

Афанасьєва М. В.,

*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри конституційного права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

Стоянов М. М.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу, детективної
та оперативно-розшукової діяльності
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ЕЛЕКТРОННЕ ГОЛОСУВАННЯ В СУДОВИХ РІШЕННЯХ: МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД

Анотація. Впровадження систем електронного голосування з метою покращення різних аспектів виборчого процесу актуальне питання для багатьох країн. В статті наведено огляд світової судової практики, пов'язаної з впровадженням електронного голосування, аналізується вплив судових рішень на розвиток виборчої практики.

Приділено увагу міждисциплінарному характеру цього явища та необхідності при його впровадженні одночасно враховувати політичну, правову та технологічну складові.

Зазначено, що політична довіра та багатопартійна підтримка є запорукою успішного застосування електронного голосування, що зокрема підтверджується швейцарським досвідом. За рішенням Верховного суду Швейцарії саме політикам, поінформованим науковцям та технічним експертам, слід приймати рішення по суті електронного голосування.

У статті проаналізовано проблему реалізації фундаментальних принципів виборчого права та міжнародних виборчих стандартів у високотехнологічних формах волевиявлення. Зазначається, що їх інтерпретація стосовно е-голосування має свої особливості, а неможливість прозорої та публічної реалізації, за наслідками судових рішень фактично зводить нанівець такі спроби законодавця. Досвід Австрії та Німеччини тому приклад.

Зазначено, що з огляду на принцип загальності виборчого права електронне голосування з одного боку, сприяє залученню до виборчого процесу певних категорій виборців; а з іншого, програмне забезпечення та процедура голосування сама по собі може стати на заваді загальності виборів. Це підтверджується фінською виборчою та судовою практикою.

Досліджені судові рішення вищих судових інстанцій Естонії та Індії з найбільш дискусійних питань забезпечення принципу таємності при е-голосуванні в контрольованому та неконтрольованому середовищах.

В статті звертається увага на те, що для чесності виборів мають бути реалізовані протоколи, що надають можливість індивідуальної та повної перевірки. Мають бути проведені тести для забезпечення повноти, цілісності, послідовності та автентичності процесу голосування.

У результаті аналізу зроблені висновки, що порівняння судових рішень в різних країнах збагачує теоретичну та практичну базу знань, дозволяє уникнути негативних наслідків в майбутньому. Судова практика інших країн безперечно впливає на розвиток правотворчої та правозастосовної діяльності щодо впровадження та застосування електронного голосування у світі.

Підсумовано, що інтерпретація судовими органами фундаментальних принципів виборчого права стосовно електронного голосування залежить від соціально-політичного контексту в країні, попередньої виборчої практики, особливостей виборчої системи, інших факторів, і в цілому не відрізняється єдністю підходів.

Ключові слова: вибори, виборчий процес, принципи виборчого права, електронне голосування, інтернет-голосування.

Постановка проблеми. Електронне голосування (е-голосування) – голосування з будь-якого публічного питання, зокрема участь в опитуваннях, виборах, референдумах, що передбачає використання електронних засобів для ідентифікації та підрахунку голосів. Термін електронне голосування охоплює е-голосування як у контрольованому середовищі, як правило, на виборчій дільниці, так і в неконтрольованій, такій як подача голосу з дому, на особистому пристрої, неконтрольованому виборчими органами та переданому через Інтернет сервер голосування [5].

У більшості країн електронне голосування проходить у контрольованому середовищі, де використовуються електронні машини для голосування. В Естонії, Швейцарії чи Австрії, цей термін застосовується до інтернет-голосування в неконтрольованому середовищі. В таких країнах як Франція, США, Австралії використовувалися обидві форми. Інтернет-голосування у контрольованому середовищі (з виборчої дільниці) запроваджено у Фінляндії.

Використання електронних та інформаційно-аналітичних технологій у процесі прямої демократії – питання не нове для України. Державний реєстр виборців, єдина інформаційно-аналітична система «Вибори», електронні сервіси для подання документів до виборчих комісій, електронні петиції тощо, використовуються вже багато років. Продовженням цієї практики є запровадження системи е-голосування в Україні.

Тема електронного голосування знаходиться на стику політики, технології та права, тому при розробці нормативного регулювання потрібна спільна юридична та технічна експертиза, а політичні рішення мають отримати широку громадську та партійну підтримку. Державні рішення повинні не тільки вбирати передовий технічних та технологічний досвід, але і відповідати фундаментальним принципам виборчого права.

З урахуванням названих факторів складним є не лише законодавче регулювання, а й правозастосовна, інтерпретаційна та судова практика.

Мета статті полягає у дослідженні рішень вищих судових інстанцій та судів конституційної юрисдикції країн, в яких запроваджено електронне голосування та визначення наявності чи відсутності загальних тенденцій правозастосовної практики з цього питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Для досягнення мети дослідження проаналізовано наукові здобутки українських та іноземних учених, рішення вищих судових інстанцій та судів конституційної юрисдикції різних країн, що становлять теоретичну та емпіричну базу дослідження. Серед українських вчених проблеми та перспективи запровадження електронного голосування досліджувала О.В. Стогова (2021), зарубіжний досвід К.О. Закоморна (2021), основні моделі е-голосування М. Бучин (2019), практику застосування на місцевих виборах В. Корнієнко (2021), іноземні вчені А. Д. Маурер та Дж. Баррат проводили дослідження прецедентної практики щодо електронного голосування (2016), А. Петипас, Ж.М. Жаке, П. Скиарини досліджували вплив електронного голосування на явку виборців (2020).

Виклад основного матеріалу дослідження. Впровадження електронного голосування – це насамперед питання політичне, а якщо конкретніше, питання політичної довіри. Технічні переваги самі по собі не можуть бути гарантією легітимності або компенсувати її відсутність. Неприятливий соціально-політичний контекст, атмосфера загальної політичної недовіри не дозволяють навіть найпрозорішій технології електронного голосування викликати суспільно-політичну підтримку. Залежність має бути зворотною: не електронне голосування має підвищувати легітимність результатів виборів, а політична згода та атмосфера довіри мають стати попередніми умовами для запровадження електронного голосування.

У 2014 році Федеральний верховний суд Швейцарії вирішив не проводитиме абстрактний огляд кантональних правових положень про електронне голосування, надавши політикам, поінформованим академічними колами, приймати рішення по суті електронного голосування та визначати застосовні до нього умови [1].

В Україні процес впровадження е-голосування пришивд-шують провладні політичні сили, що природно викликає недовіру з боку опозиції, яка вбачає в цьому намір фальсифікувати результати голосування. Для політичного успіху цієї новачії має бути багатопартійна підтримка.

На рівень довіри впливає також питання незалежності тих, хто розробляє та впроваджує систему, наскільки процедури електронного голосування є прозорими. Е-голосування – складний процес, для повного розуміння якого потрібні спеціальні знання. З цієї причини із системою працюють лише експерти, а суб'єкти та учасники виборчого процесу залишаються осторонь. За відсутністю публічності та транспарентності як процесу визначення відповідальних фахівців, так і самої системи електронного голосування, вся новачія може бути інтерпретована спільнотою як така, що зводить прозорість до мінімуму та підживляє авторитет та довіру.

Федеральний конституційний суд Німеччини у 2009 році виніс рішення щодо двох скарг, які були спрямовані проти використання керованих комп'ютером машин для голосування

на виборах до Бундестагу у 2005 році. Суд вирішив, що використання електронних машин для голосування вимагає, щоб основні етапи голосування та визначення результату могли бути перевірені громадянином надійно та без будь-яких спеціальних знань предмета. Ця вимога впливає з принципу публічності виборів (стаття 38 у поєднанні зі статтями 20.1 та 20.2 Основного закону), який наказує, що всі суттєві етапи виборів підлягають громадському контролю. Федеральний указ про машини для голосування був визнаний неконституційним, оскільки він не гарантував, що використовуються лише такі машини, які відповідають конституційним вимогам принципу публічності виборів [2].

Конституційного суду Австрії у рішенні від грудня 2011 р., застосував суворе тлумачення принципів прозорості. Відзначивши, що в австрійському конституційному порядку відсутній принцип «публічного характеру виборів», Суд все ж таки дійшов висновку, аналогічного рішенню суду Німеччини. Адміністративний регламент було визнано неконституційним через недостатню деталізацію, яка на думку Суду, передбачає, що орган, який відповідає за контроль за виборами та перевірку результатів, має розуміти та контролювати систему електронного голосування без сторонньої допомоги комп'ютерних фахівців [3].

У 2014 році Федеральний верховний суд Швейцарії визнав, що федеральне законодавство є досить докладним і вводить мінімальні вимоги до перевірки та прозорості електронного голосування. Це становище враховує низку побоювань, висловлених німецькими чи австрійськими судами. Щодо ступеня громадського контролю, то Федеральний верховний суд Швейцарії підтримує вибір правотворчого органу, що слід покладатися на незалежних технічних помічників та експертів за умови, що експерти призначаються у демократичному процесі. Законодавство про електронне голосування 2014 року передбачає кілька видів контролю, від формальної сертифікації незалежним та компетентним органом до тестів, які мають проводитися кантоном та/або його постачальником послуг електронного голосування, до індивідуальних та універсальних перевірок верифікованості, які мають проводитися кантоном, виборцем чи експертами [1].

Такі судові рішення приводять до висновку, що нормативні акти мають бути сформульовані таким чином, щоб кожна технічна складова могла бути зрозуміла й перевірена суб'єктами виборчого процесу без спеціальних технічних знань, оскільки інакше неможливо виключити наявність порушень. Навіть якщо визнати, що питання безпеки та інші технічні питання є завданнями експертів, то мають бути запроваджені прозорі процедури та відкриті результати такої експертної перевірки.

Завданням правового забезпечення запровадження е-голосування є визначення правових передумов і засад відповідності цієї процедури конституційним принципам виборчого права та міжнародним виборчим стандартам.

Конституція України передбачає, що вибори є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування (стаття 71).

Одним з аргументів на підтримку впровадження електронного голосування є як раз забезпечення принципу загальності через участь таких груп виборців як особи з інвалідністю або особи, які тимчасово за станом здоров'я, не мають змоги прибути на виборчу дільницю, внутрішньо переміщених осіб, трудових

мігрантів, виборців за кордоном, військовослужбовців та інших. Проте цей зв'язок ще необхідно довести: чи дійсно запровадження дистанційного електронного голосування збільшує явку виборців. Тому що серед іншого його застосування потребує наявності відповідних технічних, технологічних можливостей та комп'ютерної грамотності у зазначених груп виборців.

Наприклад, на місцевих виборах в Естонії у 2017 році, онлайн проголосувало 31,7% виборців, що стало новим рекордом. Однак, при цьому вперше надане право голосу громадянам у віці від 16 до 17 років онлайн використало лише 7,4%, що не вплинуло на загальну явку [4].

Участь у виборах не може залежати від певних умов, які не можуть бути виконані всіма виборцями. Крім того, не слід виключати аварійні обставини (відсутність електрики, неполадки в роботі інтернет-провайдера, вірусні програми, несправність комп'ютера чи іншого пристрою тощо), за яких електронне голосування неможливо. Інше питання, що реалізація принципу загальності голосування не буде викликати проблем, якщо електронне голосування буде використовуватись разом з традиційним голосуванням на виборчих дільницях.

Принцип загального виборчого права відносно електронного голосування також включає вимогу, що інтерфейс системи електронного голосування для виборця має бути зрозумілим та простим у використанні [5]. Під час електронного голосування в Фінляндії у 2008 р. виникла проблема з дизайном інтерфейсу терміналів для інтернет-голосування на окремих виборчих дільницях. Вищий адміністративний суд Фінляндії виявив порушення в елементах інтерфейсу. Система вимагала від виборця вставити смарткартку для ідентифікації виборця, ввести обраний номер кандидата, потім натиснути «ОК», перевірити дані кандидата на екрані, а потім знову натиснути «ОК». Деякі виборці не натиснули «ОК» вдруге, а натомість передчасно видалили свою смарткартку з терміналу для голосування, внаслідок чого їхні бюлетені не було подано. Близько 2% виборців залишили кабінку для голосування, не проголосувавши повністю. Якщо взяти до уваги велику кількість незареєстрованих голосів, помилки швидше за все вплинули на результат виборів. Природа помилок є такою, що виправити їх неможливо. Тому Суд призначив нові вибори у трьох муніципалітетах [6].

З цього прикладу випливає, що робота офіційного комп'ютера для голосування (програмне забезпечення) має повідомляти про збій в операційній системі чи помилки, що призводять до недійсності голосування та неврахування голосів виборців.

Принцип прямого голосування передбачає, що подані голоси повинні потрапити на підрахунок безпосередньо і без змін. В цьому аспекті важливим є підтвердження, що при електронному голосуванні кожен голос дійсно підрахований та правильно зарахований. Необхідно забезпечити технічні заходи проти маніпулювання голосуванням з боку третіх осіб. Ніхто не має приймати рішення замість виборця.

Принцип рівного голосування вимагає, щоб кожна людина могла віддати свій голос лише один раз. Палата конституційного контролю Верховного Суду Естонії вважає, що порушення права на рівність, до якої може бути віднесена можливість електронних виборців змінювати свій голос необмежену кількість разів до остаточного завершення голосування, не є достатньо інтенсивним, щоб переважити мету запровадження нових технологічних рішень. На думку Суду, можливість змінити свій

електронний голос необхідна для забезпечення свободи виборів та таємниці голосування під час електронного голосування. У такий спосіб законодавець, зваживши різні цінності, належним чином врівноважив усі виборчі принципи, що впливають із Конституції [7].

Організація електронного голосування має забезпечувати вільне формування та вираження думки виборця. Спосіб, яким виборці спрямовуються в процесі електронного голосування, повинен запобігати їх волевиявленню поспішно або без роздумів [5].

Так, наприклад, Естонська консервативна народна партія звернулася до Національної виборчої комісії із закликом оголосити електронне голосування на муніципальних виборах незаконним і анулювати його результати, оскільки у списках місцевих кандидатів, опублікованих на сайті для голосування доданий виборцями до браузера додаток автоматичного перекладу спотворює імена деяких кандидатів. Ця помилка торкнулась 8% кандидатів партії. Не можна очікувати, що виборці впізнають кандидата під час перегляду списку, якщо ім'я кандидата показується на вебсторінці в перекрученому вигляді [8]. Скарга не була задоволена виборчою комісією, оскільки проблема автоматичного перекладу з'являлась тільки у випадку, якщо виборець, користувач сайту, сам налаштував для цього свій браузер.

При електронному дистанційному голосуванні найбільше складнощів виникає з забезпечення дотримання принципів таємного та особистого голосування, оскільки воно відбувається в неконтрольованому середовищі, що не виключає присутності третіх осіб при голосуванні, ідентифікації волевиявлення виборця чи навіть голосування замість виборця.

Мета таємного голосування полягає в тому, щоб визначити механізм, який дозволив би виборцеві голосувати конфіденційно, тобто не розкриваючи волевиявлення та забезпечуючи анонімність. Стосовно е-голосування це має бути досягнуто одночасно правовими, технічними та технологічними заходами.

Естонська система інтернет-голосування використовує два окремі ключі шифрування – один для виборця, щоб зашифрувати свій бюлетень, а інший для працівників виборчих комісій для розшифрування бюлетенів. Цей подвійний метод шифрування створює безпечну систему, яка захищає конфіденційність виборців. Естонське виборче законодавство дозволяє виборцю прийти на виборчу дільницю та повторно подавати електронний бюлетень, що є запобіжником порушення у випадку, якщо інша особа змусила виборця проголосувати або зламала систему інтернет-голосування та маніпулювала підрахунком голосів. Виборець повторно подає свій бюлетень на виборчій дільниці, що анулює електронний бюлетень. Верховний суд Естонії ухвалив, що це положення необхідне для приведення законів про вибори в Інтернеті у відповідність до естонської Конституції, оскільки воно гарантує, що виборці, які не голосували таємно, мають можливість змінити свій голос. Це істотний засіб для відновлення таємниці голосування [7].

Крім того, електронне голосування, як і традиційне, має також передбачати можливість ex-post перевірки результатів виборів. Тому дані е-голосування мають залишатися доступними після дня виборів у належний спосіб, зокрема у разі судового оскарження.

Індійські машини для голосування (EVM) – це автономні машини, побудовані з одноразово записуваною постійною пам'яттю. Модулі EVM є автономними, живляться від батареї і не мають жодних мережевих можливостей. У них немає бездротових або дротових інтернет-компонентів та інтерфейсу. Використання EVM, їх надійність предметом судових позовів у вищих судах штатів та Верховному суді Індії, починаючи з 1980-х років. У постанові 2002 р. по справі Дж. Джаялалітаа та Орса проти Вибірчої комісії Індії Верховний суд Індії заявив, що використання EVM на виборах є конституційно законним. У 2011 році Верховний суд Індії зобов'язав виборчу комісію включити паперовий слід на електронному голосуванні. Вибірча комісія розробила EVM із системою паперового контрольного журналу, що перевіряється виборцями (VVPAT). У 2019 році Верховний суд Індії наказав Вибірчій комісії країни використовувати систему паперового сліду VVPAT у кожному виборчому окрузі, але перевіряти лише близько 2%, тобто 5 виборчих дільниць на округ перед підтвердженням остаточних результатів [9].

Висновки. У контексті е-голосування одночасно потребують вирішення політичні, правові та технологічні питання, зокрема: як у новітніх технологіях забезпечити повагу до конституційних принципів виборчого права; як можна переконатися, що технічний регламент електронного голосування відповідає основним принципам та міжнародним стандартам; з іншого боку, як можна довести протилежне, що технічні рішення не відповідають конституційним принципам; як забезпечити довіру всіх суб'єктів виборчого процесу до технології е-голосування та його результатів тощо. Їх вдаль вирішення вимагає міждисциплінарних досліджень, співпраці відповідних фахівців при розробці нормативного регулювання, багатопартійної політичної підтримки та широкої інформаційної роботи з усіма суб'єктами та учасниками виборчого процесу.

Якщо політичні рішення приймаються з урахуванням соціально-політичної ситуації в країні, то судові, в першу чергу, гуртуються на ціннісному підході, виходячи з фундаментальних принципів виборчого права. Щодо електронного голосування судова практика, так само як і для інших форм голосування, спрямована на забезпечення їх дотримання. Однак, стосовно високотехнологічних форм волевиявлення, це завдання є складним, оскільки судовий розгляд стикається з суто технічними питаннями, які вимагають спеціальних знань та відрізняються складністю доказування.

Судова практика низки країн свідчить, що інтерпретація фундаментальних принципів стосовно е-голосування (жорстка чи більш лояльна) залежить від політичної стратегії впровадження такої форми голосування в країні, особливостей виборчої системи, попередньої виборчої практики та інших факторів, і в цілому не відрізняється єдністю підходів. Однак міжнародний судовий досвід та його порівняльно-правовий аналіз безперечно впливають на розвиток правотворчої та правозастосовної діяльності щодо запровадження та застосування електронного голосування у світі.

Література:

- Maurer A. D. E-voting in Switzerland. *Electoral practice /a Swiss perspective*. 29.04.2020. URL: <https://www.electoralpractice.ch/2020/04/e-voting-in-switzerland/>
- Judgment of the German Constitutional Court. 03.03.2009. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/03/cs20090303_2bvc000307en.html;jsessionid=F865EFC53C0C31968DA72229F86E84C2.1_cid319
- Austrian Constitutional Court Judgment. 13.12.2011. URL: <http://www.internationalconstitutionalallaw.net/download/5f1aced0ac5c1404ea3527aa50ddede4/Pentz.pdf>
- A new record for the i-voting system. *e-Estonia*. 03.11.2017. URL: <https://e-estonia.com/new-record-i-voting-system/>
- Recommendation Rec(2004)11 of the Committee of Ministers to member states on legal, operational and technical standards for e-voting (Adopted by the Committee of Ministers on 30 September 2004). URL: [https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/00Rec\(2004\)11_rec_adopted_en.asp#TopOfPage](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/00Rec(2004)11_rec_adopted_en.asp#TopOfPage)
- Felten E. Finnish Court Orders Re-Vote After E-Voting Snafu. *Freedom to Tinker*. 10.09.2009. URL: <https://freedom-to-tinker.com/2009/09/10/finnish-court-orders-re-vote-after-e-voting-snafu/>
- Judgment of the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court Estonia. 01.09.2005. URL: <https://www.riigikohus.ee/en/constitutional-judgment-3-4-1-13-05>
- EKRE seeks annulment of e-voting result. ERR. 15.10.2021. URL: <https://news.err.ee/1608370794/ekre-seeks-annulment-of-e-voting-result>
- Электронное голосование в Индии. URL: https://hmong.ru/wiki/Electronic_voting_in_India#title

Afanasieva M., Stoianov M. Electronic voting in judicial decisions: international experience

Summary. The implementation of e-voting systems to improve various aspects of the electoral process is a topical issue for many countries. The article presents an overview of the world judicial practice related to the implementation of electronic voting, analyses the impact of court decisions on the development of electoral practice.

Attention is paid to the interdisciplinary nature of this phenomenon and the need for its implementation to simultaneously take into account the political, legal and technological components.

It is noted that political trust and multi-party support are the keys to the successful use of electronic voting, which is confirmed in particular by the Swiss experience. According to the decision of the Supreme Court of Switzerland, it is up to politicians, informed scientists and technical experts, to decide on the merits of electronic voting.

The article analyses the problem of implementing the fundamental principles of electoral law and international electoral standards in high-tech forms of expression of will. It is noted that their interpretation regarding e-voting has its own characteristics, and the impossibility of transparent and public implementation based on the results of court decisions actually nullifies such attempts by the legislator. The experience of Austria and Germany is an example of this.

It is noted that, taking into account the principle of universality of the suffrage, electronic voting, on the one hand, contributes to the involvement of certain categories of voters in the electoral process; on the other hand, the software and the voting procedure itself can interfere with the generality of the elections. This is confirmed by Finnish electoral and judicial practice.

The court decisions of the highest courts of Estonia and India on the most controversial issues of ensuring the principle of secrecy in e-voting in a controlled and uncontrolled environment have been studied.

The article draws attention to the fact that for the integrity of the elections, protocols must be implemented that provide the possibility of individual and complete verification. Tests

must be carried out to ensure the completeness, integrity, consistency and authenticity of the voting process.

As a result of the analysis, it was concluded that the comparison of court decisions in different countries enriches the theoretical and practical knowledge base, which helps to avoid negative consequences in the future. The judicial practice of other countries, of course, affects the development of law-making and law enforcement activities for the introduction and use of electronic voting in the world.

It is summarized that the interpretation by the judiciary of the fundamental principles of electoral law in relation to electronic voting depends on the socio-political context in the country, preliminary electoral practice, features of the electoral system, and other factors, and in general, does not differ in the unity of approaches.

Key words: elections, electoral process, principles of suffrage, electronic voting, Internet-voting.