

DÉMOCRATIE ET VOTE ÉLECTRONIQUE EN AFRIQUE : CAS DE LA NAMIBIE ET DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO.

Agnero Privat MEL,

Maître-Assistant, Membre du Centre de Recherche et d'Études sur le Droit et les Finances Publiques (CREDFIP)

Résumé

Le vote électronique est, de nos jours, présenté comme le nouveau paradigme du vote démocratique en Afrique et ailleurs. Pourtant, son intégration dans le droit constitutionnel électoral se fait de manière parcimonieuse et craintive. En effet, les réticences sont liées aux nombreux risques auxquels il expose le vote démocratique. Face aux solutions d'ordre technique pour y remédier, le droit constitutionnel électoral reste frileux à appréhender les rapports entre la démocratie et le vote électronique en dehors des principes traditionnels de la démocratie électorale. Les exemples namibien et congolais d'introduction récente du vote électronique en Afrique en sont illustratifs.

Mots clés :

Démocratie; Vote électronique; Droit constitutionnel; Elections politiques et locales; Transparence; Mobilisation électorale; Fiabilité; Sincérité; Vote à distance; Machines à voter.

Abstract

Electronic voting is now presented as the new paradigm of democratic voting in Africa and elsewhere. Yet its incorporation into constitutional electoral law is done in a parsimonious and fearful manner. Indeed, the reluctance is linked to the many risks to which it exposes the democratic vote. In the face of technical solutions to remedy this, the constitutional right to vote remains reluctant to understand the relationship between democracy and electronic voting outside the traditional principles of electoral democracy. Examples from Namibia and Congo of the recent introduction of electronic voting in Africa are illustrative.

Keywords: Democracy; Electronic voting; Constitutional law; Political and local elections; Transparency; Electoral mobilization; Reliability; Sincerity; Remote voting; Voting machines.

PLAN

I- LA DÉMOCRATIE RENFORCÉE PAR LE VOTE ÉLECTRONIQUE

A- Une extension de l'accès au vote démocratique

- 1- Une extension possible par le vote électronique *ex situ*
- 2- Une extension effective par le vote électronique *in situ*

B- Une diversification de la participation démocratique

- 1- Un vote électronique additionnel
- 2- Un vote électronique généralisé

II- LE VOTE ÉLECTRONIQUE ÉPROUVÉ PAR LA DÉMOCRATIE

A- Une transparence controversée du vote électronique

- 1- Un vote sans preuve papier vérifiable
- 2- Une utilisation douteuse de la preuve papier

B- Une sincérité contestée du vote électronique

- 1- Un vote contesté sur l'égalité entre les électeurs
- 2- Un vote contesté sur sa fiabilité

Ces notions – démocratie et vote électronique – autour desquelles est articulée la présente étude, traduisent l'évolution fulgurante récente du droit constitutionnel général¹ et du droit constitutionnel électoral² en particulier. En témoignent les seuls cas d'utilisation du vote électronique³ en Afrique, notamment en Namibie (2014 et 2019) et en République Démocratique du Congo (RDC ; décembre 2018⁴) à la faveur des élections générales ou encore les manifestations d'opposition à cette modalité électorale au Brésil (août 2021).

Ces notions rendent compte à la fois, du classicisme et du modernisme (démocratie) ainsi que de l'actualité la plus contemporaine (vote électronique). Ces notions ne font pas qu'épouser l'air du temps, elles élargissent la réflexion sur les élections politiques en occurrence, marquées par l'abstentionnisme (en Occident par exemple) ou la violence (en Afrique surtout) questionnant

1 J. BONNET, P. TÜRK, « Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 57 (Dossier : Droit constitutionnel à l'épreuve du numérique), octobre 2017.

2 P. GROSIEUX, « Droit constitutionnel électoral. Le « parrainage » des prétendants à l'élection présidentielle : simple formalité juridique ? », *RFDC*, 2004/3 (n° 59), p. 567-594 ; R. GHEVONTIAN, E. CARPENTIER, L. DOMINGO, « Actualité du droit constitutionnel électoral. Le contentieux de l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002 », *RFDC*, 2002/3 (n° 51), p. 615-635.

3 G. GUGLIELMI, O. IHL (sous la dir.), *Le vote électronique*, Paris, LGDJ, 2015, 323 p ; P., T. NOISSETTE, *Le vote électronique : les boîtes noires de la démocratie*, InLibroVeritas, 2008, 107 p.

4 V. LESFAURIES, C. ENGUEHARD, « L'introduction de machines à voter en République Démocratique du Congo ». Colloque *Les Convergences du droit et du numérique*, 15 et 16 Octobre 2018, Bordeaux, France. ([hal-01956117v2](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01956117v2)).

la démocratie comme modèle d'organisation de la dévolution du pouvoir politique⁵. Cette fragilisation de la démocratie est à l'origine de larges mouvements socio-politiques qui vont aboutir en Afrique précisément à un nouveau constitutionnalisme⁶ ou néo-constitutionnalisme⁷ et à un regain démocratique⁸. Il s'est agi, un peu partout, de repenser la démocratie par un constitutionalisme qui entend renforcer la centralité de la participation du citoyen dans la dévolution et l'exercice du pouvoir politique et plus largement, la remobilisation et l'élargissement du corps électoral.

Cela a impliqué, entre autres, de recourir au vote électronique comme solution dans les élections politiques et locales. Il en a été ainsi en Belgique, au Brésil ou encore en Estonie. Un mouvement dans lequel l'Afrique n'est pas restée en marge. En témoigne l'organisation d'élections faisant intervenir pour la première fois sur ce continent, le vote électronique en Namibie (2014) puis en RDC (2018). Le vote électronique, présenté – à tort ou à raison – comme le nouveau paradigme de la démocratie, n'est pas moins l'objet de réticences pouvant déjà expliquer que de nombreux États (un peu partout au monde) ne l'ont pas encore adopté (Afrique du Sud ; Côte d'Ivoire) ou ont suspendu son utilisation (Allemagne ; Grande Bretagne) ou encore sont en phase d'expérimentation (Canada ; Suisse). Il reste que l'ambition des États, qui en font usage, est de donner au vote électronique la même fondamentalité que le vote traditionnel dans son rapport à la démocratie.

Aujourd'hui, il est difficilement contestable que le vote électronique – tout comme les nouvelles technologies faisant partie du quotidien – soit d'une très grande attractivité voire exerce une certaine fascination en raison des facilités techniques et pratiques qu'il est censé apporter à l'organisation d'élections politiques surtout. D'ailleurs, avec la situation de pandémie due à la Covid-19, l'utilisation des nouvelles technologies s'est révélée indispensable pour y faire face. Toutefois, la réalité en matière électorale est plus contrastée. Alors que les élections professionnelles sont un « terreau favorable à son développement »⁹, le vote électronique est beaucoup contesté dans les élections politiques où ses insuccès plus nombreux et plus éloquents remettent en cause son caractère démocratique quand il n'est pas accusé de déposséder les citoyens de leur vote. Il est également reproché au vote électronique de charrier la solennité de l'acte de dépôt en présentiel d'un bulletin-papier de vote dans une urne physique, symptomatique de la démocratie¹⁰.

5 G. BURDEAU, *La démocratie*, Paris, LGDJ, 1973, 671 p.

6 K. AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain », *AJP*, juillet-décembre 2002, vol. 1, n° 2, pp. 35-86 ; G. CONAC, « Quelques réflexions sur le renouveau constitutionnel africain », communication au symposium international de Bamako, 2000, democratie.francophonie.org/IMG/pdf/bamako.297.pdf ; K. BABACAR, M. PIETERMAAT-KROS (sous la dir.), *Vers la renaissance du constitutionnalisme en Afrique*, Dakar, Gorée Institute, 1998. Également : A. CABANIS, M. MARTIN, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Academia-Bruylant, Collection « Publications de l'Institut universitaire André Ryckmans (PUR) », n°4, Louvain-la-Neuve, 2010 ; J-C. COLLIARD et Y. JEGOUZO (sous la dir.), *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001.

7 M. BARBERIS, « Le néo constitutionnalisme existe-t-il ? », *Revus*, [en ligne], 25 | 2015, pp. 101–124.

8 A. ADAMON, *Le renouveau démocratique au Bénin. La Conférence Nationale des Forces Vives et la période de Transition*, Paris, L'Harmattan, Collection Points de vue Concrets, 1995, 224 p. ; J-F REVEL, *Le regain démocratique*, Paris, Fayard, 1991, 511 p.

9 E. BARBIN, « Le vote électronique dans les élections professionnelles », *RDP*, n°6, 2021, p. 1535.

10 P. BODINEAU, « Aux origines des relations entre démocratie et techniques », *Le Genre humain*, 2011/2 n° 51, pp. 27-40.

La démocratie est d'une abondante littérature et d'approches variées¹¹. Il reste que c'est dans son étymologie que la plupart des auteurs puisent sa définition. De ce point de vue, articulée autour du mode d'organisation et d'exercice du pouvoir, la démocratie est le gouvernement de tous, autrement dit, la souveraineté collective. La nécessité de réaliser la démocratie ainsi idéalisée a imposé de faire coïncider deux conceptions diamétralement opposées : la conception antique fondée sur le *demos* et la conception moderne construite sur le régime représentatif. Aussi de nombreux textes constitutionnels ont-ils diversement consacré cette formule célèbre : « le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »¹² ou encore « La souveraineté [...] appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum »¹³. On peut retenir que la démocratie est la souveraineté collective exercée soit directement par le peuple, soit indirectement par ses représentants. En ce sens, la démocratie implique l'universalité du corps social, l'égalité et la liberté des individus ainsi que l'Etat de droit. Dans cette perspective, le lien entre la démocratie et l'élection est non seulement très étroit, mais surtout indispensable à l'organisation politique de la société. Dès lors, la démocratie est une « forme, une méthode de création de l'ordre social » a pu écrire Kelsen¹⁴. C'est pourquoi la démocratie est le socle de l'élection comme voie de dévolution du pouvoir politique dans l'Etat moderne¹⁵. Dans son acception contemporaine, la notion de démocratie qualifie les élections dans lesquelles les droits fondamentaux ou encore des droits de l'homme sont protégés¹⁶. Et, de ce fait, elle induit un lien étroit entre l'élection et les droits de l'homme.

Également, l'on est surtout frappé par l'extension de la notion de démocratie que donne de voir les nombreux adjectifs employés dans divers domaines pour la caractériser. Dans le domaine politique, les expressions telles que « démocratie libérale » – axée sur le pluralisme, l'alternance, les libertés publiques, les droits et devoirs des individus etc. – avec son corollaire « démocratie électorale » ou plus récemment « e-démocratie » en lien avec le recours à l'internet. La démocratie libérale prônée comme un principe universel¹⁷ est opposée à la « démocratie totalitaire » fondée sur le monolithisme, le parti unique, l'autoritarisme, l'absolutisme du pouvoir, etc. Dans le domaine social, l'expression « démocratie sociale »¹⁸ se rapporte à la participation des travailleurs dans la détermination des conditions de travail et la gestion des entreprises, etc. En droit constitutionnel, on soulignera l'expression « démocratie constitutionnelle » qui est appréhendée comme un « régime politique obéissant à des règles supérieures aux gouvernants »¹⁹ librement choisis par les gouvernés ou

11 P. LAUVAUX, A. Le DIVELLE, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 4^{ème} édition, 2015, 1072 p. ; H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz, 2004, 120 p. ; G. BURDEAU, *La démocratie*, précité ; J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2001, 256 p.

12 A. LINCOLN, *Discours de Gettysburg*, 1863.

13 Article 3 de la Constitution française de 1958.

14 H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruxelles, Paris, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique (1945), 1997, p. 333.

15 R. DÉGNI-SÉGUI, « L'influence de la démocratie libérale dans le monde : le cas de quelques Etats de l'espace francophone » in J.-P. VETTOVAGLIA, J. De GAUDUSSON, A. BOURGI, C. DESSOUCHES, J. MAÏLA, H. SADA, A. SALIFOU (sous la dir.), *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 31.

16 Y. VIGNON, « La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions africaines », *Revue Nigérienne de Droit*, n° 3, décembre 2000, pp. 99 et ss.

17 R. DÉGNI-SÉGUI, « L'influence de la démocratie libérale dans le monde : le cas de quelques Etats de l'espace francophone », précité, p. 33.

18 M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, « La démocratie sociale est-elle possible en France ? L'exemple de l'emploi des seniors », *La Semaine Juridique*, Édition Générale (JCP G) (24), 2008, pp. 20-25.

19 G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 36.

encore « refonder théoriquement la démocratie sur l'individu, pour en tirer la conséquence que celui-ci possède des droits sur lesquels veille un juge »²⁰.

Quant au vote électronique, il est rarement défini par les législations qui le prévoient. Il est, avant tout, un système de vote, c'est-à-dire une modalité d'expression de la volonté et par conséquent de la prise de décision. Il a un lien essentiel avec l'élection qui en fait un fondement de la démocratie car, le vote est un « acte par lequel les électeurs participent à la désignation de leurs représentants, ou se prononcent sur un texte »²¹. Appréhendé par sa forme, le vote est dit traditionnel ou classique, faisant l'objet d'une procédure matérialisée. Ce vote consiste à préparer, en présidentiel, dans le secret de l'isoloir du lieu de vote déterminé (bureau de vote), un bulletin-papier mis dans une enveloppe qui sera glissée, en public, dans une urne physique. Ce vote, en raison du support papier du bulletin, est généralement appelé vote papier pour le distinguer du vote électronique. Celui-ci peut s'entendre comme un système de votation consistant « à utiliser les technologies de l'informatique et des télécommunications dans le processus de vote »²² pour enregistrer des votes, transmettre et compiler les résultats du scrutin. Il est aussi dénommé « (e-vote).

Sous ce vocable « sont regroupées toutes les formes de vote faisant intervenir un dispositif électronique »²³. En d'autres termes, ce « dispositif (ordinateur, téléphone) permet d'exprimer son vote et de compter automatiquement l'ensemble des suffrages »²⁴. Le vote électronique est pratiqué à travers deux principaux systèmes électroniques, c'est-à-dire la machine à voter, le plus répandu, et l'internet. La machine à voter qui est le système le plus usité, est définie comme « toute machine ou appareil, qu'il fonctionne de manière électronique, numérique ou de toute autre manière similaire ou autre, utilisé pour exercer et enregistrer des votes »²⁵. Dans ces systèmes, la procédure de vote est dématérialisée. Ici, le bulletin de vote et l'urne n'ont pas de support physique. Si le vote électronique n'est pas si récent²⁶ en réalité, son importance actuelle est en lien, non seulement, avec le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication²⁷, mais aussi, avec son utilisation dans les élections politiques.

La présente étude ayant pour ancrage la Namibie et la RDC convoquera, toutefois, les expériences d'États qui recourent au vote électronique tels que la Belgique, le Brésil, l'Estonie et la France.

De ce qui précède, il ressort que la présente étude porte sur les rapports entre la démocratie et le vote électronique tels qu'ils sont envisagés dans le constitutionnalisme. Et, à ce propos, force est de reconnaître que le constitutionnalisme ne consacre pas de droits fondamentaux spécifiques s'y rapportant. Au-delà des spécifications techniques prescrites par les législations électorales nécessitées par la facilitation de l'utilisation et de la sécurisation du vote électronique, les principes qui régissent les élections faisant intervenir le vote traditionnel sont les mêmes qui encadrent le recours au vote électronique.

20 L. KLEIN, « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *RFDC*, 2017/1, p. 132.

21 M. de DEVILLIERS, A. le DIVELLEC, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, ellipses, 2007, p. 146.

22 L. FAVIER, « Le vote électronique pour quelle démocratie ? », *Le Genre humain*, 2011/2, n° 51, p. 13.

23 C. ENGUEHARD, « Vote par internet : failles techniques et recul démocratique », *Jus Politicum*, n° 2, mars 2009, <http://juspoliticum.com/article/Vote-par-internet-failles-techniques-et-recul-democratique-74.html> p. 4.

24 L. FAVIER, *Ibid.*

25 Chapitre 1 – Définitions et interprétation – de la loi électorale namibienne de 2014.

26 Loi française du 11 mai 1969 (*JO*, 11 mai 1969, p. 4723-4724) introduisit les machines à voter dans les élections.

27 P. BODINEAU, « Aux origines des relations entre démocratie et techniques », précité.

Il s'ensuit que l'intérêt de cette étude est indéniable et perceptible sur plusieurs plans. Tout d'abord, on évoquera l'actualité de l'utilisation du vote électronique dans l'organisation des élections politiques et locales jusque récemment tenues à travers le vote traditionnel. Le vote électronique est présenté comme une solution aux crises violentes procédant de cas avérés ou non de fraudes lors des élections en Afrique. Également, cette modalité électorale nouvelle contribuerait à une plus forte mobilisation du corps électoral. Le vote électronique est, de ce fait, au cœur de la réflexion sur la crise de la démocratie en Afrique qui s'identifie à une « fraude électorale « démocratique » »²⁸ voire à une « fraude à la démocratie ». En d'autres termes, le recours au vote électronique est annoncé comme une révolution qui mettrait fin à l'opacité des processus électoraux en Afrique ou qui bouleverserait en Occident la démocratie représentative. Ensuite, la présente étude revêt un intérêt philosophique. En ce sens, il est notable que le vote électronique ne saurait être réduit à un procédé technique. C'est un nouveau paradigme qui invite à une redéfinition de la démocratie. De plus, sur le plan de la théorie constitutionnelle, la présente étude se trouve justifiée par la nouveauté d'une réflexion sur l'articulation de la démocratie et du vote électronique en Afrique. Enfin, l'absence de travaux scientifiques, en droit constitutionnel, sur la démocratie et le vote électronique justifie encore cette étude.

C'est dès lors, autour de la question cruciale des rapports réciproques de la démocratie et du vote électronique dans les constitutionnalismes congolais et namibien qu'il s'est imposé de mener cette réflexion. Il en résulte très nettement que sur la base de ces constitutionnalismes, cette articulation se traduit par une réciprocité d'impacts. Effectivement, à l'aune des constitutionnalismes des deux États, les rapports entre la démocratie et le vote électronique sont de deux types. D'une part, l'on note l'apport du vote électronique à la démocratie. Le vote électronique offre plusieurs possibilités de revitaliser la démocratie. Il est ainsi postulé, dans les constitutionnalismes des États sous étude, comme un instrument de renforcement de la démocratie (I). D'autre part, l'on relève l'impact de la démocratie sur le vote électronique. La démocratie est mobilisée comme une source de référence de l'intervention du vote électronique dans les élections. Il en résulte un affaiblissement du vote électronique, éprouvé par la démocratie (II).

I - LA DÉMOCRATIE RENFORCÉE PAR LE VOTE ÉLECTRONIQUE

Le vote électronique est appréhendé comme le moyen de passer de la démocratie émasculée²⁹ à la démocratie revitalisée. Une solution qui doit puiser dans le constitutionnalisme les moyens du renforcement de la démocratie. L'analyse du constitutionnalisme tant en Namibie qu'en RDC permet d'abonder dans ce sens. Autrement dit, les constitutionnalismes congolais et namubiens contiennent des garanties juridiques pouvant soutenir les moyens techniques caractéristiques du vote électronique pour renforcer la démocratie. Il en ressort que sur la base du constitutionnalisme, le vote électronique est envisagé en Namibie et en RDC comme un instrument d'extension de l'accès au vote démocratique (A) et de diversification de modalité de participation démocratique (B).

28 P. YENGO, « La fraude électorale « démocratique ». Les associations congolaises des droits de l'homme se mobilisent », *Politique africaine*, 2002/1, N° 85, pp. 108-109.

29 T. HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les États de l'espace francophone : régimes juridiques et systèmes politiques », *RBSJA*, n° 16, 2006, pp. 17-41.

A- UNE EXTENSION DE L'ACCÈS AU VOTE DÉMOCRATIQUE

Dans les États sous étude, à l'instar des autres États africains, les violences liées à la contestation des élections ont pu affecter la mobilisation du corps électoral³⁰. L'espoir placé dans le vote électronique est de susciter un regain d'intérêt des électeurs et d'en attirer de nouveaux. Cela passe par l'extension de l'accès au vote démocratique grâce à la diversité des modalités de vote électronique. Il en est ainsi dans les constitutionnalismes congolais et namibien. Ces constitutionnalismes, sans exclure une extension possible de l'accès au vote démocratique par le vote électronique *ex situ* (1), ont permis une généralisation effective du vote électronique *in situ* (2).

1- Une extension possible par le vote électronique *ex situ*

Le vote électronique est dit *ex situ* lorsque le constitutionnalisme permet à l'électeur d'exercer son droit de vote en dehors d'un bureau de vote fixe ou mobile (par véhicule) en ayant recours à un dispositif informatique établissant une connexion à distance avec un centre électoral. Concrètement, le vote *ex situ* met en scène l'exercice à distance, hors des bureaux de vote institués, du droit de suffrage par les électeurs, la transmission des données y afférentes à un centre de traitement de ces données et la proclamation des résultats. Le constitutionnalisme autorise, dès lors, le vote sans qu'il ne soit effectué en présentiel dans un bureau de vote.

Cette modalité de vote dénommée « vote par internet » ou « i-vote » ou encore « vote par internet à distance » voire « vote en ligne » peut être effectuée à partir de divers dispositifs électroniques (ordinateurs, téléphones, tablettes, etc.). D'ailleurs, bien qu'il ne soit pas expressément envisagé, le vote à distance par internet n'est pas formellement exclu par les constitutionnalismes congolais et namibien. L'acceptation du vote électronique dans ces deux États laisse entrevoir la possibilité d'organiser les élections par le vote électronique *ex situ*. Cela signifie que le principe du recours au vote électronique en distanciel n'est pas formellement écarté. Par conséquent, en Namibie à l'exception de la RDC, une révision de la loi électorale s'imposera pour rendre effectif le recours au vote à distance par internet. Effectivement, la loi électorale prescrit que le vote électronique s'exerce dans les bureaux de vote par des machines non connectées à un centre électoral.

Pour attractif que paraît le vote électronique eu égard à son apport à la démocratie, le fait de ne pas recourir au vote électronique *ex situ* dans les États sous étude se trouve justifié par plusieurs raisons essentielles. L'institution de cette modalité électorale implique de prévoir des infrastructures spécialisées nécessitant des efforts financiers importants que les ressources financières publiques ne peuvent permettre actuellement de réaliser. À cela s'ajoute la faiblesse, voire la rareté, dans les zones rurales, de la fourniture en électricité qui est un appui indispensable à la mise en fonctionnement du réseau internet. Le réseau internet est certes en développement dans les capitales et s'étend progressivement dans les zones urbaines. Mais, dans les zones rurales, le réseau internet est plus précaire quand il existe. Et, aussi, l'on ne peut oublier que l'accès des électeurs aux matériels informatiques est très inégal³¹ en raison du sous-développement très sévèrement ressenti dans les zones rurales.

30 A. LOADA, « L'élection présidentielle du 13 novembre 2005 : un plébiscite par défaut », *Politique africaine*, 2006/1 (N° 101), p. 19-41 ; A. MUXEL, « La mobilisation électorale. L'envers de 2002 et un sursaut généralisé », *RFSP*, 2007/3, Vol. 57, pp. 315-328.

31 B. MOREL, « Les enseignements des expériences européennes du vote électronique », *RFDC*, 114, 2018, p. 378.

En outre, parmi les États qui l'ont expérimenté, certains ont tout simplement décidé de l'interrompre à l'instar de l'Angleterre ou de ne pas le généraliser comme en France. D'autres, comme la Suisse, sont en cours d'expérimentation. L'Estonie reste actuellement le seul État qui en fait usage alors que la France l'a réservé à l'élection des Conseillers de l'Assemblée des Français de l'étranger. L'Estonie l'a introduit dans son droit électoral en 2002, et y recourt pour l'élection des parlementaires³² depuis 2007. Il est notable que contrairement à la France, en Estonie, le vote par internet *ex situ* est organisé sur le plan national. Les constitutionnalismes estonien et français montrent que le vote en ligne peut être exercé en tout lieu public ou privé, qu'il s'agisse d'une borne publique de connexion à internet, d'un domicile, d'un lieu de travail, etc. Ce libéralisme prévu par ces constitutionnalismes vise l'accroissement du corps électoral. Il est en ce sens espéré que cette modalité électorale permette de faciliter l'accès au vote aux citoyens éloignés des bureaux de vote ou encore aux « populations traditionnellement exclues du vote du fait de leur situation particulière : les militaires, les expatriés, les handicapés et tous ceux qui peuvent justifier d'une obligation de résidence ou de voyage à l'étranger »³³. Autrement dit, par cette modalité, le constitutionnalisme propose une réponse à l'épineux problème de l'abstentionnisme. En fait, la liberté de choisir son lieu de vote permet d'éviter le découragement lié à la longueur du temps d'attente pour voter dans le cadre du vote en présentiel dans un bureau de vote.

Ainsi, la démocratie peut se trouver revitalisée par la relative élasticité du temps accordé aux électeurs pour accéder au portail de vote. Ceux-ci peuvent aménager leur temps à l'intérieur d'une période fixe pour l'exercice de leur droit de vote. Les constitutionnalismes estonien et français prévoient, à cet effet, que l'opération de vote se déroule sur plusieurs jours. Il ressort du constitutionnalisme estonien, effectivement, que l'électeur peut voter « du dixième jour au quatrième jour précédant le jour du scrutin par voie électronique. Le vote débutera à 9 heures le dixième jour avant le jour du scrutin et durera vingt-quatre heures par jour jusqu'à la clôture du scrutin à 18 heures le quatrième jour avant le jour du scrutin »³⁴. C'est le cas aussi en France où l'électeur dispose d'une semaine avant le jour du scrutin pour voter³⁵. Il a pu être noté, à ce propos, que « d'une manière générale, l'étalement de la période de vote favorise la participation électorale en desserrant les contraintes temporelles pour l'électeur. Sur ce point, les avantages d'Internet sont indéniables »³⁶.

Toutefois, en pratique, des problèmes d'ordre technique peuvent fragiliser cet avantage dans la gestion du temps. Le flux important d'électeurs, qui exercent leur droit de vote le dernier jour, cause un ralentissement de la procédure de vote par internet. Ce ralentissement peut constituer une source de démotivation, voire d'abandon de la procédure de vote et, en fin de compte, l'impossibilité de voter ; les bureaux de vote fixes ayant fermé.

Par ailleurs, le constitutionnalisme prescrit l'interdiction de laisser apparaître le lien entre l'électeur et son vote. L'anonymat participe, à la fois, de la liberté de choix des électeurs et de la confidentialité de ce choix. Avec le vote en ligne, le constitutionnalisme – à juste raison – ne saurait exiger que le vote soit effectué dans un isolement. La préservation de

32 Le constitutionnalisme estonien prévoit que les parlementaires élisent le Président de la République (article 79, alinéa 1^{er} de la Constitution de 1992).

33 E. MAIGRET, L. MONNEYET-SMITH, « Le vote en ligne », *Réseaux*, 2002/2, n° 112-113, p. 384.

34 Paragraphe 38 (2)-(3) de la loi de 2002 relative à l'élection des membres du *Riigikogu* (Parlement).

35 Article R. 176-3-8 et R-3-10 du code électoral.

36 J-E GICQUEL, « Le vote par internet : une modalité à aborder avec circonspection », *La Semaine juridique, Administrations et Collectivités territoriales*, n° 31-35, 31 juillet 2006, P. 1179, paragraphe 9.

l'anonymat passe par la technique du cryptage ou du chiffrement qui est même utilisée pour les machines à voter pour préserver le secret du vote par internet³⁷. Tant le constitutionnalisme estonien³⁸ que le constitutionnalisme français³⁹ y souscrivent.

Cependant, la question du secret du vote est soulevée à travers un autre problème qui fait l'objet de récurrents reproches adressés au vote par internet dans son rapport à la démocratie⁴⁰. L'environnement d'exercice de ce type de vote est mis à l'index car, les électeurs ne sont pas à l'abri surtout dans le cadre familial, de pressions susceptibles d'influencer les votes. « Se pose la question, presque insoluble, de son secret. Comment, en effet, s'assurer que l'électeur, devant son ordinateur, jouira d'une entière liberté dans son choix et que des pressions variables de l'entourage (conjoint, employeur – voire même d'un parti ne seront pas absentes ? »⁴¹ a pu écrire le professeur J-E. Gicquel. Toutes ces considérations et expériences du vote électronique *ex situ* sous-tendent le choix identique de la Namibie et de la RDC à l'égard de cette modalité électorale. Aussi ont-ils plutôt envisagé de recourir de manière effective au vote électronique *in situ* en le généralisant.

2- Une extension effective par le vote électronique *in situ*

Le vote électronique est dit *in situ*, selon le constitutionnalisme namibien, comme le vote par lequel « une personne peut uniquement enregistrer son vote dans un bureau de vote établi de la circonscription ou la zone de collectivité locale dans laquelle la personne est inscrite »⁴². Le vote électronique *in situ* s'effectue principalement en présentiel dans un bureau de vote par une machine à voter, c'est-à-dire un ordinateur fonctionnant avec ou sans carte magnétique permettant d'exercer le droit de vote.

Ce vote électronique se caractérise par son rapport étroit au lieu traditionnel de vote, c'est-à-dire un bureau de vote. En d'autres termes, le vote électronique *in situ* consiste pour l'électeur à se rendre dans son bureau de vote pour y exercer, sur place, son droit de vote. Techniquement, les textes juridiques s'y rapportant organisent l'équipement des bureaux de vote en matériels permettant d'effectuer ce vote électronique. Cette innovation en Namibie et en RDC, à la vérité, n'est pas toute récente dans l'histoire électorale d'autant que ce type de vote a existé dans le constitutionnalisme français notamment depuis 1969⁴³ avant d'être supprimé en 1975⁴⁴.

Formellement, le vote électronique *in situ* est réalisé selon les mêmes exigences que le vote traditionnel tant au regard de la situation géographique, rappelée ci-dessus, que surtout des principes démocratiques dégagés par le constitutionnalisme en Namibie et en RDC. Relativement à la situation géographique, l'exercice du vote électronique dans le bureau de vote est renforcé par le législateur électoral qui prescrit comme en RDC que « le

37 B. MOREL, « Les enseignements des expériences européennes du vote électronique », op. cit., p. 377.

38 Paragraphe 48 (4) – (4) de la loi de 2002 sur l'élection des membres du *Riigikogu* (Parlement) : « L'application utilisée pour le vote électronique crypte le vote de l'électeur à l'aide de la clé de cryptage des votes ».

39 [Article R176-3-1](#) alinéa 2 du code électoral de 2009 modifié par le décret [n° 2017-306 du 10 mars 2017 en son article 3](#) : « Ce traitement automatisé garantit la séparation, dans des fichiers distincts, des données relatives aux électeurs, d'une part, et aux votes, d'autre part ».

40 E. MAIGRET, L. MONNEYET-SMITH, « Le vote en ligne », précité, p. 392.

41 J-E GICQUEL, « Le vote par internet... », op. cit., paragraphe 11.

42 Article 98 (1) de loi électorale de 2014.

43 Loi n° 69-419 du 10 mai 1969 modifiant certaines dispositions du code électoral (introduction de la machine à voter).

44 Loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975 modifiant certaines dispositions du code électoral (suppression de la machine à voter).

vote par correspondance est interdit »⁴⁵. Cette modalité consiste pour l'électeur à utiliser un système postal – envoi du bulletin de vote par courrier – pour exercer son droit de vote.

Au regard de son apport à la revitalisation de la démocratie, le vote électronique *in situ* se fonde sur deux principes démocratiques auquel le vote électronique est arrimé : le principe d'égalité et le principe du vote secret (confidentialité).

Le principe d'égalité se traduit, en ce qui concerne l'exercice du vote électronique *in situ*, par l'égalité d'accès des électeurs et des candidats ou leurs représentants à une machine à voter. Concrètement, le constitutionnalisme namibien par exemple mentionne expressément que « Tout électeur namibien a droit à un [...] accès non discriminatoire et égal au système électoral »⁴⁶. Ce constitutionnalisme présente l'égalité d'accès à la machine à voter comme un droit fondamental⁴⁷. Bien que pareille formulation soit plutôt rare dans les constitutionnalismes en général, ce principe pourrait être rattaché aux principes généraux des élections.

Dans sa mise en œuvre, l'égalité d'accès à la machine à voter est perceptible, non seulement, au niveau des organismes publics chargés de l'organisation des élections, mais aussi, au niveau des électeurs. Concernant les premiers, dans les États de l'étude, l'organisation pratique des élections est confiée à une Commission indépendante (ECN⁴⁸ en Namibie et CENI⁴⁹ en RDC). La centralisation de l'organisation pratique des élections se présente comme une garantie d'égalité même si, à la véracité, l'institution de ces commissions répond beaucoup plus à la nécessité de confier l'organisation des élections à un organisme indépendant de l'administration publique centrale, qui auparavant en était chargée⁵⁰. Ce sont, d'ailleurs, ces Commissions électorales qui se sont vues reconnaître le pouvoir de décider du recours au vote électronique par les constitutionnalismes congolais⁵¹ et namibien⁵². Ailleurs, en plus de la centralisation, il est possible de trouver des exemples d'organisation décentralisée des élections lorsqu'elles sont confiées aux collectivités publiques, par exemple les Communes et les Régions. Les législations s'y rapportant leur ont attribué le pouvoir de décider de recourir ou non à la machine à voter. La loi électorale belge, à titre illustratif, l'attribue entre autres aux Communes⁵³. En la matière, le juge constitutionnel belge a été saisi en vue de l'annulation des dispositions de la loi électorale soupçonnées de porter atteinte au principe d'égalité entre les collectivités dans le recours à la machine à voter. La Cour constitutionnelle a jugé que la « différence de traitement entre les communes tenues au remboursement des dépenses relatives aux frais liés au vote électronique et celles qui n'y sont pas tenues

45 Article 57 *in fine* de la loi électorale de 2006.

46 Article 2.1 de la loi électorale de 2014.

47 Ce principe est énoncé dans l'annexe 2 portant « Charte des droits et devoirs fondamentaux des électeurs » de la loi électorale de 2014.

48 Electoral Commission of Namibia (Commission Electorale de la Namibie).

49 Commission Electorale Nationale Indépendante.

50 Lors de l'élection présidentielle de 2018 en RDC, la CENI avait été soupçonnée (des preuves n'ont pu être rapportées) de partialité en raison des difficultés de fonctionnement des machines à voter dans les bastions dits de l'opposition politique.

51 Article 55, alinéa 2 de la loi électorale de 2006 modifiée aux termes duquel : « En cas de vote électronique, les formalités sont fixées par une décision de la Commission électorale nationale indépendante ».

52 L'article 97 (2) de la loi électorale namibienne de 2014 dispose que « la Commission peut adopter le vote par machine à voter ». L'article 55 du code électoral congolais de 2006 modifié en 2011 prévoit qu'« En cas de vote électronique, les formalités sont fixées par une décision de la Commission électorale nationale indépendante ». C'est bien la Commission Electorale Nationale Indépendante qui pour l'élection présidentielle de 2018 a pris la décision d'utiliser les machines à voter.

53 Articles 2 et 3 de la loi électorale de 2014.

repose sur un critère objectif, à savoir le choix des communes, [...] de recourir ou pas aux techniques de vote automatisé »⁵⁴. Autant dire que les collectivités publiques sont placées sur un pied d'égalité dans l'accès à la machine à voter ; les laissant le libre choix de l'utilisation. Sur ce point, la généralisation de l'utilisation de la machine à voter au Brésil, en Namibie ainsi qu'en RDC, fait perdre à cette faculté son importance. Concernant les électeurs, bien que la formulation du principe d'égalité d'accès ne soit pas spécifique à l'utilisation des machines à voter, il leur est applicable ; de sorte qu'ils sont bénéficiaires de ce droit fondamental qu'ils sont admis à revendiquer le respect.

En ce sens, l'égalité d'accès à la machine à voter fonde le lien établi, dans le constitutionnalisme dans les États sous étude, entre la démocratie et le vote électronique. Le vote électronique, participant à la réalisation de l'acte démocratique, l'accès à cette modalité électorale conditionne l'exercice du droit de suffrage. Précisément, le rattachement de l'électeur à un bureau de vote – lieu déterminé d'exercice du droit de vote – est une condition impérative du constitutionnalisme⁵⁵. La prescription de l'accessibilité de tout électeur à la machine à voter est ainsi en adéquation avec la démocratie, car il garantit à tous cet accès. Aussi, de même que le constitutionnalisme namibien prescrit que « tout namibien a droit à un isolement construit de manière à permettre aux électeurs handicapés physiques de voter »⁵⁶, le constitutionnalisme français insiste sur la nécessité de doter les machines à voter de dispositifs permettant le vote autonome des personnes en situation de handicap⁵⁷. *A fortiori*, en vertu du principe d'égalité d'accès, des dispositions ou aménagements dérogatoires peuvent être prévus pour permettre l'accès des personnes en situation de handicap au bureau de vote et à la machine à voter. En d'autres termes, le constitutionnalisme garantit le caractère démocratique de l'accès à la machine à voter. Sur ce point, la réalité pratique révèle bien souvent l'ineffectivité de la réalisation des aménagements destinés aux personnes en situation de handicap.

Quant à la confidentialité du vote en matière de vote électronique *in situ*, elle s'inscrit dans le principe du vote secret qui est une exigence démocratique consacrée dans le constitutionnalisme en Namibie⁵⁸ et en RDC⁵⁹ particulièrement, et de manière générale⁶⁰. Ceci explique que les États sous étude ait maintenu l'isolement qui existe depuis de longues années. L'appréhendant, au niveau fonctionnel, le constitutionnalisme estonien retient que « l'isolement permet le scrutin secret »⁶¹. Les électeurs s'y retirent pour préparer et accomplir, à l'abri des regards extérieurs, leurs choix. Si l'isolement n'est pas spécifique au vote électronique, la machine à voter *in situ* présente la particularité de pouvoir être installée dans un isolement du bureau de vote. Ainsi, l'isolement assure la confidentialité indispensable à la liberté du suffrage⁶². Autant dire que le vote *in situ* avec la machine à voter vise la préservation de l'électeur des influences ou pressions extérieures qui pourraient influencer son choix. En plus de l'isolement, la confidentialité du vote *in situ* est renforcée par les constitutionnalismes

54 Arrêt n° 058/2016 du 28/04/2016.

55 Article 8 de la loi électorale congolaise de 2006 modifiée et article 26 de la loi électorale namibienne de 2014.

56 Article 2.8 de l'annexe 2 à la loi électorale de 2014 portant « Charte des droits et devoirs fondamentaux des électeurs ».

57 Article L 57-1 du code électoral de 2009.

58 Namibie (article 46 – 1 (a) de la Constitution).

59 Article 5 de la Constitution.

60 A titre d'exemple : Belgique (article 62 de la Constitution) ; France (article 3 de la Constitution).

61 Paragraphe 35 (1) de la loi électorale du *Riigikogu* de 2002.

62 L. FAVIER, « Le vote électronique pour quelle démocratie ? », précité, pp. 17-18.

congolais⁶³ et namibien⁶⁴ qui prévoient une preuve papier du vote électronique que l'électeur insère dans une enveloppe qu'il glisse dans une urne physique comme en Belgique⁶⁵ et au Brésil⁶⁶. Le renforcement postulé de la démocratie passe aussi par une diversification de modalité de participation démocratique.

B- UNE DIVERSIFICATION DE LA PARTICIPATION DÉMOCRATIQUE

Il y a lieu de préciser que les constitutionnalismes congolais et namibien n'ont pas entrepris la disparition du vote traditionnel. Dès lors, dans le cadre de ces constitutionnalismes, la revitalisation de la participation électorale démocratique n'implique pas l'exclusivité du vote électronique ou encore la concurrence entre ces deux types de vote. L'expérimentation du vote électronique en Namibie et en RDC permet de voir qu'a été fait le choix de la diversification de la participation démocratique. Celle-ci est mise en œuvre soit en faisant intervenir le vote électronique comme une modalité additionnelle (1) soit comme une modalité généralisée (2).

1- Un vote électronique additionnel

En vue de l'augmentation de la participation électorale, le constitutionnalisme dans les États sous étude a institué deux modalités de vote dont le vote électronique. « Le vote s'effectue soit au moyen d'un bulletin papier soit par voie électronique », peut-t-on lire, à titre illustratif, dans le constitutionnalisme congolais⁶⁷. *De jure* et *de facto*, le vote électronique est adjoint à un mode préexistant, le vote par bulletin papier ou vote traditionnel. L'adjonction du vote électronique le fait intervenir en supplément du vote traditionnel. Autrement dit, ces deux constitutionnalismes, par cette addition, instaurent un rapport de juxtaposition de modalités de vote ; celui-là côtoyant celui-ci.

De ce point de vue, il n'est pas sans intérêt de relever que tenant au positionnement du vote électronique dans les lois électorales des États visés, une différence est perceptible. Ces constitutionnalismes laissent apparaître le vote électronique comme une modalité secondaire même s'il n'y a pas formulé le principe de la primauté d'une modalité de vote sur l'autre. Il en est ainsi également en Belgique, au Brésil, en Estonie et en France. Ce positionnement trouve à s'expliquer, tout d'abord, par le fait que le vote électronique a été institué dans les constitutionnalismes étudiés en complément à une autre modalité – plus solennelle et symptomatique de la démocratie – l'ayant précédé. Ensuite, dans certains cas comme en Belgique ou au Brésil, l'introduction du vote électronique dans le droit électoral s'est faite par l'adoption d'une loi spécifique. Ainsi, selon F. Delpéré, la loi sur le vote électronique « est une loi de circonstances – même si elle est appliquée depuis quinze ans, sans interruption –. À ce titre elle n'est pas intégrée dans les dispositions organiques du code électoral. Elle peut être remise en cause et elle l'est, à chaque nouvelle élection »⁶⁸. Dans d'autres États encore, cette introduction a plutôt, consisté en l'insertion de dispositions nouvelles dans

63 Voir la Décision 001BIS/CENI/BUR/18 de la CENI prise sur la base de l'article 55, alinéa 2 de la loi électorale de 2006 modifié.

64 Article 97 de la loi électorale de 2014.

65 Loi électorale fédérale de 2014.

66 Loi électorale de 1997 modifiée en 2015.

67 Article 47 de la loi électorale de 2006 modifiée.

68 F. DELPÉRE, « Le vote électronique en Belgique » in E. FOREY, C. GESLOT, *Internet, machine à voter et démocratie*, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 19-20.

les codes électoraux en vigueur comme en France⁶⁹ ou à un renvoi à la loi relative au vote électronique à l'instar de la Belgique⁷⁰ et du Brésil⁷¹.

Cela a nécessité de voir être rappelé, dans les législations spécifiques sur le vote électronique, que cette modalité doit être organisée dans le respect des mêmes principes de base antérieurement prévus pour le vote traditionnel, c'est-à-dire l'élection démocratique⁷². Le législateur belge est plus formel : « Les systèmes de vote électronique [...] ne peuvent être utilisés que s'ils sont conformes aux conditions générales d'agrément déterminées par le Roi, qui garantissent en tout cas [...] le secret du vote »⁷³ tel que prescrit par l'article 77 de la Constitution. Nonobstant, dans le cas de l'Estonie, l'introduction du vote électronique a donné lieu à une refonte complète de la loi électorale⁷⁴. Il n'en reste moins que la position secondaire du vote électronique est nettement perceptible. Effectivement, alors que la loi électorale prescrit qu'une carte d'électeur soit établie et envoyée à tout électeur⁷⁵, la même loi prévoit que l'obtention de la carte d'électeur électronique est non seulement une faculté pour tout électeur, mais surtout, lui impose d'en faire la commande⁷⁶. La généralisation de la carte d'identité numérique estonienne permettant de voter, a résolu ce problème.

À l'inverse, les constitutionnalismes étudiés ont consacré le vote électronique et le vote traditionnel comme modalités principales. Les constitutionnalismes congolais et namibien ont laissé aux Commissions électorales le choix entre ces deux modalités de vote. Dans ces constitutionnalismes, les deux modalités de vote occupent théoriquement une position identique. De la sorte, les principes de base d'une élection démocratique fixés au fronton de la législation électorale concernent indifféremment les deux modalités de vote. Il n'a, dès lors, pas été nécessaire de préciser dans ces constitutionnalismes que l'organisation du vote électronique doit être conduite dans le respect de principes de base posés antérieurement pour le vote traditionnel. Le choix pour le vote électronique vient donc en complément du vote traditionnel. Cette adjonction est confirmée par la réalité pratique de laquelle il ressort que l'engouement pour le vote électronique n'a pas suffi à bouleverser cet ordre dans l'utilisation des deux modalités ; le vote traditionnel restant le plus utilisé. En ce sens, le vote électronique contribue à un renforcement de la démocratie en s'additionnant au vote traditionnel.

Néanmoins, l'adjonction du vote électronique au vote traditionnel ne signifie guère le cumul des votes. Le constitutionnalisme namibien est moins précis sur ce point alors qu'en RDC, l'article 47 de la loi électorale permet de voter soit par le bulletin papier soit par le vote électronique. À ce propos, convoquons le constitutionnalisme estonien qui prescrit de manière plus précise que « Si un électeur a voté par voie électronique ainsi qu'avec un bulletin de vote, le bulletin de vote de l'électeur est pris en compte. [...] le comité de vote électronique ne tiendra pas compte du vote de l'électeur exprimé par des moyens électroniques »⁷⁷.

69 Article L330 créé par l'Ordonnance n° 2009-936 du 29 juillet 2009 relative aux députés élus par les Français établis hors de France.

70 Article 109 et 110 du code électoral de 2014.

71 Article 102 de la loi électorale de 1965.

72 Article 4 paragraphe 3 de la loi électorale belge de 2014 ; article 61 de la loi électorale brésilienne de 1965.

73 Article 4 paragraphe 3 de la loi électorale belge de 2014.

74 Loi estonienne de 2002 sur l'élection des membres du *Riigikogu* (Parlement).

75 Paragraphe 21 (1) de la loi estonienne de 2002 sur l'élection des membres du *Riigikogu*.

76 Paragraphe 21 (2¹) de la loi estonienne de 2002 sur l'élection des membres du *Riigikogu*.

77 Paragraphe 48⁷ (4) de la loi estonienne de 2002 sur l'élection des membres du *Riigikogu*.

Il en ressort que d'un côté, les électeurs, ayant opté pour le vote électronique, ne doivent exercer leur droit de suffrage qu'à travers cette seule modalité. L'utilisation cumulative des votes électronique et traditionnel est, par conséquent, proscrite. Cette exigence se fonde sur le principe démocratique de l'unicité⁷⁸ du vote que consacre de manière éclatante la loi électorale estonienne : « Chaque électeur dispose d'une voix »⁷⁹. C'est le principe « un homme, une voix »⁸⁰ entendue aujourd'hui, à la fois, comme le droit au suffrage de tout individu qu'il s'agisse d'un homme ou d'une femme et de l'égalité du suffrage⁸¹. Il s'en suit qu'en Namibie et en RDC, un électeur ne doit se voir attribuer qu'une seule voix, si bien que l'utilisation du vote électronique en complément du vote traditionnel n'a de sens que dans le respect de ce principe de l'unicité du vote. D'un autre côté, le constitutionnalisme estonien présente une singularité pratique. La loi électorale ne sanctionne pas l'utilisation cumulative des deux modalités par une annulation de vote. Le vote traditionnel est, à l'exclusion du vote électronique, retenu comme le seul vote émis en définitive. C'est dire que le constitutionnalisme estonien ne comptabilise qu'un seul vote au profit de l'électeur qui s'est mépris. C'est l'hypothèse où l'électeur qui, dans un premier temps, a voté par internet peut modifier son vote en procédant, dans un deuxième temps, à un vote par bulletin papier le jour du scrutin⁸². La primauté est ainsi donnée au vote traditionnel. En plus d'être adjoint au vote traditionnel, le vote électronique impacte la démocratie en Namibie et en RDC par sa généralisation.

2- Un vote électronique généralisé

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le vote électronique est devenu la seule modalité d'exercice du droit de suffrage dans le cadre d'élections générales. Sur la base de la pratique récente en Namibie et en RDC, cette généralisation peut s'appréhender de deux points de vue. Elle se traduit d'une part, par l'utilisation exclusive du vote électronique dans les processus électoraux politiques et locaux et d'autre part, par l'extension de ces élections à l'ensemble du corps électoral. Au regard des autres expériences de généralisation du vote électronique, la Namibie et la RDC se situent dans la lignée des États comme le Brésil, l'Inde et le Venezuela et se distinguent de l'Estonie et de la France qui ont adopté le vote *ex situ* par internet limité à des catégories particulières d'élection.

Cette généralisation du vote électronique est fondée sur la faculté qui est reconnue par les constitutionnalismes congolais⁸³ et namibien⁸⁴ notamment, de recourir au vote traditionnel ou au vote électronique. Ces constitutionnalismes ont attribué le pouvoir d'en décider aux Commissions chargées de l'organisation des élections. Les Commissions électorales congolaise et namibienne ont fait le choix du vote électronique *in situ*, encouragées en cela, entre autres, par la hausse progressive du taux d'alphabétisation de l'ensemble de la population des deux États qui se situe autour de 74 %. De ce point de vue, la Namibie beaucoup moins peuplée (2 630 073 d'hab.) sur un territoire très étendu et désertique, mais plus petit (825 418 km²) que la RDC, tire un meilleur avantage de la généralisation en termes de gain de temps de vote et de proclamation des résultats. Quant à la RDC,

78 C. ENGUEHARD, « Vote papier, vote mécanique, vote électronique », *Le Genre humain*, 2011/2 n° 51, p. 44.

79 Paragraphe 1 (3).

80 Traduit de la formule anglo-saxonne « One man, one vote ».

81 P. AVRIL, « Un homme, une voix ? », *Pouvoirs*, vol. 120, n° 1, 2007, p. 123.

82 Paragraphe 48 § (2) de la loi estonienne de 2002 sur l'élection des membres du *Riigikogu* (Parlement).

83 Article 47 de la loi électorale de 2006 modifiée.

84 Article 97 de la loi électorale de 2014.

l'immense étendue du territoire (2 345 410 km²) et la population relativement nombreuse (40 millions d'hab.) sont justement des raisons supplémentaires qui ont justifié le choix de la généralisation du vote électronique pour réduire considérablement le temps de vote et obtenir plus rapidement les résultats des scrutins. De plus, même si dans les deux États, le vote électronique est imposé, ce choix de la généralisation s'inscrit dans le respect du principe démocratique d'égalité des électeurs devant le suffrage tel que consacré par leurs constitutionnalismes. L'ensemble du corps électoral aura à exercer son droit de suffrage par une modalité identique.

Mais, la décision de généraliser le vote électronique a fait l'objet d'importantes controverses sur sa légalité en RDC et sur sa constitutionnalité en Namibie. En RDC, c'est l'intervention des machines à voter électroniques dans le processus électoral qui a été contestée sur le fondement d'une disposition de la loi électorale qui interdit cette modalité de vote. L'article 237 ter dispose que : « le mode de vote électronique ne peut être appliqué pour les élections de 2011-2013 ». Au surplus, la Cour constitutionnelle congolaise à l'approche des élections à proprement parler, avait été saisie en annulation de l'utilisation des machines à voter. La Cour constitutionnelle, attendue pour éclairer les parties prenantes au processus électoral sur la notion de vote électronique, a rejeté la requête⁸⁵ en août 2018. En Namibie, à la veille des scrutins de novembre 2014, la Haute Cour a été saisie en référé pour obtenir la suspension desdits scrutins. Le requérant arguait de l'inconstitutionnalité de la décision ministérielle qui organise les élections générales pour avoir supprimé une disposition importante de la loi électorale concernant la preuve papier vérifiable de l'intention de vote de l'électeur. La Haute Cour avait débouté le requérant.

Dans la pratique, la généralisation du vote électronique *in situ* impliquait de veiller à l'accessibilité du corps électoral aux machines à voter. Aussi des difficultés telles que la perte de nombreuses machines à voter (environ 8000) dans l'incendie d'un entrepôt de Kinshasa en RDC ou la curieuse disparition de machines à voter lors de leur transport vers des centres de vote en Namibie n'ont-elles pas porté atteinte à l'accessibilité aux machines à voter. En effet, des machines à voter d'autres centres électoraux ont permis de remplacer celles perdues. Pour autant, la décision de reporter le scrutin dans les circonscriptions électorales congolaises de Yumbi, Beni et Butembo pour des raisons sanitaires (épidémie d'Ébola) et sécuritaires (violences communautaires) alors qu'est intervenue la proclamation définitive des résultats, limite la portée de la généralisation. D'autres difficultés d'ordre technique qui ont impacté le bon fonctionnement des machines à voter sont autant d'atteintes portées à la généralisation du vote électronique. Des solutions ont pu dans certains cas être apportées aux dysfonctionnements. Des bureaux de vote mobile ont été mis à contribution pour pallier au manque d'électricité dans quelques circonscriptions électorales namibiennes pour faire fonctionner les machines à voter dont l'autonomie est limitée. Il est certain que ces éléments soulèvent la question de l'égalité des électeurs devant l'utilisation des machines à voter. Il en ressort que dans ces deux États, la généralisation du vote électronique reste la finalité bien qu'elle n'a pas été totale. Mais, elle a pu permettre à une grande majorité des électeurs de prendre part à l'élection.

Dans le cas estonien, il est observable que le vote électronique n'est généralisé qu'en ce qui concerne l'élection des parlementaires. Le vote électronique intervient soit à travers internet soit par l'envoi de message (Sms) via le téléphone mobile. Ainsi, même s'il côtoie

85 Cour constitutionnelle, Arrêt R.Const. 729 d'août 2018.

encore le vote traditionnel, la diversification des moyens technologiques de vote, visant à faciliter la participation électorale, suscite un certain engouement chez les électeurs bien que des réticences existent aussi en Estonie. Ce faisant, l'évolution de l'utilisation du vote électronique y est impressionnante. De seulement 16% des votants lors des élections européennes de 2009, les utilisateurs du vote électronique sont passés en 2019 à 44%. Les efforts du gouvernement estonien de numérisation des activités administratives en est une explication. En Afrique, les exemples congolais et namibien restent pour l'heure symptomatiques du renforcement de la démocratie par le vote électronique. Pour autant, la pratique révèle que le vote électronique est éprouvé par la démocratie.

II- LE VOTE ÉLECTRONIQUE ÉPROUVÉ PAR LA DÉMOCRATIE

L'introduction du vote électronique a suscité des oppositions, un peu partout, dans les États où il a été institué. À dire vrai, l'utilisation du vote électronique est d'une complexité certaine. L'analyse des décisions des juges électoraux fondées sur les principes de la démocratie⁸⁶ en témoigne. Il en ressort que les rapports de la démocratie au vote électronique sont généralement traduits par l'application des principes démocratiques de transparence et de sincérité comme sources de référence. Autrement dit, l'utilisation du vote électronique est confrontée à la démocratie à travers ces principes. La transparence pour permettre aux électeurs d'être informés et suivre l'expression de leurs intentions de vote ainsi que la sincérité pour garantir la conformité des résultats aux choix des électeurs. En fait, le vote électronique a été fragilisé d'une part, à cause de sa transparence controversée (A) et d'autre part, en raison de sa sincérité contestée (B).

A- UNE TRANSPARENCE CONTROVERSÉE DU VOTE ÉLECTRONIQUE

La transparence, rarement inscrite dans les textes constitutionnels à l'instar de ceux étudiés, et peu définie, signifie en substance, « la clarté d'un processus de dévolution électorale [...] qui, depuis son ouverture jusqu'à la proclamation définitive des résultats par une institution indépendante, exprime, sans équivoque et sans l'altérer [...] la volonté pure consciente du peuple »⁸⁷. La transparence implique l'accessibilité des données d'une élection et leur vérifiabilité par le corps électoral ainsi que la confiance légitime des électeurs dans le processus électoral⁸⁸. Les contentieux électoraux congolais et namibiens ont montré que la transparence du vote électronique a été affectée, pour une part, par l'absence de preuve papier vérifiable des votes émis (1) et, pour une autre part, par l'utilisation douteuse de la preuve papier (2).

1- Un vote sans preuve papier vérifiable

À la faveur du contentieux consécutif aux élections politiques générales de 2019, la Cour suprême namibienne a été saisie par plusieurs requérants, dont M. Itula⁸⁹. Ces derniers visaient l'annulation desdites élections en raison du manque de transparence dans l'utilisa-

86 J. MEKHANTAR, « Le citoyen, la machine à voter et le juge », *Le Genre humain*, 2011/2, n° 51, pp. 125-146 ;

B. MOREL, « Les enseignements des expériences européennes du vote électronique », op. cit.

87 K. SABI, *La transparence des élections en droit public africain, à partir des cas béninois, sénégalais et togolais*, Université Montesquieu-Bordeaux IV – Université de Lomé, Thèse de Doctorat, Droit public, 2013, p. 45.

88 V. COURTIER, P. GAUDRY, *Le vote électronique. Les défis du secret et de la transparence*, Paris, Odile Jacob, 2022, 256 p.

89 Arrêt *Itula v Minister of Urban and Rural Development* (A1-2019) [2020] NASC (5 February 2020).

tion des machines à voter résultant de l'inconstitutionnalité d'un acte réglementaire ministériel d'application de la loi électorale. Il était reproché à cet acte réglementaire d'avoir exclu des mesures d'organisation des élections, certaines dispositions législatives pertinentes relatives notamment à la garantie de transparence, en occurrence l'existence de preuve papier vérifiable de l'utilisation du vote électronique. La Cour suprême a, dans sa décision du 5 février 2020, déclaré que « la transparence [...] de l'élection [a] été compromis[e] par l'absence d'une trace écrite vérifiable »⁹⁰.

Il en ressort que l'absence de preuve papier constitue une atteinte au principe de la transparence de l'élection. Partant, la Cour suprême a consacré, en faisant référence aux « principes de démocratie »⁹¹, le lien étroit entre l'utilisation du vote électronique et le principe de la transparence qu'elle fait découler de la Constitution⁹². Par conséquent, la matérialisation du vote électronique par l'existence d'une trace écrite papier vérifiable est l'un des mécanismes par lesquels se réalise le principe constitutionnel de transparence. La Cour suprême a, d'ailleurs, rappelé dans sa décision l'article 97 de la loi électorale posant l'obligation de prévoir des mécanismes garantissant la transparence dans l'utilisation du vote électronique. Les alinéas 3 et 4 de cet article 97 conditionnent l'utilisation du vote électronique à l'existence d'une trace écrite papier vérifiable. Cette disposition pertinente de la loi électorale a, effectivement, prévu des mesures garantissant la vérifiabilité de l'exercice du droit constitutionnel de chaque électeur de voter par voie électronique. Ces garanties sont, non seulement, la preuve écrite papier du vote électronique émis, mais aussi, le comptage manuel des résultats du vote.

Aussi, dans le but de conforter son raisonnement, la Cour suprême fait même expressément référence aux justices constitutionnelles indienne puis allemande. Le juge namibien a révélé⁹³ que pour la Cour suprême indienne « une trace écrite » est une condition indispensable pour des élections libres et équitables [...]; que le but de la VVPAT [Piste de vérification papier vérifiée par l'électeur] était à la fois de vérifier le choix d'un électeur et de compter manuellement les votes en cas de litige ». Il en résulte, pour la Cour suprême, une obligation de matérialiser le vote émis par voie électronique en vue de permettre à l'électeur d'avoir en main le récapitulatif de son vote avant de le glisser dans l'urne. De même, selon la Cour suprême, le législateur namibien fait primer la trace écrite vérifiable sur le vote enregistré électroniquement en cas de divergence entre les deux résultats de vote : celui de la machine à voter et celui imprimé sur papier. La combinaison des deux systèmes – électronique et traditionnel – assure mieux la conformité du vote électronique au principe de transparence, contribuant à renforcer la confiance légitime de l'électorat dans cette modalité nouvelle de vote.

Quant à la référence faite à la jurisprudence constitutionnelle allemande, la Cour suprême namibienne a rappelé que « La Cour constitutionnelle allemande a également conclu que les machines à voter électroniques ne seraient compatibles avec la Loi fondamentale que sous réserve de conditions préalables strictes lorsque « la possibilité constitutionnellement requise d'un contrôle fiable de l'exactitude est garantie » et lorsque « les votes sont enregistrés ailleurs

90 Arrêt *Itula v Minister of Urban and Rural Development* (A1-2019) [2020] NASC (5 February 2020), paragraphe 93.

91 Arrêt *Itula Vs Minister of Urban...*, op. cit., paragraphe 1.

92 Ibid. « L'architecture de notre Constitution cimenter les principes de la démocratie et de l'état de droit en tant que valeurs fondamentales [...]. La Constitution établit également les cadres et les mécanismes par lesquels ces valeurs et principes peuvent être réalisés et appliqués » déclara la Cour suprême dans cet arrêt.

93 Arrêt *Itula Vs Minister of Urban...*, op. cit., paragraphe 67 et 68.

en plus du stockage électronique »⁹⁴. Pour la Cour allemande, effectivement, « Lorsqu'il utilise des machines à voter électroniques, le citoyen doit pouvoir vérifier les étapes essentielles du processus de vote et la détermination des résultats de manière fiable et sans expertise particulière »⁹⁵. Le juge constitutionnel allemand a placé le contrôle par l'électorat, à l'exclusion du contrôle par des experts, au cœur du vote par voie électronique. Voici pourquoi il a soutenu que « l'ordonnance sur l'utilisation des machines à voter lors des élections au Bundestag allemand et aux membres du Parlement européen de la République fédérale d'Allemagne [...] est incompatible avec l'article 38 combiné avec l'article 20, alinéa 1 et alinéa 2 de la Loi fondamentale dans la mesure où elle n'assure pas un contrôle conforme au principe constitutionnel du vote public »⁹⁶. Il n'est donc pas étonnant que la Cour constitutionnelle allemande recommande, dans cette décision, le recours à un « relevée papier des votes émis par la machine à voter, qui peut être vérifié par l'électeur »⁹⁷. Pour ces raisons, la Cour allemande, à l'instar de son homologue autrichienne⁹⁸, a suspendu l'utilisation du vote électronique. En ce sens, le principe de publicité mobilisé par le juge allemand, traduction du principe de transparence, « n'est toutefois pas une fin en soi. Il est un moyen d'assurer la confiance dans le vote comme acte démocratique »⁹⁹.

À travers ce dialogue des juges¹⁰⁰, la Cour suprême namibienne met en relief l'obligation constitutionnelle de soumettre l'utilisation du vote électronique au respect scrupuleux des dispositions législatives prévoyant la mise à disposition de preuve papier vérifiable garantissant une élection démocratique. Autrement dit, le lien étroit entre la démocratie et la confiance légitime en est l'explication. Ceci explique, d'une certaine façon, le choix fait par les constitutionnalismes belge, brésilien, indien ou encore vénézuélien de combiner le vote électronique par machine et l'existence d'une preuve papier vérifiable pour garantir le caractère démocratique du recours au vote électronique à travers l'exigence de transparence. C'est la raison pour laquelle l'absence de preuve écrite vérifiable est autant sanctionnée sur le fondement du principe de transparence. Ce principe est étroitement lié à la crédibilité de l'élection ainsi que l'a rappelé le juge suprême namibien dans la décision sus-visée¹⁰¹.

Pourtant, le juge namibien face à cette violation flagrante du constitutionnalisme n'a ni annulé le résultat de l'élection présidentielle ni reporté cette élection comme le demandaient les candidats malheureux. Selon la Cour suprême, « Si la transparence et la crédibilité de l'élection ont été compromises par l'absence d'une trace écrite vérifiable, la question reste de savoir si cela a eu un impact négatif sur le droit fondamental de l'électorat à voter »¹⁰². La Cour poursuit

94 Arrêt *Itula Vs Minister of Urban...*, op. cit., paragraphe 69.

95 Dans une espèce différente de celle à laquelle fait référence la Cour suprême namibienne : Cour fédérale allemande, 2 BvC 3/07, 3 mars 2009.

96 Ibid.

97 Cour fédérale allemande, 2 BvC 3/07, 3 mars 2009, paragraphe 36.

98 Cour constitutionnelle autrichienne, V85/15, 13 décembre 2011.

99 B. MOREL, « Les expériences ..., précité, p. 387.

100 P. MOUDOUDOU, R. BUITTYS, « Le dialogue des juges constitutionnel et ordinaire au Bénin », *Revue Africaine et Malgache de Recherche Scientifique*, N° spécial Avril 2019 ; *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008.

101 Arrêt *Itula v Minister of Urban and Rural Development (A1-2019)* [2020] NASC (5 February 2020), paragraphe 93.

102 Arrêt *Itula Vs Minister of Urban and Rural development*, op. cit., paragraphe 93.

que « Cela n'a pas été établi à partir de preuve par les demandeurs »¹⁰³. Il en résulte que le droit fondamental de chaque électeur à voter n'a pas été, dans le cadre de ces élections générales de 2019, atteint. L'affaiblissement du vote électronique procède aussi d'un cas d'utilisation douteuse de la preuve papier vérifiable.

2- Une utilisation douteuse de la preuve papier

La matérialisation du vote électronique apparaît en Namibie et en RDC sous diverses formules. Ainsi, aux termes de l'article 55, alinéa 2 de la loi électorale congolaise, « en cas de vote électronique, les formalités sont fixées par une décision de la Commission électorale nationale indépendante ». Il appartient, également, en vertu de la même loi, à la CENI (RDC) de déterminer les modalités de compilation des résultats en cas d'utilisation du vote électronique¹⁰⁴. À l'inverse, tant en Namibie que dans la plupart des États qui recourent au vote électronique comme la Belgique, le Brésil ou l'Estonie, c'est le législateur électoral qui a expressément prévu, avec précision, toutes ces modalités. Dès lors, lorsque la CENI se défend d'avoir eu recours à un vote électronique, mais plutôt, à des machines à voter avec bulletin papier, cette déclaration a créé un doute notamment sur la nature de la modalité de vote utilisée et sa conformité à la loi électorale. Ce doute conceptuel est doublé d'un autre doute sur la transparence des machines à voter avec preuve papier utilisées.

Si la transparence a été présentée comme l'un des enjeux majeurs des élections politiques générales de la fin décembre 2018 en RDC¹⁰⁵, l'intervention des machines à voter électroniques se présente, à la fois, comme une solution et comme un défi eu égard au caractère démocratique de son utilisation impliquant le respect du principe de transparence. Cet enjeu de la transparence électorale est d'autant plus crucial que les élections organisées sous le vote traditionnel ont toujours été dénoncées pour leur manque de transparence. Il n'en est pas différemment en Namibie où les soupçons de fraudes électorales par le truchement du vote électronique sont aussi exacerbés. En fait, le recours aux machines à voter dans les élections politiques de 2018 en RDC a fait l'objet de nombreuses controverses, polémiques voire inquiétudes. Ces élections n'ont malheureusement pas fait exception dans le cycle des violences électorales de ces dernières années malgré l'existence d'un contentieux électoral juridictionnel initié par le candidat Fayulu contestant le manque de transparence.

C'est, au surplus, l'une des raisons qui justifie qu'en amont à l'élection à proprement parler, des rencontres soient prévues par la loi électorale congolaise entre les parties prenantes au scrutin. L'article 67 de cette loi dispose, en effet, qu'« En cas de vote électronique, et en vue de garantir la transparence, les procédures de transmission des résultats et de vérification garantissant la transparence, sont préalablement portées à la connaissance des parties prenantes au scrutin, par la Commission électorale nationale indépendante ».

Il est, d'abord, notable que cette loi n'utilise la notion de transparence qu'à propos du vote électronique. Cela dénote, non seulement, la singularité du vote électronique, mais aussi, l'impérieuse nécessité d'en prévoir des garanties. Ensuite, cette disposition législative montre le lien indispensable entre la transparence et la confiance légitime des parties prenantes dans la conduite d'un processus électoral démocratique faisant intervenir le vote

103 Arrêt *Itula Vs Minister of Urban and Rural development*, op. cit., paragraphe 93.

104 Article 66 *in fine* de la loi électorale congolaise.

105 V. LESFAURIES, C. ENGUEHARD, « L'introduction de machines à voter en République Démocratique du Congo ». Colloque *Les Convergences du droit et du numérique*, 15 et 16 Octobre 2018, Bordeaux, France.

électronique. Cette disposition législative a entendu prendre en compte le contexte congolais de ces dernières années, en matière électorale, marqué par des soupçons avérés ou non de fraudes massives ayant entraîné des violences. Une méfiance accrue et généralisée s'est instaurée entre les acteurs politiques, d'un côté, et au sein de l'électorat face au vote électronique, d'un autre côté. Enfin, cette disposition impose d'informer, avant le recours au vote électronique, les parties prenantes au processus électoral sur « les procédures de transmission des résultats et de vérification ». Dans la pratique, quand les rencontres prévues ont pu avoir lieu, elles ont manqué d'être inclusives¹⁰⁶.

Il en résulte que la transparence du processus électoral faisant intervenir le vote électronique exige que les parties prenantes aient la même conception de cette modalité électorale. Il y a lieu de rappeler l'économie de l'article 47 de la loi électorale : « le vote s'effectue soit au moyen d'un bulletin papier soit par voie électronique ». On peut en inférer que la loi électorale congolaise ne permet pas l'utilisation concomitante du bulletin papier et du vote électronique. Bien que cette disposition manque de précision sur l'utilisation du bulletin papier dans le cas du vote électronique, elle doit être mise en rapport avec l'article 55, sus-cité, laissant à la CENI le pouvoir de décider des modalités de ce vote.

La CENI a donc pris la décision, le 5 septembre 2018, d'organiser les élections en utilisant des machines à voter avec un bulletin papier. La CENI avait laissé entendre que les machines à voter ne servaient qu'à l'impression du bulletin de vote papier qui serait glissé dans l'urne physique. Dès lors, pour la CENI, il ne s'agit pas de vote de nature électronique, car la modalité combinait la machine à voter et le bulletin papier. Cette définition n'était pas partagée par certaines parties prenantes, notamment les partis politiques d'opposition. En pratique, le bulletin papier reste un imprimé du choix opéré par l'électeur à partir de la machine électronique. En vérité, le rôle de la machine était plus important que ce qu'en disait la CENI. Des auteurs ont relevé que sur les cinq (5) étapes du vote à proprement parlé, quatre (4) se déroulent sur la machine à voter en vue de l'impression du bulletin papier et son introduction dans l'urne physique¹⁰⁷. Plusieurs autres approches définitionnelles présentent l'utilisation d'une machine à voter ou ordinateur de vote *in situ* avec bulletin papier comme un vote électronique¹⁰⁸. Les cas de la Belgique¹⁰⁹ et du Brésil¹¹⁰ en sont illustratifs. Il était donc attendu que la saisine du juge constitutionnel levât ce doute sur la nature de la modalité de vote utilisée. Cette requête a été rejetée sans que le juge ait répondu à la question de la nature de la modalité électorale retenue par la CENI pour ces élections¹¹¹. En plus du principe de la transparence, c'est au regard du principe de la sincérité que l'utilisation du vote électronique est encore problématique.

106 Informations rapportées par l'ONG Carter Center dans son rapport sur sa mission d'observation électorale.

107 V. LESFAURIES, C. ENGUEHARD, « L'introduction de machines à voter en République Démocratique du Congo », op. cit. p. 9 : ces auteurs, expliquant la procédure du vote, montrent que sur les cinq (5) étapes du vote à proprement parlé, quatre (4) se déroulent sur la machine à voter en vue de l'impression du bulletin papier et son introduction dans l'urne physique.

108 C. ENGUEHARD, « Vote électronique et preuve papier » in 14^{ème} Colloque international "De l'insécurité numérique à la vulnérabilité de la société", Juin 2007, Paris, France. Publication électronique. halshs- 00409469.

109 L'intitulé de la loi électorale belge de 2014 est évocateur : « Loi organisant le vote électronique avec preuve papier ».

110 Article 59 paragraphe 4 de la loi électorale de 1997.

111 Cour constitutionnelle, Arrêt R.Const. 729 d'août 2018.

B- UNE SINCÉRITÉ CONTESTÉE DU VOTE ÉLECTRONIQUE

La sincérité du scrutin faisant intervenir le vote électronique reste un autre point important d'achoppement entre les parties prenantes dans les élections en Namibie et en RDC. La sincérité traduit la photographie exacte des intentions de vote enregistrées par les machines à voter et les résultats proclamés. Savoir que chaque voix a été fidèlement comptabilisée reste le défi majeur à relever par les commissions électorales congolaise et namibienne. Face à cela, de nombreux dysfonctionnements des machines à voter ont été notés. Certains candidats y ont vu une violation du principe de sincérité. Ils ont, en fait, argué de l'atteinte à d'autres principes que couvre celui de la sincérité. Ainsi le vote électronique a-t-il été contesté eu égard à l'égalité entre les électeurs dans l'utilisation des machines à voter (1) et à propos de la fiabilité desdites machines (2).

1 – Un vote contesté sur l'égalité entre les électeurs

Récemment, le Tribunal électoral namibien, faisant référence à l'affaire *Maletzky v The Electoral Commission of Namibia*¹¹², a cité le juge Miller qui avait soutenu que « l'utilisation des machines à voter électroniques ne saurait avoir pour effet d'éteindre ou de compromettre le droit constitutionnel des citoyens au vote »¹¹³. Le juge l'avait soutenu en 2014, après avoir écarté les faits d'atteinte à l'égalité au droit constitutionnel au vote. S'il ne fait aucun doute que le principe d'égalité notamment, celui de l'égalité devant le suffrage qui en découle, tient une place importante en droit électoral de manière générale, il en est particulièrement ainsi relativement à l'utilisation du vote électronique. Il s'en suit que l'utilisation du vote électronique doit pouvoir assurer la comptabilisation de chaque voix d'électeur. La sincérité du vote électronique implique que la voix de chaque électeur soit prise en compte, pesant le même poids¹¹⁴. Aussi est-il attendu du juge électoral que les faits constitutifs de rupture de l'égalité entre les électeurs dans l'utilisation du vote électronique soient sanctionnés. La sanction juridictionnelle de la rupture d'égalité n'est pas pour autant automatique. Elle est liée au contrôle minutieux par le juge de l'élection de l'exactitude matérielle des faits ; la démarche du juge visant à rétablir la vérité des faits.

Allant dans ce sens, la Cour suprême namibienne avait rappelé au fronton de sa décision dans l'affaire *Itula* du 5 février 2020, suscitée, que l'égalité fait partie des principes démocratiques dont le respect est prescrit pour l'organisation des élections générales. Il en résulte qu'en principe la situation des électeurs devant l'utilisation de la machine à voter doit être identique. La similarité de situation justifie l'application du principe d'égalité devant le suffrage. En effet, « le respect du principe de l'égalité devant la loi prescrit par la Constitution [...] impliqu[e] de ne pas traiter différemment les personnes placées dans une situation identique »¹¹⁵.

Nonobstant, il importe de préciser que le principe d'égalité ne s'oppose pas à l'existence

112 *Maletzky v The Electoral Commission of Namibia (ECN)* (A 326-2014) [2014] NAHCMD 365 (26 November 2014), paragraphe 25.

113 *Itula v Electoral Commission of Namibia* (HC-MD-CIV-APP-ATL-2019/00023) [2019] NAHCMD 524 (29 November 2019), paragraphe 52.

114 M. AICARDI de SAINT-PAUL, « Afrique du Sud : un homme, une voix », *Afrique contemporaine*, 1994, pp. 3-16 ; P. AVRIL, « Un homme, une voix ? », *Pouvoirs*, vol. 120, no. 1, 2007, pp. 123-132.

115 Conseil constitutionnel (Côte d'Ivoire), Décision n° CI-2009-EP-026/28-10/CC/SG du 28 octobre 2009.

de situations dérogatoires¹¹⁶. Dans ces cas, il va sans dire que les électeurs doivent pouvoir bénéficier de modalités d'utilisation du vote électronique différentes de celles prescrites pour la grande majorité d'électeurs. Ainsi les lois électorales congolaise¹¹⁷ et namibienne¹¹⁸ ont-elles prévu le « vote assisté », consistant pour certaines personnes en raison de différences de situation tenant à la cécité, au handicap physique ou l'absence de connaissance numérique par exemple, de se faire assister dans l'utilisation de la machine à voter. Ces dérogations se trouvent surtout justifiées par la nouveauté, la technicité et la complexité des procédures de vote électronique. Le « vote assisté » permet de faire face à la rupture d'égalité prévisible entre les électeurs des zones géographiques rurales et urbaines devant le vote électronique. L'absence de connaissance numérique chez les électeurs en zone rurale peut rendre inaccessible le vote électronique s'ils ne pouvaient bénéficier de cette assistance prévue par le législateur électoral.

Cette différence de traitement entre les électeurs est aussi prise en compte par les juges électoraux face à l'application du principe d'égalité devant le suffrage. Aussi la Cour suprême estonienne saisie à propos de l'utilisation du vote électronique par internet, a-t-elle fait valoir de façon saisissante que « Le principe de l'égalité de traitement dans le cadre de l'élection des organes représentatifs ne signifie pas qu'il faille garantir à toutes les personnes ayant le droit de vote des possibilités absolument égales d'accomplir l'acte électoral de manière égale »¹¹⁹. Dans le même sens, le juge constitutionnel français avait soutenu que « Si les électeurs qui expriment leur suffrage au moyen de machines à voter se trouvent ainsi traités différemment des électeurs qui votent selon les modalités de droit commun, une telle différence de traitement est justifiée par une différence objective de situation »¹²⁰.

Cependant, on ne peut perdre de vue que ces modalités d'assistance des utilisateurs des machines à voter peuvent aussi favoriser des pratiques d'influence sur le choix des électeurs et remettre en cause le secret du vote. L'assistant est soit une personne désignée par l'électeur (en RDC) soit un membre du bureau de vote (En Namibie). Il ne peut être exclu qu'un assistant soit, persuade l'électeur de faire un autre choix soit, enregistre un choix différent de celui voulu par l'électeur. Les législateurs congolais et namibien sont conscients de ce risque. Pour y faire face, le législateur namibien a prescrit une assistance « sans interférer dans l'exercice du droit de vote de l'électeur »¹²¹ quand le législateur congolais prévoit que « Tout électeur qui aura porté assistance à un autre électeur ne peut communiquer le choix que l'électeur a fait »¹²². Un auteur notait que « ceux qui sont associés de manière aussi intime, directe et décisive à

116 D. MELÈDJE, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Abidjan, CNDJ, 2012, p. 570.

117 Article 58 : L'électeur qui se trouve dans l'impossibilité d'effectuer seul l'opération de vote a le droit de se faire assister par une personne de son choix ayant la qualité d'électeur. Tout électeur qui aura porté assistance à un autre électeur ne peut communiquer le choix que l'électeur a fait. Aucun

118 L'article 103 prévoit l'assistance demandée par l'électeur au président du bureau de vote ou au scrutateur pour différentes catégories de personnes énumérées telles que les aveugles, les handicapés physiques ou analphabètes.

119 Arrêt constitutionnel 3-4-1-13-05 / 1^{er} septembre 2005.

120 Conseil constitutionnel, 20 décembre 2007 – Décision N° 2007-3742/3947 AN, Hauts-de-Seine (10e circ.), JO du 27 décembre 2007, p. 21455.

121 Article 103.

122 Article 58, alinéa 2 de la loi électorale.

l'opération électorale témoignent à ce moment d'un sens aigu de la déontologie politique »¹²³.

Au surplus, de nombreux témoignages de faits considérés comme d'éventuelles influences sur le choix d'électeurs, dans le cadre du vote assisté, ont été relevés par des observateurs électoraux¹²⁴. Ces cas sont, pour la plupart, liés aux dysfonctionnements et difficultés d'utilisabilité¹²⁵ des machines à voter ainsi qu'à la complexité des procédures de vote¹²⁶. Il s'agit à titre d'exemples de « machines à voter électroniques défectueuses dans 16 des 4 213 bureaux de vote »¹²⁷, de machines à voter dont le clavier a été endommagé à cause de pressions trop fortes exercées sur les boutons par les électeurs¹²⁸, des pièces manquantes de machines à voter arrivées tardivement dans les bureaux de vote¹²⁹. Il en résulta, dans les deux États, des retards importants qui ont occasionné de longues files d'attente. Si la longue patience des électeurs namibiens a été saluée par les observateurs, ceux de la RDC ont pu être découragés conduisant à faire partir certains électeurs sans voter. De ce qui précède, il y a lieu d'admettre que les conditions d'exercice du droit de vote à travers la machine à voter étaient loin de garantir des chances égales aux électeurs, c'est-à-dire l'égalité entre les électeurs. Ces dysfonctionnements n'ont pas permis à certains électeurs de voter ou ne présentaient pas de garantie que leurs votes ont été pris en compte. C'est ainsi que la Cour suprême namibienne a été saisie d'un recours tendant à faire annuler les élections, entre autres, pour rupture d'égalité entre les électeurs du fait des dysfonctionnements et complexités d'utilisation des machines à voter. La Cour suprême a rejeté ce moyen jugeant qu'« En appliquant la règle Plascon-Evans à la procédure de requête, les requérants ont établi très peu d'irrégularités ou de mauvais fonctionnement des machines »¹³⁰. Il en va également ainsi du vote électronique contesté sur sa fiabilité.

2 – Un vote contesté sur sa fiabilité

Alors que plusieurs cas de défaillances dans l'utilisation et le fonctionnement des machines à voter ont été relevés en RDC¹³¹, il ressort de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 janvier 2019¹³², vidant le contentieux de l'élection présidentielle du 30 décembre 2018, qu'aucun moyen

123 F. DELPÉRÉ, « Le vote électronique en Belgique », précité, note 2, p. 18.

124 CENCO-JPC, *Rapport intermédiaire*, 15 janvier 2019, p. 8 ; *Rapport de la mission d'observation de l'Union Africaine en RDC*, janvier 2019, p. 32 ; The Carter Center, *Rapport final de la Mission d'observation sur les élections présidentielles, parlementaire et provinciales harmonisées de 2018*, 2019, pp. 48-49 et p. 67.

125 *Rapport de la mission d'observation de l'Union Africaine en RDC*, op. cit., p. 32 ;

126 SADC, *Rapport de la mission d'observation électorale en Namibie*, novembre 2014, page 18.

127 Arrêt, 5 février 2020, *Itula Vs Minister of Urban and Rural development*, op. cit., paragraphe 86.

128 *Rapport de la mission d'observation de l'Union Africaine en Namibie*, décembre 2019, p. 20.

129 The Carter Center, *Rapport final de la Mission d'observation...*, op. cit., p. 67.

130 Arrêt, 5 février 2020, *Itula Vs Minister of Urban and Rural development*, op. cit., paragraphe 87.

131 *Rapport de la mission d'observation de l'Union Africaine en RDC*, op. cit., p. 32.

132 Cour constitutionnelle, Arrêt RCE 001/PR.CR du 19 janvier 2019 relatif à

de la requête contestant les résultats provisoires n'a fait mention desdites défaillances. Plus surprenant encore, nulle part n'apparaissent dans cet arrêt, les termes « vote électronique » et « machines à voter » à propos d'une élection faisant intervenir cette modalité. Il en va différemment en Namibie. Dans l'affaire *Itula Vs Minister of Urban and Rural development* du 5 février 2020, la Cour suprême a rappelé que « l'avocat des défendeurs a souligné que [...] dans quelques cas, des machines défectueuses et des bips se sont produits et sont expliqués dans les affidavits de réponse. Dans un cas, une machine s'est arrêtée pendant trois minutes et s'est remise en marche plus tard, alors qu'il n'y avait personne dans l'isoloir au moment de l'arrêt »¹³³. Ces cas de défaillances, reconnus par la Cour suprême, ont été invoqués par le requérant qui invitait le juge à annuler l'élection présidentielle pour défaut de fiabilité des machines à voter.

La fiabilité a été en Namibie et en RDC, depuis leurs décisions d'instituer le vote électronique, un point symptomatique des controverses sur l'introduction de cette modalité électorale dans les processus électoraux¹³⁴. Des exemples de difficultés de fonctionnement du vote électronique dans d'autres États (Allemagne, Autriche...) ¹³⁵ et surtout une éventuelle divergence entre l'intention de vote exprimée sur les machines et le bulletin imprimé en RDC ne pouvant être modifiée¹³⁶, ont pu attiser la méfiance et susciter l'hostilité des partis politiques d'opposition en occurrence envers les machines à voter en Namibie et en RDC. Dès lors, la fiabilité des machines à voter se présente comme l'un des aspects décisifs des élections dans ces deux États. La fiabilité est, selon Enguehard, la « Capacité d'un système à fonctionner sans erreur et sans tomber en panne sans considérations statistiques »¹³⁷. Il en ressort qu'une machine à voter est fiable en l'absence de défaillances techniques. C'est la raison pour laquelle pour remédier à toute défaillance éventuelle, des mesures d'assistance technique – inspection et test publics des machines à voter dans chaque bureau de vote avant le début du scrutin ainsi que la présence d'assistants techniques dans les centres de vote – sont prévues par le législateur namibien¹³⁸ et la CENI congolaise. La fiabilité des machines à voter permettra de répondre clairement à la question de savoir si le vote de chaque électeur a bel et bien été enregistré et comptabilisé.

Par ailleurs, la fiabilité du vote électronique en Namibie et en RDC s'est trouvée remise en question relativement au comptage des voix enregistrées par les machines à voter. Les contestations ont consisté à établir un lien entre les défaillances techniques constatées sur les machines à voter et la crédibilité des résultats proclamés. Il y a lieu de rappeler qu'en Namibie, il s'est agi d'un vote électronique sans preuve papier et par conséquent, le comptage s'est fait uniquement de manière électronique quand en RDC, le comptage a été fait sur la base des l'affaire de la contestation des résultats de l'élection présidentielle du 30 décembre 2018.

133 Arrêt, 5 février 2020, *Itula Vs Minister of Urban and Rural development*, op. cit., paragraphe 86.

134 V. LESFAURIES, C. ENGUEHARD, « L'introduction de machines à voter en République Démocratique du Congo », op. cit. p. 4.

135 B. MOREL, « Les enseignements des expériences européennes du vote électronique », précité.

136 V. LESFAURIES, C. ENGUEHARD, précité, p. 4.

137 C. ENGUEHARD, « Du vote par correspondance au vote par internet : renforcement de la cécité du juge », Séminaire thématique « Vote électronique », Conseil scientifique de l'Institut des sciences de l'information et de leurs interactions, 28 septembre 2021, p. 1.

138 Article 97 de la loi électorale.

bulletins de vote imprimés par les machines à voter. Il n'en reste pas moins que dans les cas congolais et namibien, la comptabilisation des votes a été faite à partir des votes enregistrés par les machines à voter.

Sur cet aspect, un point commun peut être relevé dans les approches des deux juges. Non seulement la charge de la preuve des défaillances techniques est supportée par les requérants, mais aussi, ces derniers doivent étayer l'impact de ces dysfonctionnements sur les résultats comptabilisés et proclamés par les commissions électorales. Pour y parvenir, en s'appuyant sur le principe du contradictoire, les juges ont mis face à face les données statistiques et les preuves des requérants d'un côté, et celles des commissions électorales de l'autre. Ainsi en Namibie, la Cour suprême a révélé que « L'expert de l'ECN, M. Rao, [...] a fait référence de manière assez détaillée aux aspects de sécurité des machines et à leur fiabilité, en l'absence d'une trace écrite vérifiable. Cet aspect du témoignage de M. Rao n'a pas été contredit par le propre expert des requérants, M. Sheehama »¹³⁹. La Cour suprême poursuit qu'« Il ne restait plus grand-chose des allégations d'irrégularités après le dépôt des affidavits de réponse. Les requérants n'ont pas démontré que l'absence d'une trace écrite vérifiable a porté atteinte à leur droit fondamental de voter, notamment en ce qui concerne l'utilisation irrégulière des MVE [Machine à Voter Electronique] ou leur manque de fiabilité »¹⁴⁰. En ce qui concerne la Cour constitutionnelle congolaise, elle a jugé que « seule la CENI a produit au dossier les résultats authentiques et sincères de l'élection présidentielle du 30 décembre 2018. La demanderesse quant à elle n'a pas apporté des preuves contraires pour renverser l'authenticité et la sincérité des résultats contenus dans les preuves authentiques et scellées ci-haut énoncées par la CENI »¹⁴¹.

Il résulte des approches des deux juges que dans la mesure où les requérants n'ont pas pu apporter des preuves précises et suffisantes au soutien de leurs moyens, alors les commissions électorales ont fourni des preuves plus convaincantes. Il n'en reste pas moins que les données fournies par les commissions électorales n'ont pas non plus été vérifiées par les juges eux-mêmes. En plus, le juge namibien a déclaré qu'« il revenait aux requérants de demander à examiner les documents électoraux, ce qui comprendrait l'inspection des machines en question et la demande de les ouvrir pour vérifier les votes exprimés et les résultats produits par ces machines et d'inspecter toute preuve d'altération et pour vérifier le système de sécurité de ces EMV »¹⁴². Le juge ne disposait-il pas de pouvoir inquisitorial qui lui aurait permis de procéder à la vérification de ces enregistrements pour s'assurer de la sincérité des résultats proclamés. Dans les deux cas, les juges n'ont pas donné droit aux requêtes.

De tout ce qui précède, bien que pris entre curiosité et suspicion, le vote électronique a suscité un engouement certain du corps électoral. Sa mise en œuvre a été émaillée de nombreuses difficultés d'ordre technique constitutives dans certains cas de violation de principes démocratiques prévus par les constitutionnalismes des deux États. En Namibie, l'exécution de la sanction juridictionnelle de l'absence de preuve papier vérifiable par la Commission

139 Arrêt, 5 février 2020, *Itula Vs Minister of Urban and Rural development*, op. cit., paragraphe 90.

140 Arrêt, 5 février 2020, *Itula Vs Minister of Urban and Rural development*, op. cit., paragraphe 91.

141 Arrêt RCE 001/PR.CR du 19 janvier 2019, op. cit., 25^{ème} feuillet.

142 Arrêt, 5 février 2020, *Itula Vs Minister of Urban and Rural development*, op. cit., paragraphe 89.

électorale laisse perplexé. Au lieu d'équiper les machines à voter de matériel permettant de délivrer une preuve papier vérifiable, la Commission électorale a décidé de ne pas recourir au vote électronique mais plutôt au vote traditionnel. Les élections générales de 2024 seront l'occasion de voir si le vote électronique avec preuve papier vérifiable sera utilisé. En RDC, les règles et principes mobilisés par le juge constitutionnel pour vider le contentieux électoral sont appliqués sans référence aucune au vote électronique. Aucun des termes « vote électronique » et « machine à voter » n'a été une seule fois utilisé par ce juge. S'il n'est pas contesté que la justice électorale en Namibie et en RDC s'est montrée favorable à accompagner le choix du recours au vote électronique, ses pouvoirs d'instruction méritent d'être davantage mis en œuvre pour veiller à la transparence et à la sincérité du vote électronique. Ainsi que le notait un auteur « il doit toujours revenir aux citoyens eux-mêmes dans le processus électoral et au juge de l'élection lorsqu'il y a contestation de veiller à la bonne application de ce principe [...] indispensable de la transparence. La confiance en la démocratie est à ce prix »¹⁴³. De plus, on peut se demander si, eu égard aux spécificités techniques du vote électronique, ces principes démocratiques doivent être appréhendés et mis en œuvre avec la même tonalité et le même degré qu'avec le vote traditionnel. Il revient aux juges électoraux de s'y investir de sorte à offrir une garantie plus grande de fiabilité au vote électronique car ces deux exemples n'ont pas encore permis de vaincre la réticence quasi généralisée des autres États en Afrique. Le cas du Nigéria est éloquent. Il a en novembre 2021 modifié la loi électorale pour introduire la transmission électronique des résultats des votes et l'enregistrement électronique des électeurs. Il ne s'agit pas encore du vote électronique bien que ces deux innovations y participent. La contribution de la population nigériane à faire revenir les parlementaires sur leurs refus à introduire ces modifications peut être relevée. Cela édifie sur le fait que la participation démocratique à la vie politique en Afrique n'est pas réduite au vote. Elle s'est enrichie avec les plateformes de débats et les réseaux sociaux. L'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication impose de porter une attention particulière à la démocratie participative en Afrique comme objet du droit constitutionnel.

143 J. MEKHANTAR, « Le citoyen, la machine à voter et le juge », précité, p. 146.