

GIUSEPPE RIGOBELLO

QUESTIONI DIGITALI E ANALOGICHE: LA “DIGITAL DEMOCRACY” NUOVAMENTE ALLA PROVA DELLA CORTE SUPREMA DEL KENYA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Cenni sulla disciplina legislativa e costituzionale. — 3. La sentenza “*Odinga & others v. Ruto & others*”. — 4. Questioni digitali. — 5. Questioni “analogiche”. — 6. Conclusioni. Il “garantismo elettorale” della Corte Suprema keniota.

1. INTRODUZIONE.

Il 26 settembre 2022, con la sentenza KESC 56 (KLR), la Corte Suprema del Kenya si è pronunciata in merito alla regolarità delle elezioni presidenziali svoltesi il 9 agosto dello stesso anno, che avevano visto la vittoria di William Ruto nei confronti di Raila Odiga, seppur con un lieve distacco di voti. A seguito dello spoglio delle schede, erano stati infatti conteggiati 7.176.141 voti a favore Ruto, pari al 50,49% dei voti validi, contro il 48,85% raccolto dallo sfidante principale ¹. L'intervento del potere giudiziario in ambito elettorale sembra ormai essersi consolidato come prassi nello Stato africano: ogni elezione presidenziale da più di un decennio è accompagnata infatti da un'elevata conflittualità, che non di rado straripa anche al di fuori delle aule di giustizia, ponendo gravi dubbi in merito alla solidità delle istituzioni democratiche del Paese ². Tale trend è ben rappresentato dalla nota sentenza con cui la Corte Suprema ha dichiarato l'invalidità delle Elezioni Generali dell'8 agosto a causa di alcuni errori nel conteggio, registrazione e comunicazione dei voti da parte dell'IEBC, la commissione alla quale la Costituzione assegna la gestione del

¹ ISPI, *Kenya: Ruto vince le elezioni (fra le polemiche)*, ISPI online, consultabile al sito web <https://www.ispionline.it/it/publicazione/kenya-ruto-vince-le-elezioni-fra-le-polemiche-35982> (ultimo accesso in data 21/02/2023).

² Y. OMWONHA, “Open the Servers”: the implications of Electoral Technology for

Kenya's Democratization Process, in *Africa Development*, Volume XLVII, 2, 2022, pp. 148, 149.

M. BÖCKENFÖRDE, *Constitutiona Review in Africa*, in R. Dixon - T. Ginsburg - A. K. Abebe (a cura di) *Comparative Constitutional Law in Africa*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 2022, pp. 76, 77.

procedimento elettorale³. In quell'occasione, la richiesta di un processo elettorale realmente democratico aveva trovato espressione anche in un vasto movimento di protesta che si era condensato intorno ad uno slogan decisamente significativo: “*Fungua server*” (“*Open the servers*”)⁴. La questione della trasparenza degli strumenti di *digital democracy* è stata posta della società civile keniota come elemento centrale nella fiducia che il corpo elettorale ripone nella regolarità del processo elettorale. Questa “sana” istanza democratica è stata successivamente tradita dalla discussa “*handshake*” tra i due candidati presidenti delle elezioni del 2017 che, sancendo la fine delle ostilità tra i due, ha posto le basi per un'alleanza elettorale in vista della tornata del 2022⁵. Si è trattato di una tregua politica tra i due ex rivali che ha lasciato i rispettivi sostenitori piuttosto sconcertati⁶. Non stupisce, dunque, come al centro delle contestazioni in merito alla regolarità delle elezioni del 2022 vi siano, ancora una volta, questioni relative al funzionamento degli strumenti digitali attraverso cui avviene parte rilevante del processo elettorale.

L'uso di tali strumenti nelle procedure di voto si risolve così in un vero e proprio paradosso: l'introduzione di meccanismi digitali nel processo era volto proprio a garantire una maggiore trasparenza nel processo elettorale stesso⁷. Ciò che è stato ottenuto come risultato è invece un aumento nella sfiducia da parte dei cittadini. Il fenomeno, peraltro, non è circoscritto al solo caso del Kenya, ma trova diffusione in buona parte dell'Africa. La terza ondata di democratizzazione del continente ha fatto sì che in molti Paesi africani si stabilizzasse finalmente il ricorso a libere elezioni, ma la fiducia dei cittadini in merito è progressivamente scesa⁸. « *It is not surprising, then, digital technologies have been promoted widely as the inevitable solution to the problem of election quality in Africa. They are seen as the natural fixes for*

³ C. CERRONE, *La Costituzione keniota del 2010: tappa di un percorso dalle coordinate ancora incerte*, in *Federalismi*, 33/2022, 2022, p. 168.

Ci si riferisce alla sentenza *Raila Amolo Odinga and another v. Independent Electoral and Boundaries Commission and Others presidential petition No. 1 of 2017*, KESC 42 (KRL), 2017.

Sulla sentenza in oggetto si veda anche: G. CARRONE, *Il Kenya fa scuola di democrazia: rimandato ad ottobre*, ISPI, 2017, consultabile al sito web <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/il-kenya-fa-scuola-di-democrazia-rimandato-ottobre-18329> (ultimo accesso in data 21/02/2023); K. O'BRIEN, *Raila Amolo Odinga and another v. Independent Electoral and Boundaries Commis-*

sion and Others presidential petition No. 1 of 2017, in *SAIPAR Case Review*, 1, 2018.

⁴ Y. OMWOHA, “*Open the Servers*”, cit., p. 149.

⁵ *Ibid.*, p. 151.

⁶ J. WARUNGU, *Letter from Africa: The Handshake that left millions of Kenyans confused*, BBC news, 2018, consultabile al sito web <https://www.bbc.com/news/world-africa-43656971> (ultimo accesso in data 21/02/2023).

⁷ Y. OMWOHA, “*Open the Servers*”, Cit., p. 148.

⁸ O. OBHINA IBEANU, *Digital Technologies and Electoral Management in Africa's Democratisation Process: more Technocratic than Democratic?*, in *Africa Development*, Volume XLVII, 2, 2022, p. 16.

the two perceived central problems of election quality — human interference and inefficiency » ⁹.

Al cuore della sentenza in questione troviamo però, stando alle rimostranze fatte valere dai ricorrenti, proprio il sospetto di un'interferenza umana e la supposta inefficienza del processo elettorale, nonostante, o meglio proprio in virtù dell'utilizzo degli strumenti digitali.

2. CENNI SULLA DISCIPLINA LEGISLATIVA E COSTITUZIONALE.

A dare impulso in Kenya ad una riforma del sistema elettorale e della tecnologia utilizzata contribuì in misura rilevante il *report* della “*Kriegler Commission*”, dal nome del giudice Johann Kriegler, posto a capo di tale commissione di inchiesta. Le elezioni presidenziali del 2007, svoltesi attraverso un tradizionale sistema “analogico”, vale a dire senza l'impiego di strumenti elettronici, avevano sollevato numerose critiche in merito alla regolarità delle stesse, e, allo scopo di indagarne la fondatezza, era stata istituita un'apposita *Independent Review Commission* ¹⁰. Il lungo *report* redatto dalla Commissione evidenziava numerose problematiche riscontrate; tra le più significative si possono ricordare quelle riguardanti il registro dei votanti: « *it excluded nearly one-third of eligible voters, with a bias against women and young people; it included the names of some 1,2 million dead people* » ¹¹. Le raccomandazioni della Commissione non si limitavano a una critica dell'organizzazione di quella specifica tornata elettorale, ma abbracciavano in maniera radicale l'intera disciplina giuridica e costituzionale che costituiva il *legal framework* relativo all'organizzazione delle elezioni ¹². « *The electoral management process as a whole needs revision* » ¹³.

Le sollecitazioni provenienti dalla *Kriegler Commission* vennero raccolte dalla nuova Costituzione approvata nel 2010. Data la fragilità del sistema elettorale del Paese, non stupisce come tale materia trovi ampia trattazione nel testo costituzionale stesso, che gli dedica infatti l'intera parte prima del settimo capitolo (ben sette sezioni). D'altra parte, a prova dell'importanza della materia elettorale nel quadro dello sviluppo democratico africano, risale allo stesso periodo l'adozione da parte degli Stati aderenti all'Unione Africana della *African Charter on Democracy, Elec-*

⁹ *IBID.*

¹⁰ R. MOSERO, *In Kenya's 2022 Elections, Technology and Data Protection Must go Hand-in-hand*, Carnegie Endowment for international peace, 2022, consultabile al sito web <https://carnegieendowment.org/2022/08/08/in-kenya-s-2022-elections-technology-and-data-protection-must-go-hand-in-hand>

pub-87647 (ultimo accesso in data 22/01/23).

¹¹ INDEPENDENT REVIEW COMMISSION, *Report of the Independent Review Commission on the General Elections held in Kenya on 27th December 2007*, 2008, p. X.

¹² *IBID.*, p. IX.

¹³ *IBID.*

tions and Governance (2007), volta proprio a favorire nel continente una cultura politica basata su delle procedure elettorali libere, eque e trasparenti ¹⁴.

La sez. 81 Cost. indica i principi generali a cui il sistema elettorale deve adeguarsi. Secondo il disposto costituzionale, le elezioni possono dirsi “*free and fair*” solamente nel momento in cui sia garantito un voto segreto, libero da condizionamenti esterni (come l’intimidazione, la violenza o la corruzione), trasparente, gestito in maniera imparziale, neutrale ed efficiente da un organismo indipendente ¹⁵. A tale scopo la sez. 88 prevede l’istituzione dell’*Independent Electoral and Boundaries Commission* (IEBC) che, a norma della sez. 86, ha lo scopo di far sì che, quale che sia il sistema di voto adottato, tale sistema sia “*simple, accurate, verifiable, secure, accountable e transparent*”; una volta conteggiati i voti ottenuti, i risultati devono essere prontamente annunciati dal *presiding officer* in ciascun seggio elettorale; devono essere poi posti in essere appropriati meccanismi per contrastare episodi fraudolenti ¹⁶.

La sez. 82 attribuisce poi al Parlamento il compito di approvare una legge elettorale che consenta una procedura di voto semplice, trasparente e che abbia riguardo della posizione delle persone disabili o con altre particolari necessità ¹⁷. A tale disposizione venne dato seguito con l’approvazione dell’*Elections Act* del 2011 la cui sez. 44 prevede l’utilizzo di un “*integrated electronic electoral system that enables biometric voter registration, electronic voter identification and electronic transmission of results*” ¹⁸. La sez. 44 dell’*Elections Act* assegna poi all’IEBC il potere di produrre un regolamento volto al raggiungimento degli *standards* di trasparenza, sicurezza e funzionalità del sistema di voto elettronico previsti dal medesimo atto ¹⁹. Tale regolamento è noto con il nome “*Elections (technology) Regulation*” (2017).

La tecnologia utilizzata nelle elezioni del Kenya, sviluppata dall’IEBC in adempimento dei compiti ad essa assegnati dalla Costituzione e dall’*Elections Act*, prende il nome di *Kenya Integrated Electoral Management System* (KIEMS).

¹⁴ M. NICOLINI, *Disengaging Africa from the colonial syndrome: per una sistemologia oltre Finisterrae*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2018, p. 511.

¹⁵ Republic of Kenya, Constitution of Kenya, 2010, sez. 81.

¹⁶ *IBID.*, art. 86. “At every election, the Independent Electoral and Boundaries Commission shall ensure that: a. whatever voting method is used, the system is simple, accurate, verifiable, secure, accountable and transparent; b. the votes cast are counted, tabulated and the results announced

promptly by the presiding officer at each polling station; c. the results from the polling stations are openly and accurately collated and promptly announced by the returning officer; and d. appropriate structures and mechanism to eliminate electoral malpractice are put in place including the safekeeping of elections materials”.

¹⁷ *IBID.*, sez. 82.

¹⁸ Republic of Kenya, Election Act, no. 24/2011, sez. 44.

¹⁹ *IBID.*, sez. 44.5.

Tale sistema integra l'utilizzo di tecnologia elettronica con il ricorso a procedure manuali, facendo sì che il sistema elettorale del Kenya sia da classificare come di tipo ibrido ²⁰.

3. LA SENTENZA “*ODINGA & OTHERS V. RUTO & OTHERS*”.

Venendo all'esame della sentenza, va ricordato come la competenza a decidere in merito a controversie di natura elettorale appartiene alla Corte Suprema, dalla sez. 140 Cost. Nella prima parte della sentenza in commento vengono ripresi e approfonditi alcuni aspetti che caratterizzano il giudizio davanti alla Corte, avendo riguardo in particolare alla disciplina delle prove sulla base delle quali i giudici potranno arrivare ad una decisione. Viene infatti evidenziata l'esclusione da parte dell'organo giudicante di alcuna attività investigativa e di ricerca della prova. La decisione insomma avverrà unicamente sulla base dei mezzi di prova forniti dalle parti ²¹. Inoltre, com'è evidente, l'onere della prova è in capo a chi chiede la nullificazione delle elezioni per un presunto contrasto con la Costituzione ²². Viene inevitabilmente da domandarsi per quale motivo la Corte si sia lungamente soffermata ad esplicitare un quadro normativo e giurisprudenziale, quello cioè che definisce i poteri e gli strumenti attraverso cui il giudice supremo può giungere alla decisione, ormai pienamente consolidato e non posto in discussione. Le ragioni risiederebbero essenzialmente nell'esigenza, evidentemente sentita dai giudici, di legittimarsi, non tanto sul piano giuridico, quanto piuttosto politico e mediatico, nel momento in cui si trovano a dover esercitare i propri poteri nell'ambito di una materia tanto sensibile per gli equilibri politico-istituzionali che reggono una democrazia, com'è quella elettorale.

La sentenza del 26 settembre 2022 prende le mosse da ben nove *Presidential Election Petitions* relative alle modalità con cui furono gestite le elezioni del 9 agosto da parte dell'IEBC. In primo luogo la Corte ha provveduto a ordinare l'ispezione e il riconteggio di alcuni seggi elettorali ²³.

Partendo dalle istanze dei ricorrenti, la Corte individua otto questioni che saranno analizzate partitamente. Si tratta di stabilire:

1. se la tecnologia utilizzata dall'IEBC rispecchi gli *standards* di integrità, verificabilità e trasparenza previsti dalla Costituzione;
2. se si sono verificate interferenze nel caricamento e nella trasmissione dei risultati nel portale dell'IEBC;

²⁰ Supreme Court of Kenya, KESC 56 (KLR), 2022, punto 10.

²¹ *Ibid.*, punto 28.

²² *Ibid.*, punto 32.

²³ *Ibid.*, punto 8.

3. se sono state riscontrate delle differenze tra i risultati pubblicati nel portale rispetto a quelli ricevuti dal *National Tallying Center* e quelli rilasciati agli agenti pubblici nei seggi elettorali;

4. se la posticipazione di alcune elezioni di carattere locale abbiano costituito un caso di “*voter suppression*”;

5. se sono riscontrabili sensibili discrepanze tra i risultati delle elezioni presidenziali rispetto a quelli delle altre cariche elette contestualmente;

6. se l'IEBC ha eseguito il conteggio dei voti e la dichiarazione dei risultati in rispetto delle previsioni della Costituzione (sez. 138/3 e 138/10);

7. se il Presidente dichiarato eletto abbia effettivamente ottenuto la maggioranza assoluta dei voti, così come previsto dalla Costituzione;

8. se sono riscontrabili irregolarità o illegalità nelle procedure di voto in misura tale da influenzare il risultato complessivo delle elezioni ²⁴.

Il lungo procedimento argomentativo prende in considerazione sostanzialmente la totalità della disciplina elettorale, tornando su molte questioni che erano state prese in considerazione nella precedente sentenza del 2017. I primi due punti, in particolare, riguardano direttamente gli strumenti di voto digitale, la loro sicurezza e il loro corretto utilizzo da parte delle autorità a ciò preposte.

4. QUESTIONI DIGITALI.

La questione digitale è quella da cui la Corte Suprema prende le mosse per verificare la regolarità delle elezioni del 9 agosto 2022. Essa riguarda, come s'è già detto, il sistema di voto ed in particolare lo strumento stesso attraverso cui si articola il procedimento elettorale, caratterizzato dall'utilizzo di alcuni strumenti elettronici. È quindi necessario rassegnare, seppur a grandi linee, la struttura di tale complesso sistema. Dando attuazione alle prescrizioni contenute nell'*Election (technology) Act*, la IEBC ha sviluppato il cosiddetto “*KIMES kit*”. Si tratta di un *software* che consente l'utilizzo di due funzioni principali: l'identificazione biometrica degli elettori e l'invio dei risultati dal seggio elettorale ai “*tallying centers*” di circoscrizione e nazionale ²⁵. Il *Presiding Officer* di ciascun seggio compila, sulla base dei voti ottenuti dai vari candidati, il *Form 34A*, documento che viene quindi inviato, attraverso modalità elettroniche, al centro di conteggio della

²⁴ *IBID.*

²⁵ O. K'ONYANGO, *Kenya election: What are these Kiems kit?*, in *The East African*, 2022, consultabile al sito web [https://](https://www.theeastafrican.co.ke/tea/news/east-africa/kenya-election-kiems-kits-3909090)

www.theeastafrican.co.ke/tea/news/east-africa/kenya-election-kiems-kits-3909090 (ultimo accesso in data 23/01/23).

circoscrizione. A sua volta, il *Constituency Tallyin Center* aggrega i risultati contenuti nel *Form 34A* nel *Form 34B*, che riguarda la singola circoscrizione. L'ultimo passaggio consente di redigere un ulteriore *Form 34C*, che raccoglie a livello nazionale i risultati provenienti da ciascuna circoscrizione elettorale ²⁶.

Tale sistema è stato oggetto di contestazione da parte dei ricorrenti ²⁷ in quanto lo strumento utilizzato avrebbe violato, per come sviluppato ed utilizzato, gli *standards* di “*simplicity, accuracy, verifiability, security, accountability e transparency*” imposti dalla sez. 86 Cost. e dalla sez. 44 dell’*Electoral Act* ²⁸. Sono di particolare interesse, poi, i motivi di ricorso del settimo ricorrente, proprio perché possono essere letti anche al di fuori della causa in questione, esprimendo tutti i dubbi che può sollevare l'utilizzo delle tecnologie elettroniche nei procedimenti elettorali. Si tratta, in buona sostanza, di questioni che possono avere una portata universale.

Il settimo *petitioner* chiama in causa, in primo luogo, la semplicità del sistema di registrazione di voto — requisito necessario per garantire realmente il diritto di voto a chiunque a prescindere dal grado di istruzione o competenze informatiche ²⁹. Il sistema non si è poi rivelato immune da malfunzionamenti; anzi, i ricorrenti evidenziavano i casi di alcuni seggi elettorali in cui non è stato possibile utilizzare la tecnologia fornita dall’IEBC. La trasparenza del processo non è stata garantita, sempre secondo chi agisce in giudizio, dall'impossibilità per il pubblico di assistere alla trasmissione dei risultati presso i *tallying centers*. Da ultimo, viene in rilievo la questione concernente la proprietà degli strumenti elettronici utilizzati: il KIEMS kit è stato infatti realizzato, su delega del IEBC, da un'azienda straniera, la *Smartmatic International Holding BV*. Ciò consentirebbe ad un privato la possibilità di mettere in atto un'indebita ingerenza, quando non una vera e propria manipolazione del processo elettorale ³⁰.

Queste, dunque, le perplessità che un sistema di voto (anche solo parzialmente, come nel caso del Kenya) elettronico può suscitare nel corpo elettorale: la facilità di utilizzo, i possibili malfunzionamenti, la trasparenza nel riportare i dati e la proprietà di strumenti inevitabilmente complessi.

Per quanto riguarda il primo punto, relativo alla complessità

²⁶ M. MUCO, *Facts about IEBC Forms 34A, 34B, and 34C*, in *The Standard*, 2022, consultabile al sito web <https://www.standardmedia.co.ke/explainers/article/2001452883/facts-about-iebc-forms-34a-34b-and-34c> (ultimo accesso in data 23/01/2023).

²⁷ Supreme Court of Kenya, KESC 56 (KLR), 2022, primo, terzo, quarto e settimo ricorrente.

²⁸ Supreme Court of Kenya, KESC 56 (KLR), 2022, punto 11.

²⁹ *IBID.*, punto 14. Tale requisito costituzionalmente richiesto non sarebbe raggiunto dal KIEMS kit, giudicato “*not user friendly to ordinary citizens without expert knowledge*” (punto 14).

³⁰ *IBID.*

del sistema e all'accessibilità al voto anche da parte di un elettorato senza particolari competenze informatiche, la Corte evidenzia come un processo elettorale che preveda anche l'utilizzo della tecnologia e di strumenti elettronici, comporti inevitabilmente un grado di complessità non indifferente ³¹. Tuttavia, l'assenza di specifiche rimozioni fatte valere durante le procedure di voto da parte di elettori o funzionari ai seggi elettorali, dimostra come l'IEBC abbia posto in essere un'adeguata formazione del proprio *staff*, unita a una campagna di educazione e sensibilizzazione dell'elettorato ³², attività peraltro richiesta dalla Costituzione ³³.

Rapportarsi con la tecnologia, per quanto complessa possa essere, vuol dire rapportarsi in ogni caso con un'invenzione umana inevitabilmente imperfetta, che in quanto tale può portare in alcuni casi a *"technical failure"*. Se ogni singolo episodio di questo tipo comportasse l'invalidazione di un'elezione è evidente che difficilmente si otterrebbe qualche risultato. Per questo motivo, e richiamandosi proprio al precedente del 2017, la Corte Suprema ribadisce il principio secondo cui malfunzionamenti nel sistema di voto elettronico possano portare all'annullamento dell'elezione solamente se siano tali, per qualità e quantità, da superare un certo grado di rilevanza tale da inficiare il risultato delle elezioni stesse ³⁴. In sostanza la Corte Suprema istituisce un vero e proprio *"test"* attraverso cui stabilire, a seconda del loro grado di rilevanza e gravità, se le violazioni riscontrate possano portare o meno alla nullificazione delle elezioni.

Ciò è più che mai rilevante nel caso in questione: non è infatti in discussione se il sistema KIEMS abbia effettivamente causato problemi di funzionamento in ben 235 seggi elettorali; il punto è che tali malfunzionamenti non hanno impedito il corretto espletamento delle procedure elettorali anche nei seggi in questione, utilizzando strumenti *"analogici"* laddove le apparecchiature elettroniche risultavano inutilizzabili ³⁵. Si tratta peraltro di un'eventualità prevista dalla sez. 44 A dell'*Election Act* stesso, che impone all'IEBC di sviluppare, parallelamente al sistema elettronico, un *"complementary mechanism"* per l'identificazione dei votanti ³⁶.

Quanto, infine, alla questione riguardante l'utilizzo di una tecnologia non sviluppata dall'IEBC stessa ma fornita da un privato straniero, la Corte evidenzia che ciò non trova contrasto con alcuna norma legislativa o costituzionale. In particolare, sia

³¹ Ibid., punto 42.

³² Ibid., punto 43.

³³ Republic of Kenya, Constitution of Kenya, 2010, sez. 88.4 lett. g.

³⁴ Supreme Court of Kenya, KESC 56 (KLR), 2022, punto 45.

³⁵ Ibid., punto 47.

³⁶ Republic of Kenya, Election Act, Cit., sez. 44 A.

la sez. 44(4) dell'*Election Act*, sia la sez. 4(1) dell'*Elections (technology) Regulation* impongono alla Commissione unicamente "*the procurement of new or updated election technology*" ³⁷, senza specificare che tale tecnologia debba essere prodotta dall'IEBC stessa ³⁸, la quale peraltro non ne avrebbe avuto la capacità tecnica. Anche se fornito da terzi, una volta ottenuto il sistema digitale necessario al funzionamento delle elezioni, il controllo e l'accesso allo stesso, assicura la Commissione, è riservato unicamente ai soggetti autorizzati ³⁹. Non sono state fornite prove che sia accaduto invece il contrario.

Dalle questioni concernenti il funzionamento del pacchetto KIEMS, la Corte passa ad esaminare l'eventualità di un'indebita interferenza nel momento della trasmissione e del caricamento dei *Forms 34A* dai seggi elettorali al portale dell'IEBC in cui i dati andavano raccolti. Secondo alcuni ricorrenti, "*there were others users who had been granted access to the system and who had the ability to intercept and withhold Forms 34A, manipulate them by changing the results before dumping them onto IEBC's portal*" ⁴⁰. In particolare, si intende insinuare il dubbio di una manipolazione dei risultati trasmessi; sul portale pubblico, infatti, alcuni documenti con i risultati dei seggi apparivano in bianco e nero e in formato PDF, nonostante fossero originariamente stati ottenuti in formato JPEG ⁴¹. La conversione dell'immagine in PDF farebbe venir meno l'integrità del processo di trasmissione ⁴².

L'esito dell'analisi del sistema di trasmissione dei dati utilizzato dall'IEBC, come anche delle informazioni sul sistema di sicurezza e dei server fornite dalla Commissione stessa, compiuta alla presenza degli esperti nominati delle parti, non ha però evidenziato alcuna irregolarità, convincendo la Corte dell'affidabilità del sistema digitale utilizzato e della sua idoneità ad impedire l'intrusione da parte di soggetti non autorizzati ⁴³. Viene tra l'altro chiarito che il KIEMS Kit comprendeva anche una funzione di scanner, capace di convertire un'immagine in PDF prima che questa venisse trasmessa al portale ⁴⁴. Ancora una volta l'onere della prova gravante nei confronti dei ricorrenti non può dirsi soddisfatto.

5. QUESTIONI "ANALOGICHE".

I dubbi circa la legittimità delle elezioni presidenziali non riguardano solamente gli aspetti digitali. La Corte prende in

³⁷ Republic of Kenya, Elections (technology) regulations, Kenya Gazette Supplement n. 61, art. 4.1.

³⁸ Supreme Court of Kenya, KESC 56 (KLR), 2022, punto 49.

³⁹ *IBID.*, punto 50.

⁴⁰ *IBID.*, punto 87.

⁴¹ *IBID.*, punto 59.

⁴² *IBID.*

⁴³ *IBID.*, punto 92.

⁴⁴ *IBID.*

considerazione un'altra serie di censure sollevate dalle parti, a partire dalla possibile sussistenza di anomalie, se non deliberate alterazioni, dei risultati elettorali poste in essere *anche* senza l'utilizzo della tecnologia.

Alcuni ricorrenti avanzavano il sospetto di manomissione dei *Forms 34A*, sostenendo che fossero riscontrabili delle rilevanti discrepanze tra i risultati pubblicati nel portale dell'IEBC e quelli osservabili nelle copie fisiche dei *Forms 34A* di alcuni seggi elettorali ⁴⁵. L'ispezione delle urne elettorali e il riconteggio dei voti nei seggi in questione disposti dalla Corte non hanno però riscontrato anomalie nella stragrande maggioranza dei casi ⁴⁶. Le uniche discrepanze rilevate sono invero irrilevanti ⁴⁷.

L'otto agosto 2022, il giorno prima delle elezioni, il capo dell'IEBC aveva annunciato la sospensione di alcune elezioni di carattere locale, che avrebbero dovuto verificarsi contestualmente alle elezioni presidenziali ⁴⁸. Il provvedimento si era reso necessario per alcuni errori commessi sulle schede elettorali ⁴⁹. Tale operazione rileva rispetto alla sentenza in oggetto da due punti di vista: in primo luogo, viene contestata da parte dei ricorrenti la sussistenza del potere di dichiarare la sospensione delle elezioni in capo all'IEBC; in secondo luogo, si sostiene che la sospensione fosse deliberatamente concepita come strumento di "*voter suppression*", scoraggiando la partecipazione elettorale di parte dell'elettorato che avrebbe potuto esprimersi a favore del candidato risultato perdente ⁵⁰.

Per quanto riguarda la competenza in capo all'IEBC, il combinato disposto delle sez. 88 e 252 Cost. indica che la Commissione possa far valere, nell'espletamento del proprio mandato, non solamente i poteri esplicitamente previsti dalla Costituzione stessa, ma anche quelli previsti dalla Legge ⁵¹. In particolare, la sez. 55 B(1) dell'*Elections Act* prevede specifiche circostanze per le quali poter rinviare un'elezione ⁵².

Se, poi, la sospensione, ritenuta in ogni caso legittima dalla Corte, possa integrare una fattispecie di "*voter suppression*", deliberatamente attuata per danneggiare uno dei candidati a favore dell'altro, ciò deve essere adeguatamente dimostrato, in virtù della disciplina dell'onere della prova gravante, come già ricordato, sul ricorrente. Sul punto, notava la Corte, non è stata fornita alcuna prova convincente né del concreto effetto di limitazione del diritto di voto di particolari gruppi di elettori, né che la sospensione sia stata posta in essere dall'IEBC in malafede ⁵³.

⁴⁵ *IBID.*, punto 110.

⁴⁶ *IBID.*, punto 129.

⁴⁷ *IBID.*, punto 130.

⁴⁸ *IBID.*, punto 156.

⁴⁹ *IBID.*, punto 157.

⁵⁰ *IBID.*, punto 171.

⁵¹ *IBID.*, punto 172.

⁵² *IBID.*, punto 173.

⁵³ *IBID.*, punti 182, 183.

Altri dubbi in merito alla possibile sussistenza di irregolarità e frodi elettorali derivano poi dalla discrepanza tra il numero di voti ottenuti in alcuni collegi elettorali nelle elezioni presidenziali rispetto a quelli ottenuti in altre elezioni tenutesi contestualmente (riguardanti l'elezione di governatori, senatori o *Women Representative*). Ancora una volta, la Corte giudica non adeguatamente provata la sussistenza di pratiche illecite nelle procedure elettorali, tant'è che le differenze riscontrate possono essere facilmente spiegate facendo riferimento a categorie di cittadini che detengono il diritto di voto unicamente in relazione alle elezioni presidenziali e non per le altre cariche elettive, come ad esempio i detenuti ⁵⁴.

Restava da stabilire se, a norma della sez. 138(3) (c), il compito "*of verifying and tallying of votes as received from polling stations countrywide*" sia assegnato collegialmente all'IEBC tutta oppure unicamente al capo della Commissione stessa, accusato di aver escluso da tali operazioni gli altri componenti. A tale riguardo la Corte non ha dubbi sulla natura necessariamente collegiale dell'onere. "*The Commission must meet, act, and make decisions collectively in discharging these mandates. It would therefore be wrong to interpret the Constitution and statutory scheme regulating the operations of IEBC, having vested sole authority on the Chairperson, to the exclusion of the Commissioners*" ⁵⁵. Se però l'esclusione degli altri membri della Commissione si sia realmente verificata risulta tutto da dimostrare. Tale accusa venne formulata già il 15 agosto, al momento della dichiarazione dei risultati elettorali, da parte di quattro componenti dell'IEBC, i quali però non hanno portato dinanzi alla Corte Suprema alcun documento o prova a sostegno della propria tesi ⁵⁶.

Ultimo oggetto di contestazione da parte dei ricorrenti è l'effettivo raggiungimento della maggioranza assoluta dei voti, richiesta dalla sez. 138(4) Cost. per poter dichiarare la vittoria di un candidato ⁵⁷. A tale proposito, la Corte non fa che ribadire la posizione espressa con la sentenza del 2013 ⁵⁸, secondo cui ai fini del calcolo del numero di voti sulla base del quale determinare la percentuale richiesta, debbano essere presi in considerazione unicamente i voti validi, escludendo come "*rejected votes*" non solo le schede elettorali che non sono state apposte nell'urna, ma anche quelle rivelatesi invalide al momento dello spoglio ⁵⁹. In conclusione, la Corte non può che rilevare il corretto superamento della soglia costituzionalmente prevista ⁶⁰.

⁵⁴ *IBID.*, punto 207.

⁵⁵ *IBID.*, punto 221.

⁵⁶ *IBID.*, punto 241.

⁵⁷ *IBID.*, punto 245.

⁵⁸ *Odinga and 5 others v. IEBC and 3 others*, 2013, KESC 5 (KRL).

⁵⁹ Supreme Court of Kenya, KESC 56 (KLR), 2022, punto 258.

⁶⁰ *IBID.*, punto 268.

6. CONCLUSIONI. IL “GARANTISMO ELETTORALE” DELLA CORTE SUPREMA KENIOTA.

Nel fragile contesto della democrazia keniota, negli ultimi anni la Corte Suprema ha saputo ricavarci un ruolo di primo piano, anche grazie ad una “rinnovata indipendenza”⁶¹, per certi versi inedita in un paese che solamente da pochi decenni ha raggiunto un adeguato *standard* democratico. Tappa fondamentale di questo processo è senza dubbio l’annullamento delle elezioni nel 2017. La sentenza del 2022, anche se caratterizzata da un esito opposto, si pone pienamente nel solco del precedente, soprattutto per quanto riguarda un certo “garantismo elettorale” di cui la Corte si fa portatrice nel prendere in considerazione la questione — garantismo che trova la propria legittimità proprio dal fondare le proprie basi in una decisione di annullamento.

I principi cardine che caratterizzano il “garantismo elettorale” delle Corte Suprema e che hanno portato alla decisione sulle elezioni del 2022, come anche del 2017, sono la disciplina delle prove e il “test” sulla rilevanza, ovvero lo soglia minima che le illegalità e irregolarità eventualmente riscontrate devono superare perché possano inficiare il risultato complessivo del processo elettorale.

Lo *standard* probatorio richiesto a sostegno dei sospetti fatti valere dai ricorrenti è stato, come si è visto, determinante sia per rafforzare la legittimità della decisione, sia per risolvere molte delle questioni al cuore della sentenza in esame. Nello specifico, la Corte ribadisce che tale *standard* debba essere di un “grado intermedio”: al di sopra del “bilancio di probabilità” proprio dei casi civili, ma inferiore alla formula “al di là di ogni ragionevole dubbio” del diritto penale⁶². A tale principio fanno seguito due eccezioni in cui è invece richiesto la più alta soglia probatoria: 1. quando i fatti sollevati in giudizio siano di natura criminale o “quasi — criminale”; 2. quando il fatto contestato riguardi specifici requisiti necessari all’individuazione del vincitore (come ad esempio il raggiungimento della maggioranza assoluta dei voti)⁶³.

● Oltre alla prova delle irregolarità, per poter procedere all’annullamento delle elezioni è richiesto però un requisito in più. Per utilizzare la medesima formula della Corte “*not every irregularity or procedural infraction is enough to invalidate an election. The irregularities must be of such a profound nature as to affect result, or the integrity of an election, for a Court of law to nullify the same*”⁶⁴. Come si diceva, viene richiesto uno *standard* di gravità dei fatti contestati, ancorché giudizialmente accertati.

⁶¹ C. CERRONE, *La Costituzione keniota del 2010: tappa di un percorso dalle coordinate ancora incerte*, in *Federalismi*, 33/2022, 2022, p. 168.

⁶² Supreme Court of Kenya, KESC 56 (KLR), 2022, punto 34.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Supreme Court of Kenya, John Ha-

Il tema della “*digital democracy*” si colloca perfettamente nel quadro appena descritto. A ben guardare, seppur ricopra una posizione centrale nell’economia della sentenza, l’analisi delle procedure di voto elettroniche e le perplessità che queste possono suscitare, non sono il vero “cuore” della decisione. Dal 2007 al 2022 le procedure elettorali in Kenya si sono evolute, come si è evoluta la tecnologia, portando con sé nuove forme di irregolarità vere o presunte e nuovi motivi di ricorso. Ciò che non cambia è, invece, la natura profonda del livello di conflitto giudiziale o meno, che accompagna ogni elezione presidenziale in Kenya e che trova semplicemente nuove forme di espressione nel mutato contesto tecnologico e normativo. Chiara Cerbone individua nei concetti di “ciclicità” e “continuità” un filo conduttore per leggere la storia costituzionale del Kenya: la sentenza 56 del 2022 rappresenta un tassello in questo processo di eterno ritorno.

Abstract

In the last two decades of Kenyan history, general elections have been an occasion of high tension and conflicts with reflections in the judiciary rooms. In September 2022 the Supreme Court of Kenya pronounced itself about the regularity of the general elections of the same year. This paper seeks to analyze the reasons that have based the decision, with a particular focus on the aspects concerning the use of digital technologies in the vote procedure.

run Mwau & 2 others v Independent Electoral and Boundaries Commission & 2 others [2017] eKLR, 2017, punto 373. Si tratta della sentenza, richiamata dalla decisione qui presa in esame, con cui la Corte Suprema nel 2017 aveva rigettato le richieste da parte di alcuni ricorrenti di annulla-

mento delle elezioni del 26 ottobre dello stesso anno. La già richiamata sentenza di cui alla nota 3 aveva infatti disposto, nell’annullare le elezioni dell’8 agosto 2017, una nuova tornata elettorale entro 60 giorni dalla pubblicazione della sentenza stessa.