhérent au e-voting. D'abord, les systèmes traditionnels ont globalement fait leur preuve de leur efficacité. Ayant été utilisés en Suisse et à l'étranger depuis des décennies, ils ont su, par l'habitude et routine, gagner la confiance des citoyens. Ensuite, et ceci est peut-être plus important, si l'on falsifie des signatures sur les bulletins de vote à la main pour ensuite les envoyer par la poste, ou si l'on ouvre une urne pour ajouter ou enlever des bulletins de vote, le citoyen peut concevoir comment ces irrégularités se sont produites. Il s'agit donc de quelque chose de concret. En ce qui concerne le vote électronique par contre, le citoyen n'est pas capable de savoir comment les bulletins ont été, le cas échéant, falsifiés ou détournés. Les manipulations des programmes gérant les opérations de vote sont, pour la très grande majorité des citoyens, abstraites, ce qui comporte le risque que le citoyen perde la confiance dans le système lui-même, bien qu'il ne s'agisse, selon les cas, que d'un problème tout à fait mineur.

Cet aspect de la légitimité se confond alors avec l'efficacité, en ce sens qu'une procédure qui n'a pas fait ses preuves dans la pratique ne devrait pas être maintenue. La légitimité d'une nouvelle modalité de vote, en d'autres termes, ne peut s'acquérir qu'avec le temps, ne pouvant pas être considérée comme acquise au moment de l'introduction de la mesure.

Un deuxième aspect de la légitimité concerne la manière dont une modalité de vote a été introduite. En effet, cette manière peut lui conférer de la légitimité au moment même de son introduction, quitte à passer à l'arrière plan par la suite.

Mais la légitimité dépend avant tout du contrôle du déroulement et du dépouillement du scrutin. Ce contrôle a jusqu'alors été effectué par des procédés qui comportent eux-mêmes un élément démocratique<sup>8</sup> : les électeurs en Landsgemeinde, les scrutateurs et les jurés électoraux dans les

---

<sup>8</sup>Si la légitimité formelle se résume à la capacité pour l'Etat de donner une base légale à cette procédure, en revanche en matière de légitimité sociale, la confiance des électeurs en ce nouveau système constitue la pierre angulaire. Si un vote par voie référendaire constitue le premier outil pour savoir si la population soutient ce système, cela ne résout pas pour autant la question de la confiance. Or le problème posé par le e-voting concerne le processus de contrôle des votes, afin d'assurer son bon fonctionnement. Ainsi, la légitimité de la procédure du e-voting comporte un aspect essentiel de confiance des citoyens dans ce système, en d'autres termes, en ce qui concerne la mise en place de procédures de contrôle et la transparence de leur fonctionnement.

votes à l'urne et le dépouillement des votes par correspondance en présence de citoyens. Il est donc indispensable d'examiner comment le contrôle des opérations de vote a fonctionné dans le cadre de ces systèmes de vote traditionnels, afin de voir comment ceux-ci ont historiquement pu acquérir et conserver cette légitimité qui fait leur force.

## 2. La légitimité formelle de la procédure de vote

Les règles essentielles déterminant les procédures démocratiques doivent être ancrées dans des lois au sens formel. Cette exigence est aujourd'hui expressément stipulée à l'art. 164 al. 1 lit. a de la Constitution fédérale<sup>9</sup>. Les cantons, quant à eux, disposent d'une autonomie constitutionnelle très étendue en matière de la réglementation des droits politiques qu'ils confèrent à leur propre corps électoral (art. 39 al. 1 Cst.). Néanmoins, il découle de la jurisprudence du Tribunal fédéral que les règles concernant l'organisation des votations populaires cantonales et communales doivent se trouver dans des lois formelles<sup>10</sup>.

Le peuple suisse, en tant qu'organe ayant le droit de se prononcer sur certains actes normatifs et décisions, a également la possibilité de déterminer lui-même comment il va procéder lors de l'adoption des actes étatiques. Il est vrai que cela conduit au dilemme classique: qui, de la poule ou de l'œuf, est premier ? Les règles de procédure doivent être adoptées selon un processus démocratique qui, lui aussi, doit fonder sa légitimité sur des règles de procédure démocratiquement adoptées. Il s'agit là cependant d'un débat plutôt académique, car il n'est pas indispensable en l'espèce de

---

<sup>9</sup> Art. 164 al. 1 lit. a Cst.: "Toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Appartiennent en particulier à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives à l'exercice des droits politiques". A cela on peut ajouter Art. 164 al. 1 lit. g Cst., qui inclut dans les dispositions fondamentales celles relatives à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales, parmi lesquelles, dans la démocratie directe suisse, il faut compter le peuple.

<sup>10</sup> ATF 104 Ia 226, 233 Fauquex = JT 1980 I 473, 479: "Dans le domaine de l'organisation de l'Etat, il faut une base légale pour toute procédure qui aboutit à des décisions juridiquement contraignantes, que ce soit en matière de législation, de juridiction ou d'administration. [...] Cela correspond aussi au sens de la procédure des votations – par laquelle il est fait appel à l'ensemble des citoyens pour exercer une fonction publique, comme organe suprême de la formation de la volonté étatique – que cette procédure ne puisse être ordonnée qu'en vertu de la constitution et de la loi et qu'elle doive se dérouler dans un cadre juridique strictement fixé".

Voir aussi AUER & KIES & TRECHSEL & VON ARX, Voter par Internet? Le contexte socio-politique et le cadre juridique de l'introduction du e-voting dans le canton de Genève, Basel/Frankfurt a.M. 2001, 81.

se poser la question de savoir comment se crée un nouvel ordre constitutionnel légitime<sup>11</sup>. Il suffit de relever que le principe démocratique lui-même est aujourd'hui accepté sans contestations<sup>12</sup>. En effet, les règles concernant les procédures démocratiques sont jugées tellement importantes qu'elles doivent elles-mêmes bénéficier de la légitimité populaire.

L'introduction du vote électronique pour les votations genevoises en 2002 ne suit pas cette procédure, étant donné qu'elle sera formellement basée sur un simple règlement du Conseil d'Etat, par définition soustrait au référendum. D'un point de vue juridique, cela ne pose guère de problème, le règlement lui-même ayant son fondement dans une loi formelle, à savoir la loi sur l'exercice des droits politiques du canton de Genève (LEDP)<sup>13</sup>. Dans une optique plus large, les premières votations électroniques seront cependant organisées sans le concours direct du peuple, qui ne disposait pas du droit de se prononcer explicitement sur l'opportunité de cette modalité de vote. Paradoxalement, le citoyen ne peut ainsi pas exprimer sa volonté sur le support par lequel il peut précisément exercer cette volonté, ce qui est pour le moins inhabituel par rapport à la réglementation des procédures démocratiques en Suisse. Ce défaut ne semble cependant pas porter à conséquence, parce que le vote électronique concernera uniquement quelques votations prévues à titre expérimental. L'introduction du vote électronique comme procédure ordinaire, à côté du vote à l'urne et du vote par correspondance, devrait cependant se faire par l'adoption d'une loi soumise au référendum, afin que les citoyens puissent se prononcer le cas échéant sur sa désirabilité. La possibilité d'un référendum portant sur l'introduction du e-voting à titre de modalité de vote complémentaire mais régulière apparaît comme un élément

---

<sup>11</sup> Voir AUER ANDREAS, *Le référendum constitutionnel*, in: "Les origines de la démocratie directe en Suisse", Bâle/Francfort 1996, 80 s.: "Dans la phase révolutionnaire de naissance d'une (première) constitution, le peuple est appelé à ratifier un texte constitutionnel élaboré par d'autres ou à se prononcer sur la forme de gouvernement qui sera instituée par la constitution future. [...] Puisqu'il consomme une rupture avec la constitution en vigueur, il ne peut y trouver sa base, qui résulte d'un fait politique auquel quelques normes de procédure s'efforcent de conférer au moins une apparence de légalité".

<sup>12</sup> Voir de manière générale KÄLIN WALTER, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, Berne 1987, 121: "Das Legalitätsprinzip hat auch eine Wurzel in der Idee, dass im demokratischen Staat hoheitliche Tätigkeiten ihre Grundlage in einer vom Gesetzgeber gewollten und legitimierten Norm, d.h. in einem Gesetz im formellen Sinn finden müssen".

<sup>13</sup> Voir AUER & KIES & TRECHSEL & VON ARX (note 10), 83 ss.

indispensable à la construction d'une légitimité de cette nouvelle modalité de vote<sup>14</sup>.

### 3. La Landsgemeinde

La Landsgemeinde, ou l'assemblée communale, se définit "comme une assemblée, formée de tous les citoyens actifs, qui se réunit périodiquement pour délibérer des affaires de l'Etat et surtout pour procéder à des élections et à des votations"<sup>15</sup>. Ayant longtemps constitué la procédure démocratique ordinaire, sinon unique, la Landsgemeinde n'est aujourd'hui plus que pratiquée dans les cantons de Glaris et d'Appenzell Rhodes-Intérieures, tandis que la majorité des communes suisses connaissent toujours l'institution de l'assemblée<sup>16</sup>. La caractéristique principale de ces systèmes se trouve dans le fait que le corps électoral se réunit et prend les décisions ensemble<sup>17</sup>. Le contact entre les citoyens et l'Etat auquel ils participent et qu'ils constituent, est donc direct. De cette manière, la transparence du processus de décision paraît être idéale, puisque les votants sont tous présents au moment du décompte des voix. Le contrôle est instantané, immédiat et se fait par ceux-là mêmes qui effectuent l'opération de vote. L'acte de vote se confond, du moins en théorie, avec le décompte des voix.

Ce que le processus de décision gagne en transparence, il le perd en précision et exactitude. En effet, le vote en assemblée s'effectue en un instant, tous les citoyens concourant au même moment à l'adoption ou au rejet de l'acte qui leur est soumis. Cela exclut par définition un décompte

---

<sup>14</sup> A noter que si le référendum était demandé, la votation sur l'introduction du e-voting devrait se dérouler avec les modalités de vote traditionnels, c'est-à-dire sans le e-voting. Pour d'autres exemples de ce paradoxe de la démocratie directe, voir ANDREAS AUER. La démocratie directe: prison ou garantie de la liberté politique?, in: Rivista di diritto amministrativo ticinese 1994 II 239-253.

<sup>15</sup> GRISEL ETIENNE. Initiative et référendum populaires; Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 2<sup>ème</sup> édition, Lausanne 1997, 121.

<sup>16</sup> HANGARTNER & KLEY. Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, 79; AUER & MALINVERNI & HOTTELIER. Droit constitutionnel suisse, vol I L'Etat, Berne 2000, 84 ss.

<sup>17</sup> Nous ne nous occupons pas ici des avantages et défauts des Landsgemeinden. A cet égard, voir ATF 121 I 138 Willi Rohner; CARLEN LOUIS. Die Landsgemeinde, in: "Les origines de la démocratie directe en Suisse", Bâle/Francfort 1996, 22 s.; MÖCKLI SILVANO. Die schweizerischen Landsgemeindedemokratien, Berne 1987, 55.

précis des suffrages. Le résultat du vote est estimé ("geschätzt")<sup>18</sup>. Un tel procédé a néanmoins été jugé conforme à la liberté de vote des citoyens par le Tribunal fédéral:

"Dans le cas d'espèce, le Landamman avait de sérieuses raisons de douter de l'exactitude du résultat constaté du scrutin, étant donné que la proclamation de celui-ci donnait lieu à de vives protestations parmi les citoyens et qu'il a été rendu attentif à une erreur par le scrutateur. Dans une telle situation, le Landamman était fondé à ordonner un nouveau vote, afin d'estimer une nouvelle fois les voix émises, le cas échéant avec l'aide de quatre membres de l'exécutif. En vertu du droit à la constatation exacte du résultat d'une votation, garanti par le droit fédéral, il était compétent pour procéder de cette manière"<sup>19</sup>.

Mais au delà de la jurisprudence confirmant la constitutionnalité de cette modalité de vote, le plus important dans ce contexte est que les citoyens eux-mêmes avaient la possibilité de se plaindre que le résultat de vote avait été mal estimé. Les citoyens constituent dès lors non seulement l'organe qui prend la décision, mais également celui qui contrôle toute la procédure, le cas échéant en protestant contre la manière dont les autorités ont procédé. Les défauts quant à l'exactitude et à la précision du décompte sont alors en quelque sorte contrebalancés par le contrôle immédiat exercé par tous les citoyens prenant part à la votation. Ceci explique peut-être que la légitimité de la procédure de vote lors des Landsgemeinden n'est guère mise en doute, bien que les expériences historiques montrent que sa fiabilité est elle aussi relative: corruption, intimidation, décisions arbitraires et tumultes étaient en effet monnaie courante<sup>20</sup>. Mais le caractère symbolique l'emporte sur ces considérations<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Voir par exemple l'art. 67 al. 1 Cst. GL: "Der Landammann ermittelt die Mehrheit durch Abschätzen. In zweifelhaften Fällen kann er vier Mitglieder des Regierungsrates beratend beiziehen".

<sup>19</sup> ATF 104 Ia 428, 432 Walcher (traduction); voir aussi ATF 100 Ia 362 Steimen.

<sup>20</sup> Voir MÖCKLI (note 17), 44 ss.

<sup>21</sup> De manière un peu idéalisante MÖCKLI (note 17), 41: "Die Landsgemeinde ist mehr als ein Staatsorgan, sie ist die Vergegenständlichung hoher kollektiver Werte wie Demokratie, Selbstbestimmung, Freiheit, Unabhängigkeit, sie ist Sinnbild der bäuerlich-alpinen traditionsverwurzelten Lebensform, und sie ist schliesslich ein mächtiges

A première vue, il paraît difficile de comparer la Landsgemeinde, procédure de vote traditionnelle s'il en est, avec le e-voting, nouveauté qui s'est développée grâce aux nouvelles technologies de communication. Il paraît évident que le sentiment de communauté et le vécu collectif, qui constituent d'importants aspects de la légitimité de la Landsgemeinde, ne peuvent pas être atteints dans le cadre du vote électronique<sup>22</sup>.

Par contre, si l'on se penche uniquement sur les moyens de contrôle des opérations électorales, on constate d'importants parallèles possibles entre les deux. En effet, nous avons relevé que la Landsgemeinde tire une partie de sa légitimité du fait que tous les citoyens prenant part à la votation puissent contrôler et surveiller les opérations de vote, ainsi que le décompte des voix. Cette possibilité pourrait exister, sous certaines réserves, aussi pour le vote électronique.

Si l'on garantissait ce que les spécialistes appellent "l'accès au code source", toutes les personnes intéressées seraient en mesure de vérifier le programme de gestion et de comptage des bulletins. Il est vrai que seuls des experts ayant des connaissances informatiques approfondies pourraient bénéficier de l'accès open source des programmes gérant le vote électronique<sup>23</sup>. Mais ceux-ci pourraient, un peu comme les citoyens lors des assemblées, protester dès qu'ils détectent des problèmes techniques, des falsifications ou des attaques par des hackers ou des crackers, à savoir les pirates du système. En rendant publiques leurs constatations, les citoyens-internautes pourraient ainsi informer les citoyens ordinaires et les autorités des irrégularités commises. La mise en place d'un code open source permettrait donc d'exercer un certain contrôle sur les mécanismes complexes des opérations du e-voting.

En comparaison avec la Landsgemeinde, le cercle de personnes capables de vérifier les programmes serait en même temps plus réduit et plus étendu. Plus réduit, parce que ce contrôle se trouverait d'emblée concentré entre les

---

Sozialisationsinstrument. An der Tagung der Landsgemeinde ist der einzelne Teilnehmer Darsteller, Handelnder, Betrachter und Sozialisationsobjekt zugleich".

<sup>22</sup> CASS SUNSTEIN. republic.com, Princeton 2001.

<sup>23</sup> Voir la lettre ouverte du GULL (note 4) au Conseil d'Etat genevois du 28 mai 2001 définissant le code source ouvert en les termes suivants: "Dans un système 'ouvert', toute personne bénéficiant des compétences métier nécessaires est en mesure de vérifier comment le programme fonctionne réellement. On dispose du code source".

mains d'une poignée experts, et échapperait pour ainsi dire aux citoyens eux-mêmes. Plus étendu, car non seulement les informaticiens genevois, mais également les spécialistes indiens de Bangalore, américains de Silicon Valley ou suisses d'Uri pourraient vérifier le fonctionnement de ces programmes. Ainsi, les citoyens perdent la compétence de contrôler eux-mêmes le fonctionnement de la procédure de vote, pour la déléguer aux experts du monde entier. Il est évident qu'on est loin de la légitimité d'une Landsgemeinde, qui permet théoriquement le contrôle instantané par tous les citoyens réunis en assemblée, donc par toute personne concernée par l'opération de vote.

Si en revanche le code source n'est pas accessible au public<sup>24</sup>, le contrôle des programmes serait confiné au sein de ceux et de celles qui les ont élaborés et mis en place. Dans ce cas les citoyens n'auraient aucune possibilité de constater les défaillances du système informatique. Ils en seraient réduits à faire confiance aux dires et aux informations émanant des entreprises qui ont mis en place l'infrastructure du e-voting, éventuellement de l'autorité étatique qui certifie et contrôle les résultats de la votation.

On voit que le dilemme est de taille. A première vue, la revendication d'un accès open source semble avoir pour elle tous les atouts: simplicité, transparence et l'ouverture démocratique. A regarder de plus près, il faut bien reconnaître que la transparence totale, accordée par une entreprise privée qui doit protéger ses intérêts propres, notamment ceux des actionnaires, se situe plus près de la chimère que de la réalité économique. La simplicité, en d'autres termes, se transforme en difficulté: jusqu'où la transparence pourra-t-elle, jusqu'où devrait-elle aller pour garantir un certain accès aux internautes-citoyens intéressés, tout en sauvegardant les droits des entreprises? Comment ces nouveaux citoyens du monde seraient-ils mis au courant des possibilités de contrôle qui leur seraient offertes? Quant au caractère démocratique de l'ouverture préconisée, il est permis d'émettre quelques doutes. L'idée même d'un contrôle souple et complet, exercé par tout un chacun au moyen des nouvelles technologies de communication dans l'intérêt de tous, y compris de la collectivité

---

<sup>24</sup> Voir la lettre ouverte du GULL (note 4) définissant cette approche de la manière suivante: "Une solution propriétaire se caractérise par le fait que le concepteur est le seul qui maîtrise réellement la manière dont le programme fonctionne, parce qu'il est le seul à en avoir la source. Il est le seul à pouvoir dire, par exemple, ce qui se passe réellement dans le traitement des données".

publique organisatrice du e-voting, procède davantage d'une illusion naïve que d'une analyse objective des données et des intérêts qui sont en jeu. De sorte que la nécessaire relativisation de l'ouverture préconisée en appelle en réalité à une réglementation détaillée et complexe, qui ne pourra probablement être édictée et appliquée que par l'Etat. Au lieu donc d'une autorégulation mise en œuvre et constamment révisée par la communauté spontanée des internautes désintéressés, à l'abri de l'Etat et, surtout, des entreprises concernées, l'on voit poindre une régulation étatique minutieuse, qui devra équilibrer soigneusement l'intérêt des uns et les prérogatives des autres, de façon à ce que le e-voting puisse avoir au moins une chance d'acquérir la légitimité nécessaire à sa survie .

#### 4. Le vote à l'urne

Le vote à l'urne a permis un élargissement temporel et spatial de la procédure de vote. Au lieu de devoir se réunir en un lieu déterminé du canton ou de la commune, les citoyens peuvent se rendre aux bureaux de vote qui sont localisés à différents endroits de la circonscription électorale<sup>25</sup>. De plus, ils peuvent exercer leurs droits politiques non seulement le dimanche du scrutin, mais déjà plusieurs jours auparavant<sup>26</sup>. Le nombre des bulletins de vote n'est plus estimé mais compté individuellement, assurant ainsi une précision qui n'est pas atteignable lors des assemblées<sup>27</sup>. En même temps, l'acte de vote ne se confond plus avec le décompte proprement dit. Celui-ci est effectué en règle générale par des jurés électoraux, désignés à Genève par les présidents et vice-présidents

---

<sup>25</sup> Voir par exemple l'art. 18 al. 2 LEDP: "Le département, sur proposition de l'autorité communale, désigne un local de vote dans chaque arrondissement électoral".

<sup>26</sup> Voir par exemple l'art. 7 de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP; RS 161.1) concernant le vote anticipé: "Les cantons rendent possible le vote anticipé au moins pendant deux des quatre jours qui précèdent le jour du scrutin. En matière de vote anticipé, le droit cantonal doit prévoir que le scrutin sera ouvert pendant un temps déterminé dans tous les locaux de vote ou dans certains d'entre eux seulement, ou que l'électeur pourra remettre son bulletin de vote dans une enveloppe fermée à un service officiel". Voir également CASTELLA JEAN. L'exercice du droit de vote, RDS 1959, 585a s.

<sup>27</sup> Voir ATF 100 Ia 362, 363 s. Steimen: "Die an den Landsgemeinden vorgeschriebene Art und Weise der Ermittlung der Abstimmungsergebnisse (Handmehr und Abschätzung), die durch die Natur der gegebenen Verhältnisse nahegelegt sind, gewähren offensichtlich weniger grosse Garantien für eine unverfälschte Ermittlung des Volkswillens als z.B. eine geheime Urnenabstimmung".

chargés de la direction et de la surveillance des opérations électorales<sup>28</sup>. Ils sont choisis parmi les électeurs inscrits sur les listes électorales de l'arrondissement et procèdent, après la clôture du scrutin, à l'ouverture des urnes et au dépouillement des bulletins<sup>29</sup>. La loi exige que ces opérations soient publiques<sup>30</sup>, permettant ainsi à tout citoyen intéressé de vérifier qu'il n'y a pas eu fraude. Cette publicité est également stipulée pour la consultation des procès-verbaux des opérations électorales, ouverte à tout électeur<sup>31</sup>, et prévue pour la récapitulation générale des votes<sup>32</sup>.

A l'instar des assemblées, le contrôle de la procédure de vote est donc toujours exercé par les citoyens. Il ne s'agit cependant plus de l'ensemble du corps électoral, mais uniquement de quelques électeurs choisis. Le vote à l'urne ne fait donc pas seulement appel au peuple pour l'adoption des actes étatiques, mais aussi aux représentants de ce peuple pour contrôler la procédure de cette adoption. L'élément "républicain" – dans le sens conféré à ce terme dans les *Federalist Papers*<sup>33</sup> – est donc également présent lors de la procédure de constatation et de contrôle du vote. Des représentants du corps électoral, parmi lesquels se trouvent souvent des représentants des principaux partis politiques, sont chargés du décompte des bulletins de vote et du déroulement de toute la procédure<sup>34</sup>. La publicité doit assurer et assure que les citoyens puissent se rendre compte des irrégularités, garantissant ainsi la confiance dans la procédure<sup>35</sup>.

---

<sup>28</sup> Art. 37 LEDP.

<sup>29</sup> Art. 66 al. 1 LEDP

<sup>30</sup> Art. 66 al. 2 LEDP.

<sup>31</sup> Art. 72 LEDP.

<sup>32</sup> Art. 73 LEDP.

<sup>33</sup> Voir à sujet MADISON & HAMILTON & JAY. *The Federalist Papers*, Paris 1988, 73: "La Démocratie et la République diffèrent en deux points essentiels: 1<sup>er</sup> la délégation du gouvernement, dans la République, à un petit nombre de citoyens élus par le peuple; 2<sup>ème</sup> le plus grand nombre de citoyens et la plus vaste étendue de pays sur lesquels la République peut s'étendre".

<sup>34</sup> Il est vrai que ces représentants, qui sont désignés et non pas élus, ne bénéficient pas de la légitimité populaire comme les députés. Mais leur mandat vise non seulement le dépouillement des bulletins de vote, mais également le contrôle des opérations électorales. Ils sont donc censés défendre les intérêts des citoyens.

<sup>35</sup> Voir également USTERI MARTIN. *Ausübung des Stimm- und Wahlrecht nach freiheitsstaatlichen Prinzipien*, RDS 1959, 430a: "Die Sicherheit, dass der einzelne Stimmberechtigte in gleicher Weise mitwirken kann, wird nach schweizerischen Anschauungen durch das Prinzip der Öffentlichkeit der Abstimmungsverhandlungen gewährleistet. Die Kontrolle soll gegenseitig durch die

La confiance des citoyens dans le vote à l'urne s'obtient ainsi essentiellement par le fait que des citoyens "ordinaires", choisis parmi la population et les représentants des partis, sont chargés du dépouillement et du contrôle des opérations électorales<sup>36</sup>. Peu importe de savoir si ce contrôle est efficace ou perçu de manière consciente par le corps électoral. L'essentiel consiste en cet élément symbolique, qui associe, ne serait-ce qu'indirectement, les citoyens ordinaires au contrôle de l'opération de vote impliquant tous les autres citoyens. C'est cette association symbolique, ce simple sentiment, qui confère finalement de la légitimité aux opérations de vote.

Il est probablement nécessaire que l'aménagement du vote électronique institue, d'une façon ou d'une autre, un mécanisme de contrôle, un sentiment semblables. On pourrait ainsi envisager que le Conseil d'Etat ou les présidents chargés de la direction et de la surveillance des opérations électorales désignent, parmi les milieux scientifiques, académiques ou privés, des personnes qui surveillent et contrôlent le fonctionnement et le déroulement du vote électronique. On pourrait par exemple permettre aux différents acteurs politiques (partis politiques, comités référendaires, comités d'initiative,) de proposer des spécialistes qui leur sont proches. A l'instar de la comparaison avec la Landsgemeinde, il s'agirait à nouveau d'experts, car seul un infime pourcentage de citoyens dispose des connaissances informatiques permettant de constater des irrégularités. Ceci est cependant inévitable s'agissant des nouvelles technologies de communication.

Il conviendrait cependant d'éviter que les experts soient liés par des engagements de confidentialité (non-disclosure agreements) qui leur interdiraient de rendre publiques leurs constatations. Sinon, le contrôle ne serait pas un contrôle. Ce serait un peu comme un radar sur l'autoroute qui

---

Stimmberechtigten selbst, jedenfalls aber durch ein möglichst alle Volksgruppen vertretendes besonders gewähltes Wahlbüro (Stimmenzähler) ausgeübt werden". Dans le même sens BOLLA-VINCENZ CLAUDIA. Die Erleichterung der Stimmabgabe; unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Graubünden, Bern/Frankfurt/Las Vegas, 1978, 60 s.

<sup>36</sup> Voir HANGARTNER & KLEY (note 16), 72: "Die Auszählung der Stimmen obliegt regelmässig einem Wahl- oder Stimmbüro in der Gemeinde oder, bei ausnahmsweise vorgesehener kantonaler Auszählung, im Kanton. Im Stimmbüro sind die politischen Parteien auf Grund gesetzlicher Vorschriften oder Übung angemessen vertreten. Die Wahlen und Abstimmungen werden also nicht ausschliesslich durch die Verwaltung im engeren Sinne, nicht rein bürokratisch, sondern unter Mitwirkung eines politisch repräsentativen Kollegialorgans durchgeführt. Diese Regelung erhöht die Garantie, dass die Ergebnisse korrekt festgestellt werden".

mesure les dépassements de vitesse que personne n'aurait le droit de connaître et de sanctionner. Ainsi, le contrôle par des experts, choisis dans différents milieux, pourrait en quelque sorte compenser l'absence de toute mainmise directe des citoyens sur les opérations de vote. Mais ce procédé ne peut jouer le rôle de compensation que si les conclusions des experts désignés permettent de remédier aux éventuelles défaillances du système ou aux irrégularités commises pendant le vote. Sinon on ne voit pas dans quelle source la confiance des citoyens dans le vote électronique pourrait puiser.

Le contrôle par des experts enlève certainement un élément "démocratique" au contrôle des opérations électorales pour le remplacer par un aspect "technocratique". Mais il peut permettre que les citoyens puissent être informés d'éventuelles pannes techniques ou d'irrégularités. Mais là aussi, il faut se méfier: les experts ne contrôlent que ce qu'ils veulent, ou ce qu'ils peuvent. Tandis que les citoyens délégués lors du vote à l'urne sont directement impliqués dans toutes les opérations de décompte et, par ce biais, de contrôle<sup>37</sup>, les experts devront reconstituer après coup la manière comment les bulletins sont traités.

## 5. Le vote par correspondance

Le vote par correspondance permet un élargissement encore plus important de la période et du lieu de l'exercice du droit de vote, car les citoyens peuvent glisser leur bulletin de vote dans n'importe quelle boîte aux lettres, et ceci dès qu'ils l'ont reçu et rempli.

Tandis que le vote à l'urne a remplacé le système des assemblées, du moins dans les collectivités d'une certaine importance, le vote par correspondance s'ajoute au vote à l'urne, offrant ainsi au citoyen, pour la première fois, un

---

<sup>37</sup> Voir GIACOMETTI ZACCARIA. Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941/1979, 256: "Die kantonalen Rechtsordnungen sorgen sodann für eine unverfälschte Kundmachung des Volkswillens bei der Stimmgebung durch die Sicherung der Ordnungsmässigkeit des Abstimmungsgeschäftes. Diese erfolgt zunächst durch Aufstellung des Prinzips der Öffentlichkeit der Abstimmungsverhandlungen beim Urnensystem im Sinne der sukzessiven Stimmabgabe. Die Stimmgebung soll mit anderen Worten unter Kontrolle der Stimmberechtigten stattfinden. Ja in einzelnen Kantonen steht beim Urnensystem auch die Feststellung des Abstimmungsergebnisses durch das Wahlbureau unter der Kontrolle der Stimmberechtigten, indem die Stimmenden oder deren Vertreter zu diesen Verhandlungen Zutritt haben".

choix entre deux modalités de vote<sup>38</sup>. Le e-voting élargirait encore ce choix en offrant à l'électeur trois possibilités: le vote électronique, le vote par correspondance ou le vote à l'urne.

Il convient cependant de noter que ces trois modalités ne sont pas vraiment équivalentes au niveau des représentations qu'elles véhiculent. Certes, l'électeur peut recourir librement à l'une ou l'autre, sans avoir à justifier ce choix. Mais ni le vote par correspondance, ni le e-voting ne parviendront à remplacer le vote à l'urne, qui, même s'il ne devait être utilisé que rarement dans la pratique, reste essentiel comme symbole pour l'exercice des droits politiques.

En ce qui concerne les modalités de dépouillement et de contrôle des bulletins, la situation n'est guère différente pour le vote par correspondance que pour le vote à l'urne. A Genève, les voix des citoyens sont également comptés par des jurés électoraux<sup>39</sup>. La loi prévoit que les bulletins envoyés par la voie postale soient dépouillés de manière centralisée et anticipée le dimanche du scrutin<sup>40</sup>. Elle prévoit en outre que ces opérations se déroulent en présence d'électeurs désignés par le Conseil d'Etat. A l'instar du vote à l'urne, le contrôle des opérations de vote est effectué par des citoyens spécialement choisis à cette fin.

La différence par rapport aux modalités de vote traditionnelles se trouve dans le fait que le vote par correspondance s'effectue par l'intermédiaire d'une institution: la poste. Celle-ci n'est cependant pas directement impliquée dans la procédure de vote. Elle ne fait que transmettre les bulletins aux bureaux de vote officiels où se déroule la procédure ordinaire de décompte. Il faut d'ailleurs relever que la poste fait régulièrement contrôler la qualité de ses prestations par un organe indépendant, les résultats étant publiés<sup>41</sup>. Ce contrôle et la publication des conclusions y relatives ont peut-être pour conséquence que la confiance des citoyens dans ces services ne soit pas sérieusement mise en doute. A cela s'ajoute la

---

<sup>38</sup> Voir art. 5 al. 3 LDP: "L'électeur doit exercer son droit en déposant personnellement son bulletin dans l'urne ou en votant par correspondance"; art. 61 LEDP: "L'électeur peut voter par correspondance dès la troisième semaine qui précède le jour d'ouverture officielle du scrutin".

<sup>39</sup> Art. 66 ss LEDP.

<sup>40</sup> Art. 67 LEDP.

<sup>41</sup> Art. 12 de la loi fédérale sur les postes (RS 783.0).

tradition et l'habitude des citoyens, qui ne confient à la poste pas seulement leurs lettres, mais également les paiements, les paquets, les cartes postales, etc. Le taux très élevé des bulletins envoyés par correspondance semble en tout cas indiquer que les citoyens ne se méfient pas fondamentalement de ce système de vote<sup>42</sup>.

Par conséquent, il est vrai que les citoyens perdent la mainmise directe sur leurs bulletins de vote, mais la transmission de ce matériel est confiée à une institution qui est pleinement intégrée dans la vie de tous les jours. Le décompte des voix et le contrôle des opérations électorales sont toujours assumés par des citoyens désignés à cette fin.

Pour les bulletins de vote électroniques en revanche, la transmission ne se fait plus par voie postale, mais via Internet. Les structures permettant cette modalité de vote ne sont pas mises en place par une institution spécialisée, régie par une législation détaillée, fédérale en occurrence, mais par des entreprises privées<sup>43</sup>. La différence est de taille. Tout d'abord, ces entreprises ne jouissent pas de la même tradition et de la même confiance que la poste. Ensuite, même si de plus en plus de personnes recourent à Internet pour faire leur achats, effectuer des opérations bancaires ou investir en bourse, il n'est pas certain qu'ils soient prêts sans autre à exercer par ce biais leurs droits politiques. Il ne faut pas oublier que le citoyen qui exerce ses droits politiques assume une fonction d'organe<sup>44</sup>. Faisant partie de l'Etat, il aura tendance à confier son vote à une entité qui dépend de ce même Etat, au moment où il intervient pour participer à la gestion de ce dernier. Des entreprises privées poursuivant un but lucratif n'ont pas à ce jour été directement impliquées dans les opérations électorales et référendaires. D'un point de vue symbolique, cette dépendance d'une entité privée à but lucratif pourrait devenir fondamentale si jamais un problème devait

---

<sup>42</sup> Voir HANGARTNER & KLEY (note 16), 76: "Der hohe Anteil brieflich Stimmender zeugt für grosses Vertrauen der Stimmberechtigten in die korrekte Abwicklung von Wahlen und Abstimmungen durch die Behörden".

<sup>43</sup> Il faut d'ailleurs relever que la procédure du e-voting aura dans la phase actuelle besoin de la poste, étant donné que l'électeur recevra son matériel de vote et surtout son mot de passe par courrier ordinaire.

<sup>44</sup> ATF 104 Ia 226, 229 Fauquex: = JT 1980 I 473, 476: "[...] en cas de recours pour violation du droit de vote, il faut prendre en considération le fait que le citoyen, par son droit de vote et d'élection, exerce non seulement un droit individuel, mais qu'il exerce en même temps une fonction organique et donc une fonction publique". Voir dans le même sens ATF 119 Ia 167, 172; ZBI 1985, 492, 493.

survenir lors d'un vote électronique, soit lors de la transmission des bulletins, soit lors du décompte de ces derniers. C'est alors non seulement l'entreprise concernée, mais aussi l'Etat qui risque de se faire condamner par l'opinion publique, pour le motif qu'il aurait précisément dû assumer lui-même l'organisation de la votation<sup>45</sup>.

De manière générale, il ne suffit pas que le vote électronique jouisse de la confiance de ceux qui décident d'y recourir. Il faut aussi qu'il soit accepté par ceux qui continuent à se rendre aux urnes, par ceux qui persistent à envoyer leur bulletin de vote par la poste et – last but not least – par ceux qui ne votent point. Si le résultat de la votation se compose de tous les votes émis par les citoyens ayant pris part à la votation, sa légitimité dépend en dernière analyse de la confiance de l'ensemble des citoyens, sinon de toute la population. En d'autres termes, il faut bien se rendre à l'évidence qu'il importe de garantir et de construire un degré suffisant de légitimité non seulement auprès de ceux qui sont prêts à recourir au e-voting, mais auprès du public au sens le plus large. Toute méfiance manifestée à l'égard du e-voting risquerait de se traduire par une remise en cause de la démocratie elle-même.

Il faut cependant se méfier des simplifications. S'il est vrai qu'au sein de l'Etat, qui a pendant si longtemps exercé le monopole du contrôle de la procédure de vote, la mauvaise foi ou la tricherie n'ont jamais encore pu être complètement éradiquées, rien ne permet d'affirmer a priori qu'une entreprise privée, qui veut rester compétitive et donc lucrative, ne soit pas prête à jouer le jeu de la démocratie, de la sécurité et même d'une certaine transparence<sup>46</sup>. Le fonctionnement régulier du programme informatique qu'elle vend à l'Etat est en effet une condition de la rentabilité économique de ce programme. Il en est de même de la possibilité de contrôle par des tiers experts. Au moindre problème technique, de même si elle ne réussit pas à créer ce minimum de confiance auprès du public, l'entreprise perd son mandat et donc son profit. Elle a donc, dans une certaine mesure, un

---

<sup>45</sup> Voir, pour les votations fédérales, art. 10 al. 2 LDP: "Chaque canton assure l'exécution de la votation sur son territoire et arrête les mesures nécessaires".

<sup>46</sup> La Cour suprême américaine, par rapport à la récolte des signatures par des professionnels, rémunérés par des entreprises privées par opposition aux volontaires, estime: "We are not prepared to assume that a professional circulator – whose qualifications for similar future assignments may well depend on a reputation for competence and integrity – is any more likely to accept false signatures than a volunteer who is motivated entirely by an interest in having the proposition placed on the ballot". *Buckley v. ACLF*, S.Ct. 97-930 (1999).

intérêt immédiat à ce que son système fonctionne et à ce que ce système soit jugé légitime.

Il s'ensuit que l'adoption d'une stratégie et le choix des moyens qui peuvent, sous toute réserve, garantir la légitimité du e-voting sont l'affaire non seulement de l'Etat, mais aussi du secteur privé auquel celui-ci décide de recourir. Tous deux ont un intérêt spécifique, mais possiblement convergent, à ce que l'expérience réussisse. Tous deux sont perdants si elle échoue. Ce qui paraît probable est qu'en l'absence de tout mécanisme de substitution du contrôle démocratique des opérations électorales, la méfiance risque de s'installer et la légitimité de s'en aller. Ce qui paraît possible est que, moyennant des procédés appropriés de contrôle mis en œuvre en commun par l'Etat et le secteur privé, la confiance peut rester et la légitimité peut survivre. Mais encore une fois, en matière de légitimité, les prévisions sont fragiles et aléatoires.

## Conclusion

Le e-voting ne peut être consacré formellement comme modalité de vote supplémentaire de notre démocratie directe que s'il ne compromet pas la forte légitimité dont celle-ci jouit depuis la naissance de la Suisse moderne vers le milieu du 19<sup>e</sup> siècle.

Un élément qui semble parler en faveur de la légitimité du e-voting est le fait que ce dernier est en quelque sorte dans l'air du temps, faisant indiscutablement partie de l'idéologie de progrès émanant de l'expansion continue des nouvelles technologies de communication dans l'Etat et dans la société. Il s'agit d'un élément certes fragile, mais dont il ne faut pas sous-estimer l'importance. Il faut de bonnes raisons pour exclure a priori cette possibilité, qui s'inscrit dans la tendance de faciliter au mieux l'exercice des droits politiques et de l'adapter au mode de vie toujours plus individualiste des citoyens.

La garantie optimale de la sécurité du vote électronique apparaît comme une condition fondamentale de la légitimité de ce dernier. Si cette garantie, qui n'est jamais totale, ne peut être assurée, le sort de la nouvelle modalité de vote est scellé et il faudrait alors y renoncer. Si en revanche la technologie informatique peut fournir les instruments et les mécanismes qui sont à même de faire fonctionner régulièrement le nouveau procédé, il

ne s'ensuit pas encore que celui-ci soit considéré à coup sûr comme légitime. Des précautions supplémentaires seront nécessaires pour favoriser ce résultat.

L'une d'elle est de nature formelle: la consécration du e-voting comme modalité régulière doit être prévue par une loi formelle que les électeurs peuvent, le cas échéant, contester au moyen du référendum. Un vote populaire favorable à l'introduction du e-voting contribuerait grandement à la légitimité de ce dernier.

Les autres précautions portent sur l'aménagement concret du nouveau système: pour compenser l'absence de contrôle direct des citoyens et des partis sur le décompte et la constatation officielle du résultat, il conviendrait de prévoir l'accès le plus large possible d'experts aux sources même du système d'exploitation. Ces experts ne devraient pas seulement être mandatés par l'Etat ou commandités par l'entreprise elle-même mandatée, mais être à disposition des principaux partis politiques, voire des milieux scientifiques indépendants. Le juge aussi, saisi sur recours d'un citoyen, doit impérativement avoir accès aux bulletins électroniques et être en mesure de contrôler, au besoin par le biais de ses propres experts, le fonctionnement régulier du mécanisme.

Le facteur qui constitue probablement le plus grand risque pour la légitimité du e-voting est qu'il implique une délégation sensible au secteur privé de l'organisation technique de l'opération électorale. Les entreprises mandatées doivent donc, d'une façon ou d'une autre, être associées à l'effort de garantir non seulement la sécurité du système, mais aussi de favoriser la confiance des électeurs.

Ainsi, il faut bien reconnaître qu'il n'est pas certain que le vote électronique puisse atteindre le même degré de légitimité que le vote à l'urne ou le vote par correspondance. Mais il n'est pas certain non plus que, moyennant quelques aménagements spécifiques de remplacement et de compensation, il ne puisse jamais bénéficier d'aucune légitimité. Pour connaître le goût d'une poire, disait Mao Ze Dong, il faut la croquer. Pour savoir si le e-voting bénéficie de la confiance des citoyens, il n'y a probablement pas d'autre solution que de le rendre possible et de le tester.

\* \* \*