



P.P. CH-3003 Berne

POSTE CH SA

BJ; bj-chb

Commission des institutions politiques du
Conseil national
Palais du Parlement
3003 Berne

Dossier : 615-1240/1

Votre réf. :

Notre réf. : bj-chb

Bern, le 1^{er} avril 2021

Avis de droit : constitutionnalité des débats virtuels de l'Assemblée fédérale
(traduction de l'original allemand)

Mesdames, Messieurs,

Le secrétariat de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) a prié l'Office fédéral de la justice (OFJ) d'examiner la problématique suivante :

Le législateur fédéral peut-il se fonder sur la Constitution fédérale en vigueur pour prévoir une réglementation sur les délibérations à distance de l'Assemblée fédérale (à l'aide de moyens de communication électronique), avec les paramètres et les variantes ci-dessous ?

- a. La réglementation s'appliquerait dès lors que les membres de l'Assemblée fédérale seraient empêchés d'être présents physiquement en raison d'une situation d'urgence généralisée, autrement dit pour des causes qui ne sont pas inhérentes à leur personne (comme la maladie ou l'accident).
- b. Il convient d'analyser une réglementation pour la situation où seuls les députés empêchés participent au travail parlementaire à distance, d'une part, et pour la situation où le travail parlementaire se déroule entièrement à distance, d'autre part. Il faut aussi déterminer si une majorité des députés de chaque conseil (101 conseillers nationaux, 24 conseillers aux États) doit toujours être présente physiquement sur place.
- c. Il convient d'analyser une réglementation où les députés qui participent au travail parlementaire à distance jouissent uniquement du droit de vote, d'une part, et de tous les droits des parlementaires, d'autre part.
- d. Il convient d'analyser une réglementation sur le travail parlementaire à distance qui permet de prendre uniquement des décisions urgentes, d'une part, et de traiter tous les objets, d'autre part.

Office fédéral de la justice OFJ
Susanne Kuster, Dr. iur., MPA Unibe
Bundesrain 20, 3003 Berne
Tél. +41 58 462 46 84, Fax +41 58 462 78 79
susanne.kuster@bj.admin.ch
www.ofj.admin.ch



Synthèse

À titre préliminaire, nous considérons qu'un régime légal sur les délibérations à distance de l'Assemblée fédérale (à l'aide de moyens de communication électronique) est admissible, selon la Constitution fédérale en vigueur, pour les travaux parlementaires en **situation ordinaire**, pour autant que la participation à l'aide de moyens de communication électronique soit globalement équivalente à la participation sur place. Les considérations qui suivent reposent sur ce principe et montrent ensuite les conséquences qu'il faut tirer si l'on défend un avis contraire.

Une réglementation sur les délibérations à distance de l'Assemblée fédérale conçu comme une **solution d'urgence** au sens de la problématique est admissible pour les paramètres et les variantes suivants :

Let. a de la problématique :

- La limitation du champ d'application de la réglementation à une **situation d'urgence généralisée** qui empêcherait les députés de se rendre sur place nous paraît admissible dans tous les cas, puisque nous considérons que les travaux virtuels du Parlement sont admissibles, pour autant que le critère de l'équivalence avec les délibérations en présence soit rempli. Mais même si l'on conteste ce point de vue, une appréciation globale des dispositions constitutionnelles dans leur ensemble peut conduire à admettre une réglementation pour les situations d'urgence. Il en irait de même si, sous la pression du temps notamment, l'on devait mettre en place une solution qui ne remplirait pas le critère de l'équivalence.
- Si l'on crée la possibilité de participer à distance, nous serions très critiques à l'égard de **restrictions à certaines causes d'empêchement des députés**. Ces différenciations peuvent paraître naturelles dans une perspective historique, en particulier s'agissant des députés malades ou accidentés dans une situation « normale », mais elles ne sont guère défendables de nos jours.

Let. b de la problématique :

- Une **solution mixte** (en partie sur place et en partie à distance) nous paraît aussi très délicate, car elle pourrait facilement conduire à des inégalités de traitement et compromettre l'unité de l'Assemblée fédérale. Elle pourrait éventuellement être admise en tant que résultat d'une pondération des différentes normes constitutionnelles, pour autant que la participation à distance reste un phénomène marginal.
- En admettant qu'une solution mixte soit admissible, la question de la comptabilisation des députés participant aux travaux parlementaires à distance aux fins du **quorum** selon l'art. 159, al. 1, Cst. devrait être analysée de manière différenciée : si la participation à distance est équivalente à la participation sur place, les députés qui participent à distance doivent être comptabilisés. Plus on restreint les droits des participants à distance – jusqu'à la situation actuelle adoptée pour le Conseil national, qui limite gravement les droits des députés – plus il conviendra de ne pas comptabiliser les participants à distance.

Let. c de la problématique :

En principe, une **limitation des droits de participation des députés** n'est pas admissible. Elle peut tout au plus être envisagée provisoirement pour éviter un dommage constitutionnel plus important. Une limitation sévère, qui pourrait aller jusqu'à autoriser le seul droit de vote à distance, ne peut être justifiée que pour une situation de crise aiguë, pendant quelques semaines, le temps de créer les conditions de communication nécessaires pour assurer une participation plus complète. Si l'on adopte à titre préventif une réglementation pour les cas de crise, il faut au moins prendre des dispositions techniques et administratives (aussi modestes soient-elles) pour permettre l'exercice intégral des droits de participation formels des députés (notamment prise de parole et dépôt de propositions, d'interventions, etc.).

Let. d de la problématique :

Une **limitation aux objets urgents** n'est pas nécessaire d'un point de vue constitutionnel, mais elle est admissible pour une courte période, dans le cadre de l'autonomie de la planification des objets de l'Assemblée fédérale. Plus la réglementation d'urgence reste en vigueur longtemps, plus la pression constitutionnelle augmente pour une reprise intégrale des délibérations sur tous les objets. Dans une réglementation édictée à titre préventif en vue de futures situations d'urgence, il serait difficile de justifier une limitation obligatoire aux objets urgents.

Table des matières

1	Question liminaire : admissibilité dans une situation ordinaire.....	5
1.1	Problématique	5
1.2	Contextualisation de la problématique quant à l'état et à l'évolution de la technique	5
1.3	Genèse	6
1.4	Énoncé.....	6
1.5	Systématique	8
1.6	But	8
1.7	Mise en perspective de tous les éléments d'interprétation.....	8
1.8	Équivalence des délibérations virtuelles	10
1.8.1	Suivi des débats.....	10
1.8.2	Dépôt de propositions et autres instruments parlementaires	10
1.8.3	Prise de parole	10
1.8.4	Vote.....	10
1.8.5	Contacts informels.....	10
1.8.6	Vérification de l'identité.....	10
1.8.7	Fiabilité des moyens techniques.....	11
1.8.8	Tribune de la politique, vecteur de confiance, fonction identitaire	11
1.9	Conclusion intermédiaire	14
2	Admissibilité d'une solution d'urgence au sens de la problématique	16
2.1	Limitation par principe à une situation d'urgence (let. a de la problématique) ...	16
2.1.1	Différents cas de figure possibles.....	16
2.1.2	Dérogation à la Constitution ou concrétisation de dispositions constitutionnelles concurrentes ?	16
2.1.3	Conclusion intermédiaire	18
2.2	Limitation aux absences dues une situation d'urgence <i>généralisée</i> (let. a de la problématique).....	19
2.3	Solution mixte (let. b de la problématique).....	20
2.3.1	Considérations sur le principe d'une solution mixte	20
2.3.2	Quorum de participants physiquement présents.....	21
2.4	Tous les droits ou seulement le droit de vote (let. c de la problématique).....	21
2.5	Limitation aux objets urgents (let. d de la problématique)	22
3	Digression : exigences particulières pour les commissions et les délégations ...	22
4	Digression : réglementation explicite dans la Constitution.....	22

1 Question liminaire : admissibilité dans une situation ordinaire

1.1 Problématique

Pour aborder la problématique posée par la CIP-N, il convient avant tout de clarifier si la Constitution fédérale en vigueur (Cst.)¹ exige la présence physique des députés en un lieu unique pour les réunions des conseils (art. 151, al. 1, Cst.) et pour le quorum (art. 159, al. 1, Cst.), ou si le législateur a le droit de prévoir la participation à distance de toute ou partie des députés en recourant à des moyens de communication électronique, même pour le travail parlementaire en situation ordinaire.

L'énoncé de l'art. 151, al. 1, Cst. est le suivant:

Les conseils se réunissent régulièrement. La loi règle la convocation aux sessions.

Die Räte versammeln sich regelmässig zu Sessionen. Das Gesetz regelt die Einberufung.

Le due Camere si riuniscono regolarmente in sessioni. La legge ne disciplina la convocazione.

L'énoncé de l'art. 159, al. 1, Cst. est le suivant :

Les conseils ne peuvent délibérer valablement que si la majorité de leurs membres est présente.

Die Räte können gültig verhandeln, wenn die Mehrheit ihrer Mitglieder anwesend ist.

Le Camere deliberano validamente se è presente la maggioranza dei loro membri.

Ce n'est donc pas la Constitution, mais la loi qui fixe le siège de l'Assemblée fédérale dans la ville de Berne et qui règle la possibilité d'organiser des sessions sur d'autres sites².

1.2 Contextualisation de la problématique quant à l'état et à l'évolution de la technique

Il s'agit ici d'examiner si les exigences de la Constitution fédérale peuvent être remplies en recourant à ce qu'il est convenu d'appeler les technologies actuelles de l'information et de la communication. Les explications qui suivent ne se réfèrent donc pas à un exemple d'utilisation concret, par exemple à la version actuellement utilisée de Skype for Business de Microsoft. Elles ne renvoient pas non plus à un type de solutions techniques précis et actuellement connu, comme les solutions de visioconférence les plus courantes, qui se valent plus ou moins toutes. Il s'agit plutôt d'examiner s'il paraît réaliste d'envisager le développement d'une solution satisfaisant aux exigences de la Constitution fédérale en s'appuyant sur les éléments techniques fondamentaux disponibles aujourd'hui. Pour vérifier la plausibilité de nos réflexions sur le plan technique, nous les avons soumises au secteur Transformation numérique et gouvernance de l'informatique de la Chancellerie fédérale pour un avis critique. Ses remarques ont été discutées avec son représentant et intégrées dans notre avis de droit.

¹ RS 101

² Art. 32 de la loi sur le Parlement du 13.12.2002, RS 171.10; Uhlmann/Wilhelm, Durchführung von Sessionen, ch. 6.

1.3 Genèse

Lors des débats sur la révision totale de la Constitution fédérale de 1999, qui devait s'inscrire dans la continuité du droit constitutionnel en vigueur, les notions « se réunir » et « présente » renvoyaient sans l'ombre d'un doute à une présence physique des députés sur le lieu de la réunion, que ce soit les salles des conseils ou, éventuellement, dans leurs environs directs. Cela était d'autant plus vrai pour les dispositions précédentes inscrites dans la Constitution fédérale de 1874 (art. 86, al. 1, et art. 87). La possibilité que les membres des conseils puissent intervenir à distance à l'aide des moyens de télécommunication qui se sont développés au fil du temps n'a de toute évidence pas été envisagée³. Considérée de façon isolée, une argumentation purement historique déboucherait sur l'obligation pour les députés d'être présents physiquement en un lieu de réunion unique, et ce tant du point de vue des dispositions d'organisation (art. 151, al. 1, Cst.) que de celles sur le quorum (art. 159, al. 1, Cst.).

1.4 Énoncé

Comme chacun le sait, la technologie évolue rapidement et les innovations techniques en matière de communication et de traitement de l'information exercent une grande influence sur la société, la politique et l'économie. Ces innovations sont ainsi à l'origine de nombreuses évolutions et sont elles-mêmes conditionnées par les besoins, les développements et les décisions de la société, de la politique et de l'économie. Pour décrire ce mouvement qui paraît indissociable du monde d'aujourd'hui, on parle souvent de « digitalisation » ou de « numérisation ». À l'instar des domaines les plus variés de la vie, la langue n'est pas épargnée. Souvent, il suffit de quelques années entre l'apparition d'une nouvelle technique et le moment où tout un chacun l'a intégrée dans son quotidien. Pensons par exemple au smartphone ou aux réseaux sociaux. Le premier iPhone, précurseur de tous les smartphones aujourd'hui en circulation, et Facebook, réseau dominant à bien des égards, ont fait leur apparition il y a une quinzaine d'années et pourtant, ils font déjà partie intégrante de nos sociétés et de notre vocabulaire. Pour comprendre le sens contemporain qu'il faut donner aux expressions qui se réfèrent aux technologies de l'information et de la communication, il faut donc aussi tenir compte des évolutions relativement récentes.

Caroni et Graf⁴ ont par exemple constaté de nombreuses occurrences sur Internet pour « sich virtuell versammeln » (« se réunir virtuellement ») et « virtuelle Anwesenheit » (« présence virtuelle » ou « téléprésence »). Il est aussi probable, mais cela est plus difficile à détecter au moyen de recherches sur Internet, que de nombreuses occurrences de « se réunir » et de « présence », ainsi que de leurs synonymes, soient déjà utilisées naturellement dans un contexte de délocalisation. On peut aussi tirer certaines conclusions des occurrences d'expressions telles que « se réunir physiquement » ou « présents sur place ». « Est-ce que tout le monde est là ? » demande la présidente de la séance⁵ dans son micro-casque, avant d'ouvrir la discussion. Le procès-verbal continue de répartir les personnes convoquées entre « présents » et « excusés », alors que les premiers étaient assis à la maison, ou isolés dans leur bureau derrière leur ordinateur. Une association de quartier mentionne dans l'invitation à son assemblée générale que celle-ci se tiendra « virtuellement sous forme de visioconférence ». Une association faîtière nationale écrit dans l'invitation qu'un certain

³ Daniela Thumherr, Art. 151 Cst., notamment ch. 9 et 10, in : Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Bâle 2015 ; op. cit., Art. 159, notamment ch. 5 ; Jean-François Aubert, Art. 151, ch. 5 et 6, in : Jean-François Aubert / Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich 2003 ; op. cit., Art. 159, ch. 6 ; Giovanni Biaggini, Kommentar der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e édition, Zurich 2017, Art. 151, ch. 7 ; op. cit., Art. 159, ch. 2 ; Christoph Lanz, Art. 151, ch. 1 à 5, in : Bernhard Ehrenzeller et al., St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3e édition, Zurich 2014 ; op. cit., Moritz von Wyss, Art. 159, ch. 3.

⁴ Andrea Caroni / Martin Graf, Wahrung der Sessionsteilnahmegarantie in einer Pandemie? in : Jusletter, 15.2.2021, ch. 39.

⁵ Ici aussi, une « séance » a longtemps sous-entendu la présence physique de tous les participants.

nombre de membres pourront « aussi être présents physiquement », estimant que l'adjectif « présent » à lui seul n'est plus suffisamment clair pour désigner la présence dans un lieu de réunion⁶.

La langue juridique et législative évolue aussi. Les exemples mentionnés précédemment à titre anecdotique sont en réalité confirmés par le choix des mots opéré par le Parlement lors de la révision du droit de la société anonyme adoptée en juin 2020⁷. Le législateur écrit d'abord : « L'assemblée générale peut se tenir simultanément en plusieurs lieux. », ce qui aurait pu nous faire douter de sa raison il y a quelques années encore. Pourtant, ce n'est plus un problème puisque « En pareil cas, les interventions sont retransmises en direct par des moyens audiovisuels sur tous les sites de réunion. »⁸ D'ailleurs, le code modifié autorise « les actionnaires qui ne sont pas présents au lieu où se tient l'assemblée générale à exercer leurs droits par voie électronique » (art. 701c nCO). Il permet même à la société de renoncer à un lieu de réunion physique et d'organiser une « assemblée générale virtuelle » (art. 701d nCO). De toute évidence, le législateur considère que le mot « présent », aujourd'hui, ne désigne plus indiscutablement une présence physique s'il n'est pas suivi de la désignation d'un lieu (d'où : « pas présents *au lieu où se tient* l'assemblée générale »). Il prévoit aussi que les délibérations par des moyens de communication électronique sont une forme possible d'« assemblée ». Et ce n'est pas le résultat des spasmes nerveux d'un législateur exténué par une saison de télétravail pour cause de coronavirus, car ces formulations figuraient déjà dans le projet du Conseil fédéral de fin 2016⁹. Le Conseil fédéral lui-même interprète déjà depuis une vingtaine d'années les règles légales sur le quorum qui le concernent de manière telle que la présence des participants ne doit pas forcément être physique¹⁰.

Ces constatations nous conduisent à une interprétation plus différenciée de l'énoncé que la majorité des auteurs qui se sont déjà exprimés sur ce sujet¹¹ (comme indiqué, les principaux commentaires de la Constitution ne se sont pas encore penchés sur cette problématique spécifique¹²). Lorsque nous lisons les mots « se réunir » et « présent » dans la Constitution fédérale en 2021, cela ne veut pas obligatoirement dire que l'énoncé inclut aussi une « assemblée virtuelle » ou une « présence virtuelle », mais cela ne l'exclut pas, ou plus, non plus.¹³

⁶ Voir également Binder et al., ch. 44 : « Une présence *physique* dans la salle du conseil n'est d'ailleurs prévue ni dans la Constitution elle-même ni dans le message du Conseil fédéral. » (citation traduite)

⁷ [RO 2020 4005](#)

⁸ Les deux citations dans le nouvel art. 710a, al. 3, du code des obligations, [RS 220](#), dans la version adoptée avec la révision du droit de la société anonyme.

⁹ FF 2017 625, 655

¹⁰ Art. 19, al. 1, de la loi fédérale du 21.03.1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, [RS 172.010](#) : « Le Conseil fédéral ne peut prendre de décision qu'en présence de quatre de ses membres au moins. » ; art. 1, al. 4, de l'ordonnance du 25.11.1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, [RS 172.010.1](#) : « Si les circonstances l'exigent et que le temps lui manque pour se réunir, le Conseil fédéral peut délibérer des affaires visées à l'al. 2, par écrit ou par d'autres moyens. Les décisions qui en résultent sont équivalentes à celles qui sont prises au cours des séances. Les décisions présidentielles selon l'art. 26, al. 1 à 3, LOGA, sont réservées. »

¹¹ Caroni/Graf (nbp 4), ch. 39 considèrent que les acceptions virtuelles de « se réunir » et « présent » ne sont pas encore figées dans l'usage ; Moritz von Wyss, Wie virtuell kann ein Parlament sein? in : *Parlement 2020/2*, p. 16, p. 19 (nbp 18) lit « se réunir » au sens d'une réunion physique s'il n'y a pas d'autre précision ; du même avis Andrea Caroni / Stefan G. Schmid, *Notstand im Bundeshaus*, PJA 2020, p. 710, 719-720 ; il existe encore des doutes selon Felix Uhlmann / Martin Wilhelm dans un bref avis de droit du 3.4.2020 sur la tenue des sessions parlementaires et des séances de commission en cas de situation extraordinaire, ch. 29 et 33 ; les mêmes auteurs s'expriment plus clairement dans le sens d'une présence uniquement physique dans *Herausforderungen für Parlamente in der Corona-Krise – Versuch eines Überblicks* in : *Parlement 2020/2*, p. 4, ch. 3.3.1.

¹² Voir nbp 3 ci-dessus.

¹³ Du même avis : Andreas Stöckli, *Regierung und Parlament in Pandemiezeiten*, Numéro spécial de la RDS 2020, p. 9, p. 41 (nbp 201) ; Andreas Binder / David Hofstetter / Janina Biland / Claudia Bollmann, *Der Anwendungsbereich von Art. 6a COVID-19-Verordnung 2* in : *Jusletter* 6.4.2020, ch. 44.

1.5 Systématique

La systématique de la Constitution, qui range les art. 151 et 159 Cst. dans les chapitres sur l'organisation et les procédures de l'Assemblée fédérale, n'apporte pas d'éléments supplémentaires pour l'examen de la problématique.

1.6 But

Le fait que les réunions des conseils et le quorum des députés soient inscrits dans une norme constitutionnelle ne s'explique pas par un quelconque intérêt à ce que les parlementaires soient présents physiquement dans une salle, mais par les fonctions que les chambres réunies et leurs membres présents doivent remplir¹⁴ :

- il s'agit en premier lieu des aspects qui sont réglés dans la loi sur le Parlement, en particulier l'organisation des délibérations qui doit permettre de suivre les débats, de déposer des propositions et des interventions parlementaires, de prendre la parole et de voter ;
- les contacts informels entre les députés des deux conseils, mais aussi avec les lobbyistes, les experts, les représentants des gouvernements, les journalistes, etc. sont également une fonction importante ;
- certains soulignent, à raison, que le Parlement est un lieu symbolique qui, de par son rôle de « tribune politique », permet aux élus de se réunir sous les yeux de tous, pour participer au processus démocratique de formation de l'opinion et de la volonté¹⁵ ;
- il doit être possible de vérifier l'identité des parlementaires en tout temps pendant toute la durée des délibérations et toute possibilité de se faire représenter doit être exclue ;
- les moyens techniques engagés doivent en outre être suffisamment fiables pour garantir un déroulement serein et efficace des travaux parlementaires.

Toutes ces fonctions reposent sur différentes formes de communication. Les procédés de toutes sortes qui permettent de communiquer à distance sont le cœur des technologies de l'information et de la communication qui sont si présentes et importantes dans la vie d'aujourd'hui. Cela vaut aussi bien pour la communication d'un individu à l'égard d'une grande assemblée, voire d'un nombre illimité de personnes, que pour les communications confidentielles dans un cercle restreint de participants ; cela vaut pour la transmission de la voix, des images et du texte ; et cela vaut pour la communication en temps réel (comme le téléphone) ou en différé (courriel, services de messagerie, etc.). Ainsi, indépendamment de la question de savoir ce qui peut être mis en place de manière réaliste, aujourd'hui voire dans les mois à venir, au sein de l'Assemblée fédérale, il faut se demander si les moyens de communication électronique peuvent rendre possibles toutes les fonctions susmentionnées et tous les procédés de communication¹⁶. Si tel est le cas, l'interprétation téléologique tendrait à faire reconnaître l'admissibilité des délibérations à distance.

1.7 Mise en perspective de tous les éléments d'interprétation

L'énoncé des dispositions constitutionnelles qui nous intéressent utilise des mots dont le sens est en train d'évoluer ou a même déjà changé durablement. Si l'approche par la systématique

¹⁴ Même avis concernant le quorum selon l'art. 159, al. 1, Cst. : Uhlmann/Wilhelm, Durchführung von Sessionen (nbp 11), ch. 34.

¹⁵ Caroni/Graf (nbp 4), ch. 2 et 41 ; von Wyss (nbp 11), ch. 2.

¹⁶ Voir von Wyss (nbp 11), p. 19.

ne nous aide pas, l'analyse téléologique tendrait à faire reconnaître l'admissibilité des délibérations à distance, sous certaines conditions qu'il conviendra encore de préciser, tandis que l'approche historique débouche sur des conclusions totalement opposées, à savoir que depuis la nuit des temps, on n'a envisagé les délibérations qu'entre des personnes présentes physiquement en un seul lieu. La Constitution fédérale de 1999 est certes une loi fondamentale relativement récente, ce qui devrait donner plus de poids à l'interprétation historique. Il faut pourtant relativiser cela pour deux raisons. Premièrement, selon l'approche de mise à jour du droit constitutionnel qui présidait à la révision totale, le constituant a repris tels quels les art. 86 et 87 de la Constitution de 1874, qui avaient été écrits au 19^e siècle. Deuxièmement, on parle ici d'évolutions techniques et sociétales tellement rapides que deux décennies semblent déjà être une éternité, car si les visioconférences étaient déjà possibles au tournant du siècle, elles nécessitaient encore une infrastructure complexe et onéreuse, tant sur place que pour la transmission du signal. Aujourd'hui, il suffit en principe d'un téléphone mobile bon marché et d'une connexion à Internet d'une qualité telle que ce que l'on connaît dans l'ensemble du pays grâce au service universel dans le domaine des services de télécommunication¹⁷. Moyennant quelques modestes dépenses supplémentaires (PC, micro-casque, deux ou trois écrans), on peut créer une centrale de communication qui, il y a seulement vingt ans, aurait fait penser à un poste d'aiguilleur du ciel ou à un studio de télévision.

Pour ces motifs, nous considérons que l'approche téléologique, qui tient compte de l'évolution sémantique de l'énoncé, pèse plus que l'interprétation historique. Le contraire conduirait à une interprétation de la Constitution fortement ancrée dans l'histoire du 20^e siècle, et même dans celle du 19^e siècle, mais qui ne tiendrait aucunement compte des développements actuels de la technique et de la société.

Il ne semble en outre pas nécessaire d'accorder plus de poids à l'interprétation historique qu'aux autres éléments d'interprétation pour protéger les activités maîtresses du Parlement, en particulier l'examen et l'adoption d'actes, ainsi que la communication nécessaire entre les députés dans le but de se faire une opinion. Dans certaines circonstances, le contraire pourrait même être vrai, surtout en cas de crise (mais pas seulement), au vu des possibilités techniques actuelles.

L'un des arguments les plus fréquents contre la virtualisation des assemblées (parlementaires dans le cas qui nous intéresse) est qu'une visioconférence « n'est pas la même chose » qu'une séance en présence des participants. C'est sans doute vrai, mais nous pensons que là n'est pas le cœur de la question. L'élément décisif est plutôt de savoir si, globalement, les fonctions pertinentes peuvent être accomplies de façon satisfaisante. Il faut donner à cette question une réponse dépassionnée et tenant compte de tous les aspects pertinents, en faisant fi de l'engouement des uns pour la digitalisation et du scepticisme des autres à l'égard des nouvelles technologies. La situation que l'on a connue jusqu'à nos jours, avec une présence physique en un seul lieu, peut très bien servir d'étalon de référence pour une appréciation globale. Il serait toutefois faux, selon nous, de se fonder sur certains inconvénients de la communication à distance pour en conclure directement que les délibérations parlementaires à distance sont anticonstitutionnelles. Il convient au contraire d'examiner chaque point à la lumière du critère de l'équivalence avec une réunion physique traditionnelle. Ce n'est que sur la base de ce résultat détaillé que l'on pourra tirer des conclusions générales.

¹⁷ Art. 16 de la loi sur les télécommunications du 30.4.1997 ([RS 784.10](#)) en relation avec l'art. 15, al. 1, let. d, de l'ordonnance sur les télécommunications du 9.3.2007 ([RS 784.101.1](#)).

C'est la raison pour laquelle, selon nous, les dispositions de l'art. 151, al. 1, Cst, sur la réunion des conseils et de l'art. 159, al. 1, Cst. sur la présence des députés doivent aujourd'hui être interprétées de façon à permettre des formes virtuelles de travail parlementaire, pour autant que celles-ci soient globalement *équivalentes* à une réunion physique en un lieu unique, et ce compte tenu des différentes fonctions de l'assemblée.

1.8 Équivalence des délibérations virtuelles

1.8.1 Suivi des débats

Aujourd'hui déjà, les débats peuvent être suivis sur le canal télévisé du Parlement, y compris par le grand public. Les décalages temporels qui s'y produisent pourraient être réduits à un niveau acceptable pour les députés, moyennant des dispositifs techniques adéquats. Comparé aux conditions acoustiques non optimales de la salle du Conseil national et au bruit qui y règne, le suivi à distance pourrait même être plus confortable qu'un suivi en présence.

1.8.2 Dépôt de propositions et autres instruments parlementaires

Le dépôt de documents contenant des propositions relatives à un objet traité, des interventions parlementaires, des initiatives parlementaires et des questions pour l'heure des questions peut être résolu au moyen d'un courriel crypté et signé électroniquement, voire d'une solution de téléchargement, par exemple.

1.8.3 Prise de parole

La prise de parole lors des débats est réalisable au moyen d'une connexion audiovisuelle. Dans le cadre d'une solution mixte, où seule une partie des députés participerait à distance, la question de la retransmission des prises de parole dans la salle du conseil devrait être résolue, ce qui devrait être possible avec une installation audiovisuelle adéquate.

1.8.4 Vote

Le vote des députés peut être résolu au moyen d'un système en ligne doté d'une fonction d'authentification sécurisée. Même des votes secrets sont possibles sans investissement excessif, mais il faudrait accepter que les Services du Parlement, qui exploiteraient le système, auraient techniquement la possibilité de consulter les prises de parole. Les accès abusifs peuvent être empêchés par la mise en place de mesures techniques et organisationnelles appropriées.

1.8.5 Contacts informels

Aujourd'hui déjà, il est possible d'avoir des contacts informels sur toutes sortes de plateformes et services de messagerie privés – son, image ou texte ; en temps réel ou en différé ; dans un cercle restreint ou publiquement. Pour éviter des problèmes en matière de protection des données, de confidentialité et d'égalité des chances, les Services du Parlement pourraient proposer des possibilités de communication dans une salle des pas perdus virtuelle, en recourant aux services des fournisseurs de prestations internes à l'administration fédérale ou d'entreprises privées.

1.8.6 Vérification de l'identité

L'identité des députés peut être vérifiée avec une certaine garantie de fiabilité en recourant aux moyens déjà utilisés pour les contrôles d'accès, à savoir une authentification à facteurs multiples au moyen d'un mot de passe et d'une carte à puce, d'un code à usage unique ou de la composante d'identification d'un téléphone portable. Par ailleurs, une simple transmission

par vidéo, éventuellement accompagnée d'autres mesures, devrait apporter un niveau de confiance assez élevé quant à l'identité de la personne.

1.8.7 Fiabilité des moyens techniques

D'un point de vue juridique, il n'est pas difficile d'exiger la fiabilité des moyens techniques. Ce point pourrait cependant s'avérer le plus complexe sur le plan technique, car l'ensemble du réseau constitué par tous les appareils impliqués ainsi que l'infrastructure réseau doivent fonctionner de manière stable afin d'éviter des pannes. Les pannes peuvent être dues à une gamme de différents facteurs, de la fausse manœuvre de l'utilisateur jusqu'à la panne électrique générale. À cet égard, la communication électronique présente un profil de risque totalement différent d'une réunion en présence, notamment du fait que la panne d'un élément central peut facilement entraîner une défaillance totale de l'ensemble des fonctionnalités.

La fiabilité des moyens techniques devrait donc être l'un des critères prioritaires dans le cadre de l'évaluation d'une solution technique. Des mesures appropriées peuvent contribuer à accroître sensiblement la protection contre les pannes par rapport aux scénarios usuels qui sont utilisés dans le secteur privé. On peut mentionner les aspects suivants :

- la gestion centralisée des terminaux pour en garantir l'interopérabilité et la sécurité ;
- la mise en place délibérée de systèmes redondants, si possible à tous les niveaux techniques (notamment appareils de réserve, double connexion à Internet de tous les appareils, par exemple par le réseau fixe et par le réseau mobile), et constitution de réserves de capacités ;
- l'obligation légale des fournisseurs de services de télécommunication de donner la priorité au flux de données concernés lors de restrictions des capacités¹⁸ ;
- la disponibilité d'informaticiens capables de résoudre les problèmes qui surgissent ;
- la formation des députés et du personnel des Services du Parlement, et service d'assistance ;
- la mise en place de systèmes palliatifs comme le basculement sur le téléphone en cas de défaillance de la transmission audiovisuelle, que ce soit pour un seul député ou pour un plus grand nombre ; les mesures nécessaires devraient être préparées tant sur le plan technique que sur celui de l'organisation et de la réglementation.

1.8.8 Tribune de la politique, vecteur de confiance, fonction identitaire

La situation est moins claire s'agissant du rôle de tribune politique du Parlement, mais aussi de la fonction identitaire et vectrice de confiance que l'on accorde à la représentation démocratique et à la publicité des débats.

Rappelons tout d'abord que le public suit aujourd'hui les débats du Parlement essentiellement sur des canaux électroniques (radio, TV, canal TV du Parlement), mais aussi indirectement par le biais des médias. Suivre les débats sur place depuis la tribune, même si c'est une expérience appréciée et enrichissante, ne reste qu'une possibilité théorique pour la plupart des gens. C'est donc aux fonctions du travail parlementaire dans l'intérêt de l'État et de la société qu'il faut s'intéresser, et non aux diverses formes qui permettent au public de les

¹⁸ Voir l'art. 47 de la loi sur les télécommunications (nbp 17) qui entrera en vigueur le 1.7.2021, mais qui ne devrait pas encore couvrir ce cas de figure, [RO 2020 6159](#).

suivre. Ce que l'on transmet aujourd'hui électroniquement est effectivement une expérience vivante de ce qui se passe dans les salles des conseils, mais cela ne doit pas devenir une tribune nombriliste pour les participants aux débats. Une simple préférence pour la communication au cœur de l'activité du Palais du Parlement, même si elle est très répandue, ne peut être déterminante pour juger de la constitutionnalité d'autres solutions. Il faut mettre au centre de la réflexion les services qui sont fournis dans l'intérêt de l'État et de la société. La majorité des auteurs qui se sont déjà exprimés sur cette question ont fait part de leur scepticisme, si ce n'est de leur opposition¹⁹. L'argument selon lequel la différence entre une conférence physique et une conférence virtuelle n'est pas qu'une question de faisabilité technique, mais influence aussi le déroulement du processus même de discussion, demeure toutefois flou²⁰. En effet, l'en va de même pour toutes les réglementations que le législateur et, en partie, les conseils eux-mêmes peuvent mettre en place pour leur propre travail. Les arguments plus nuancés qui sont couramment opposés à une virtualisation des débats peuvent être regroupés comme suit :

- Premièrement, il convient de mentionner les **inquiétudes courantes concernant la communication sans présence physique** en un lieu commun. On invoque notamment l'absence d'immédiateté dans les échanges humains, qui inspire la confiance et constitue un élément central de la démocratie²¹. On nous dit aussi que l'immédiateté des contacts personnels entre les députés est indispensable pour la formation de l'opinion et la prise de décisions au sein du Parlement, mais que la virtualité ne permet pas, actuellement, de développer une telle immédiateté dans des circonstances aussi favorables²². Les raisons pour lesquelles les contacts informels entre les députés, en particulier, ne pourraient pas se faire virtuellement ne sont pas évidentes, mais on estime tout de même que la Constitution en vigueur ne permet pas des délibérations virtuelles parce qu'il n'y aurait pas l'immédiateté d'une assemblée physique²³.

Sur ce point, nous soutenons une approche un peu plus axée sur le présent et sur le futur que le courant dominant de la doctrine. Comme nous l'avons signalé (ch. 1.7 à la fin) une communication par le biais de moyens électroniques n'est jamais identique à ce qu'elle serait si les participants étaient présents physiquement. Mais toutes les situations de communications se distinguent les unes des autres. Une oratrice au Conseil des États n'est pas dans la même situation qu'au Conseil national, et, en recourant à des clichés, la situation d'une jeune députée de gauche est également différente de celle d'un député bourgeois d'un certain âge. Dans le cadre de l'interprétation et de l'application de la Constitution, il est difficile de dire si ces différences-là comptent moins, autant ou plus que la différence entre un débat en présence, dans la salle du conseil, et une présence virtuelle, quels que soient les détails techniques et procéduraux de la participation qui devront encore être développés. Force est de constater que, de nos jours, la communication à distance est une évidence pour la jeune génération, si ce n'est son mode de communication *de base*. De plus, les séances et assemblées virtuelles sont désormais entrées dans les mœurs, que ce soit dans le monde du travail ou dans la vie associative. On peut donc émettre l'hypothèse que les formes d'expression dans le cyberspace vont se multiplier et se différencier parallèlement aux développements de la technique et de la société. Aujourd'hui déjà, la transmission d'images en mouvement et de sons couvre un large spectre de la communication non verbale, qui vient compléter le discours oral, la

¹⁹ Voir point suivant ; également opposé : Bureau du Conseil national dans sa réponse aux questions 2 et 3 de l'interpellation Fiala [20.3098](#).

²⁰ Caroni/Schmid (nbp 11), p. 720.

²¹ Von Wyss (nbp 11), p. 20.

²² Caroni/Graf (nbp 11), ch. 40.

²³ Uhlmann/Wilhelm, Durchführung von Sessionen (nbp 11), ch. 36 ; les mêmes auteurs, Herausforderungen (note 11), chap. 3.3.1.

mimique et la gestuelle. Les messages vocaux enregistrés, les SMS, les boutons « j'aime », le partage de « posts » et toutes les autres formes d'expression apparentées couvrent encore d'autres besoins de communication situés entre le verbal et le non verbal. Les opinions exprimées collectivement lors de manifestations sont reproduites en tout ou en partie sur les réseaux sociaux par des moyens créatifs. On peut aussi s'attendre à ce que des cercles de la population toujours plus larges, y compris hors de la jeunesse, s'approprient la communication dans le cyberspace, laquelle ne pourra alors plus être qualifiée de secondaire ou de limitée.

Nous fondant sur ces réflexions, nous parvenons à la conclusion que les différences incontestées entre la communication humaine entre des personnes présentes physiquement en un lieu unique et la communication par le biais de moyens électroniques ne posent pas d'obstacles fondamentaux, sur le plan du droit constitutionnel, à une virtualisation des délibérations de l'Assemblée fédérale.

- Deuxième argument avancé par les opposants : des débats virtuels ne permettraient pas de transmettre une **vue d'ensemble du conseil concerné**, au sens d'un « Parlement quasi-panoptique »²⁴. On opposera à cette thèse la créativité des développeurs de solutions techniques. Est-il vraiment inconcevable de créer, à partir des flux vidéo et audio des 46 conseillers aux États et des 200 conseillers nationaux, une vue panoramique de chaque conseil avec son bruit de fond propre, qui donnerait dans le cyberspace une image assez proche de la réalité du fonctionnement de l'assemblée ? L'exclure a priori nous semble être une spéculation insuffisante pour servir de fondement à une interprétation de la Constitution. Sous l'angle constitutionnel, il convient au contraire de définir les exigences qu'une solution future devrait remplir sur les plans de la technique et des processus. À cet égard, il faut que les travaux du Parlement puissent être perçus, soit vus et entendus, comme un tout, en direct, et ce tant par les parlementaires qui participent aux débats que par les représentants des médias, les lobbyistes et les autres personnes intéressées.
- Troisièmement, dans une assemblée virtuelle **la présidence occuperait une place trop importante**, tandis que le reste du Parlement passerait au second plan²⁵. Cette conclusion nous paraît également hâtive²⁶ car on peut pallier ce risque en formulant des critères précis pour la mise en œuvre. La présidence a essentiellement un rôle de modération des débats et il faudra exiger que cela soit représenté et perçu de manière appropriée. Pour donner un exemple simple, la présidence pourrait être visible en permanence dans un angle de l'écran, alors que le reste de la surface serait réservé à d'autres usages, comme le projet discuté, les rapporteurs des commissions et des groupes, une galerie mobile de députés sélectionnés de manière aléatoire, ou une autre visualisation des travaux du conseil.
- Quatrième argument : un direct virtuel ne serait pas compatible avec les **procédures parlementaires actuelles** qui sont, de toute évidence, conçues pour une assemblée siégeant physiquement sur place²⁷. Ceci est correct, tant il est vrai que le recours à des délibérations virtuelles nécessitera des modifications de la loi et des règlements

²⁴ Von Wyss (nbp 11), p. 20.

²⁵ Von Wyss (nbp 11), p. 19-20.

²⁶ D'ailleurs, l'exemple (ibid.) du speaker de la Chambre des Communes, John Bercow, ne saurait convaincre sur ce point : si celui-ci est apparu au premier plan – visuel et phonique – dans certains reportages, cela est dû au montage des signaux audio et vidéo transmis par les différents micros et caméras placés dans la salle, et il n'en irait pas différemment pour une séance virtuelle.

²⁷ Von Wyss (nbp 11), p. 19.

applicables. Mais pour ce qui est de la compatibilité avec la Constitution, cet argument n'apporte aucun élément nouveau par rapport à ceux qui ont déjà été discutés.

Nous en concluons donc qu'il paraît tout à fait réaliste, avec les moyens techniques d'aujourd'hui, d'introduire une virtualisation des travaux parlementaires globalement équivalente aux délibérations sur place²⁸.

1.9 Conclusion intermédiaire

Selon notre interprétation des art. 151, al. 1, et 159, al. 1, Cst., les conseils peuvent se réunir à distance et leurs membres, intervenir aussi à distance (par le biais de moyens de communication électronique), pour autant que la réunion partiellement ou entièrement virtuelle soit globalement équivalente à une réunion classique en un lieu unique, eu égard aux différentes fonctions du Parlement (ch. 1.7). Nous estimons qu'il est réaliste de penser que l'état actuel de la technique permettrait de remplir ce critère. La solution technique concrète devrait être évaluée à l'aune des exigences présentées ci-dessus (ch. 1.8).

Il ne faudrait cependant pas que ces exigences soient appliquées d'une manière exagérément stricte, que ce soit en fixant comme étalon de comparaison une assemblée physique idéalisée et théorique, ou en visant une perfection du détail disproportionnée par rapport à l'imperfection de toute communication et de tout comportement humains²⁹. Il ne faut pas non plus occulter le fait que le recours à des moyens de communication électronique présente certes des inconvénients difficiles à neutraliser par rapport à la communication en présence des intervenants, mais également des avantages indéniables. Nous n'en donnerons que trois exemples :

- on peut en attendre une meilleure qualité de son et, par conséquent, une meilleure compréhension des prises de parole, surtout dans la salle du Conseil national ;
- la suppression de longs voyages pourrait faciliter la conciliation entre la vie professionnelle, la vie familiale et le mandat électif, ce qui n'est pas seulement dans l'intérêt personnel des élus et des élues, mais pourrait aussi contribuer à la bonne représentativité de l'électorat.
- les députés pourraient plus facilement se procurer des renseignements techniques ou scientifiques sans trop se détourner des débats en cours. Il serait par exemple possible d'éteindre son microphone pour mener une discussion parallèle, sans que cela ne dérange son voisin ou qu'il faille quitter la salle.

Des adaptations seraient bien entendu nécessaires dans diverses lois et règlements, mais les travaux législatifs menés dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, en particulier sur les art. 701a à 701f du code des obligations³⁰, pourraient servir de point de départ à la réflexion³¹.

Compte tenu de tout ce qui précède, nous estimons que, dans le cadre constitutionnel actuel, le législateur ne *doit* pas restreindre une législation sur les séances virtuelles des conseils à

²⁸ En conclusion voir également Binder et al. (nbp 13), ch. 44 ; plus réticents Graf/Caroni ch. 40 : « actuellement pas de même qualité » (citation traduite) ; Von Wyss, p. 19. : « Pour le moment, un tel instrument n'existe pas et le travail nécessaire pour transposer la fonction susmentionnée du Parlement dans une salle virtuelle serait énorme ... » (citation traduite) ; Bureau du Conseil national dans la réponse à la question 4 de l'interpellation Fiala [20.3098](#).

²⁹ Uhlmann/Wilhelm, Durchführung von Sessionen, ch. 36 : « Si l'on accepte aujourd'hui que des membres des conseils puissent remplir leur obligation de présence hors de la salle du conseil et puissent être appelés pour voter ..., on peut se demander s'il est permis de poser des exigences exagérément élevées pour les délibérations par conférence téléphonique ou par visioconférence. » (citation traduite)

³⁰ Voir nbp 7.

³¹ Uhlmann/Wilhelm, Durchführung von Sessionen (nbp 11), ch. 35.

une solution d'urgence au sens de la problématique. Dans la suite, nous allons donc examiner s'il *peut* le faire et à quelles conditions.

2 Admissibilité d'une solution d'urgence au sens de la problématique

2.1 Limitation par principe à une situation d'urgence (let. a de la problématique)

2.1.1 Différents cas de figure possibles

On peut imaginer différentes raisons pour lesquelles le législateur ne voudrait autoriser une participation aux délibérations à distance que dans le cadre d'une solution d'urgence :

- cela s'impose si l'on ne suit pas notre interprétation de la Constitution (ch. 1) ;
- tout en suivant notre argumentation, on peut opiner qu'une solution équivalente aux travaux en présence ne peut être réalisée dans le délai à disposition ;
- on peut craindre les coûts d'une solution équivalente aux travaux en présence ;
- enfin, last but not least, on peut tout simplement avoir une préférence pour les travaux en présence et refuser, pour des raisons politiques, d'exploiter entièrement la marge de manœuvre constitutionnelle.

Il s'ensuit que le cadre constitutionnel d'une solution d'urgence est différent, suivant que la solution concrète correspond ou non à ce que la Constitution autorise dans une situation ordinaire. Si tel est le cas, il n'y a en principe aucun problème à ce que cette solution ne soit appliquée que dans les situations d'urgence. En revanche, si la solution choisie n'était pas admissible dans une situation ordinaire, il conviendrait d'examiner de plus près si la Constitution fédérale en vigueur l'autoriserait quand même en tant que solution d'urgence, et si oui, sous quelles conditions.

2.1.2 Dérogation à la Constitution ou concrétisation de dispositions constitutionnelles concurrentes ?

Le législateur peut-il, conformément à la Constitution fédérale en vigueur, prévoir une participation aux travaux du Parlement à distance en tant que solution d'urgence pour les situations d'urgence généralisée, si la solution choisie est anticonstitutionnelle dans une situation ordinaire ? Comme cela a été exposé, plusieurs raisons peuvent nécessiter une solution d'urgence et cette dernière peut revêtir des formes très différentes. C'est la raison pour laquelle les réflexions qui suivent sont formulées de manière plutôt générale et prudente.

Il semble tout d'abord que la doctrine soit unanime sur un point central : dans une situation où des délibérations en présence ne sont pas possibles pour tout ou partie des députés, il est encore préférable d'autoriser une participation à distance que de suspendre complètement les travaux du Parlement ou d'exclure un nombre significatif de députés des délibérations. Selon l'art. 148, al. 1, Cst., l'Assemblée fédérale est l'autorité suprême de la Confédération, sous réserve des droits du peuple et des cantons. Tant du point de vue linguistique que du contenu, il ne peut clairement s'agir que d'une Assemblée fédérale qui débat et décide réellement. Il faut en outre que les règles concernant la composition des chambres posées aux art. 149 et 150 Cst. soient respectées, ce qui ne serait plus le cas dès lors que les représentants de certains groupes de population seraient absents, par exemple si tous les députés d'une région touchée par une catastrophe ou si tous les députés âgés et affaiblis dans leur santé ne pouvaient pas exercer leur fonction³².

³² Voir Uhlmann/Wilhelm, Durchführung von Sessionen (nbp 11), ch. 37 ; les mêmes auteurs, Herausforderungen (note 11), ch. 3.1.1 et 3.3.1.

La situation paraît moins claire et moins unanime s'agissant de la structure juridique qu'il faudrait mettre en place. Plusieurs auteurs évoquent la possibilité de déroger à l'une ou l'autre norme constitutionnelle par le biais d'une loi fédérale déclarée urgente et « dépourvue de base constitutionnelle » (art. 165, al. 3, Cst.)³³. C'est d'ailleurs la voie qui a été choisie par le législateur pour la réglementation actuellement en vigueur pour le Conseil national³⁴. La question de savoir si, et dans quelle mesure, l'art. 165, al. 3, Cst. permet au législateur de déroger aux dispositions constitutionnelles qui visent spécifiquement la composition et le fonctionnement de l'Assemblée fédérale (en particulier les art. 148, al. 1, 149, 150, 151, al. 1, et 159, al. 1 Cst.) n'a cependant pas été clarifiée. Cette disposition ne vise pas en premier lieu ce type de dérogations : elle est prévue pour les situations où la Confédération dépasse certaines de ses compétences constitutionnelles³⁵ et empiète sur celles des cantons. Dans la doctrine, plusieurs auteurs se positionnent pour une extension du champ de ces dérogations³⁶. Hormis les compléments transitoires apportés à la loi sur le Parlement³⁷, il n'y a pas de pratique législative récente en la matière.

Mais indépendamment de ces incertitudes, il convient de se demander s'il est véritablement nécessaire de se fonder sur l'art. 165, al. 3, Cst. Selon nous, il est plus convaincant d'évaluer l'admissibilité des solutions d'urgence à l'aune d'une interprétation et d'une application globale des dispositions constitutionnelles concurrentes, ce que l'on pourrait désigner comme l'établissement d'une « concordance pratique » entre des dispositions concurrentes, par analogie à la dogmatique en matière de conflit de droits fondamentaux³⁸. Nous allons expliciter cette argumentation à l'aide de deux exemples.

- a) Si, contrairement à la position que nous soutenons (ch. 1), l'on est d'avis que la Constitution fédérale n'autorise pas une participation aux travaux du Parlement à distance dans une situation ordinaire, et qu'une situation se présente où il n'est pas possible aux chambres de se réunir physiquement, au complet et dans la composition prévue, les dispositions constitutionnelles sur les travaux parlementaires (en présence), d'une part, et sur le fonctionnement de l'Assemblée fédérale et la composition des conseils, d'autre part, entrent en conflit. Les respecter toutes simultanément est alors impossible. Or, le message de la Constitution ne peut être qu'il faut réaliser l'impossible. Il est donc raisonnable de chercher une solution législative qui tienne compte autant que possible des dispositions constitutionnelles concurrentes dans leur globalité.
- b) Si l'on nous suit dans l'argumentation que la Constitution fédérale autorise une participation aux travaux du Parlement à distance même dans une situation ordinaire, et que la mise en place d'une solution équivalente aux travaux en présence n'est pas réalisable à court terme tandis qu'une situation d'urgence empêche les chambres de se réunir en présence, au complet et dans la composition prévue, alors l'exigence d'une solution équivalente entre en concurrence avec l'attente du constituant voulant que

³³ Uhlmann/Wilhelm, Durchführung von Sessionen (nbp 11), ch. 38 ; les mêmes auteurs, Herausforderungen (note 11), ch. 3.3.1 ; Caroni/Schmid (nbp 11), p. 720.

³⁴ Art. 10a de la loi sur le Parlement du 13.9.2002, [RS 171.10](#) / [RO 2020 5375](#), en vigueur du 11.12.2020 jusqu'au 1.10.2021 au plus tard.

³⁵ Voir art. 3, 42, et 54 à 125, Cst.

³⁶ Au sujet d'une limitation aux atteintes aux compétences des cantons et aux dérogations au principe de la liberté économique qui ne sont pas prévues dans la Constitution : Aubert (nbp 3), art. 165 ch. 7 ; Judith Wyttenbach, Art. 165 ch. 16 et 17, in : Basler BV-Kommentar (nbp 3) ; Pierre Tschannen, Art. 165 ch. 17 et 18, in : Saint-Gall BV-Kommentar (nbp 3) ; Biaggini (nbp 3), Art. 165 ch. 11 ; position plus souple du Conseil fédéral, pour qui les lois en question « peuvent effectivement déroger à certaines normes constitutionnelles (y compris à des droits fondamentaux) » mais « n'en doivent pas moins respecter, dans la mesure du possible, le droit constitutionnel en vigueur » (FF 1997 I 1, 398 s.) ; position intermédiaire chez Markus Schott, Daniela Kühne, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 111/2010, p. 409, 414 ; Ralph Trümpler, Notrecht. Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda, Zurich 2012, ch. 189.

³⁷ Voir nbp 34.

³⁸ Références historiques : Axel Tschentscher, Grundrechtskonflikte, in : Oliver Diggelmann et al., Verfassungsrecht der Schweiz, tome II, Zurich 2020, p. 1345, ch. V.

l'Assemblée fédérale soit capable de délibérer et de décider. Dans ce cas de figure, on peut considérer que certaines concessions sont inévitables sur le plan de l'équivalence, mais sous certaines conditions, et que l'on peut considérer cette solution comme globalement conforme à la Constitution – tant que dure le conflit de normes dû à la situation d'urgence.

Aussi longtemps que la situation d'urgence ou le conflit entre des dispositions constitutionnelles perdure, faire des concessions quant au respect de certaines dispositions constitutionnelles ne doit pas être considéré comme une dérogation à la Constitution ou une norme « dépourvue de base constitutionnelle » au sens de l'art. 165, al. 3, Cst. Soit on a édicté une législation en prévision de futures situations d'urgence dans le cadre d'une procédure ordinaire, soit on crée une réglementation spécifique dans une situation d'urgence, pour le cas présent, au moyen d'une loi fédérale déclarée urgente pourvue d'une base constitutionnelle ; et si cette législation reste en vigueur plus d'un an, elle est soumise au référendum abrogatoire *facultatif* conformément à l'art. 165, al. 2, Cst.

Cette méthode d'harmonisation de l'interprétation de la Constitution présente le grand avantage de préserver la validité et l'autorité de la Constitution même en situation d'urgence. Le législateur et les organes qui appliquent la loi sont donc sommés de justifier toutes les concessions faites lors de la concrétisation des dispositions constitutionnelles et pour chaque jour où la réglementation d'urgence est appliquée, au regard des buts suprêmes de la Constitution. Ainsi, le législateur ne saurait autoriser les chambres, donc essentiellement lui-même, à se prévaloir de ces concessions sans fixer de limite et pour une durée de validité prolongée, voire pour plusieurs années, mais il doit impérativement lier le conflit de normes au sein de la Constitution à la persistance de la situation d'urgence.

Nous n'accordons pas une grande importance au fait que la modification actuellement en vigueur de la loi sur le Parlement, qui a été déclarée urgente³⁹, soit en principe considérée comme anticonstitutionnelle, raison pour laquelle elle n'a pas été fondée sur l'art. 165, al. 2, Cst., mais sur l'al. 3, car elle a été préparée très hâtivement et était guidée par l'idée que, par précaution, il valait mieux opter pour la procédure la plus exigeante⁴⁰ (mais comme sa durée de validité est inférieure à un an et qu'elle n'est, de ce fait, pas du tout soumise au référendum, cela n'a eu aucune conséquence pratique).

2.1.3 Conclusion intermédiaire

Si, prise isolément, une réglementation conçue en tant que solution d'urgence est en concurrence avec une disposition constitutionnelle (voir les cas de figure possibles au ch. 2.1.1), nous pensons que sa constitutionnalité doit être évaluée globalement selon la maxime d'atténuation du dommage constitutionnel. Cela débouche sur des réglementations limitées dans le temps et à raison de la matière, que nous allons examiner ci-après à l'aide des paramètres et variantes exposés dans la problématique. Comme il devrait être possible de trouver des solutions praticables, on peut se passer d'apporter une réponse à la question de savoir si l'art. 165, al. 3, Cst. permettrait au législateur de faire des concessions encore plus étendues.

³⁹ Voir nbp 34 ci-dessus.

⁴⁰ Voir les considérations prudentes de la CIP-N au ch. 6.1 de son rapport du 1.12.2020 ([FF 2020 8963](#), 8971 s.).

2.2 Limitation aux absences dues une situation d'urgence généralisée (let. a de la problématique)

La question qu'il faut analyser ici est de savoir si, dans le cadre d'une réglementation conçue comme une solution d'urgence, l'autorisation de participer aux travaux parlementaires à distance doit être accordée aux seuls députés qui ne peuvent se présenter physiquement en raison d'une situation d'urgence généralisée, ou si elle peut aussi être donnée aux députés empêchés de se présenter pour des motifs liés à leur personne (notamment maladie et accident).

Dans une perspective historique, il est indéniable que l'empêchement d'un député pour des raisons personnelles est un phénomène marginal qui a toujours existé et que cela a toujours conduit à l'impossibilité de participer aux travaux du Parlement. La possibilité de participer aurait été très restreinte ou n'aurait existé qu'en autorisant une représentation par d'autres personnes. Se fondant sur ces éléments de réflexion, la doctrine semble jusqu'ici en conclure que seules les absences dues à la situation d'urgence doivent être prises en considération, indépendamment de savoir si les motifs personnels qui empêchent les députés d'être présents physiquement au Parlement les empêcheraient aussi de participer par le biais de moyens de communication électronique⁴¹.

Selon nous, cette vision des choses est trop étroite. Il n'est pas vrai que la perte temporaire des droits de participation des députés empêchés d'être présents, qui vaut depuis toujours, n'est pas une atteinte à l'égalité de traitement des élus concernés. Il n'est pas vrai non plus qu'il s'agit d'une inégalité de traitement en quelque sorte souhaitable, que l'on peut imputer activement à la différence de fait entre, par exemple, des députés malades et des députés en bonne santé. On a plutôt accepté que la perte temporaire des droits de participation était une conséquence inévitable de la conception que l'on avait d'une assemblée. Le même raisonnement est d'ailleurs valable concernant l'intérêt des électeurs à être représentés selon la conception individualiste suisse de la représentation⁴².

L'intérêt des députés et de leur électorat à l'exercice de leurs droits de participation est exactement le même que pour des députés capables d'intervenir sans restriction. Ce qui a fondamentalement changé, ce sont les possibilités réelles de participer à distance grâce à l'utilisation des moyens de communication électronique, qui permettent un traitement (plus) égalitaire. Et cela reste valable, quel que soit le motif d'empêchement du député. Autrement dit, l'exclusion jusqu'ici incontestée des députés malades ou accidentés, qui seraient toutefois en mesure de prendre part aux délibérations en restant chez eux ou en un autre lieu, s'explique uniquement par le fait qu'une participation était autrefois impossible. La manière de traiter ces députés et leurs électeurs ne doit cependant pas être mesurée à l'aune de ce qu'il était possible ou impossible de faire dans le passé, mais à l'aune de l'état de la technique aujourd'hui.

Nous en concluons donc qu'il est non seulement admissible du point de vue constitutionnel que tout député empêché d'être présent physiquement puisse utiliser les moyens disponibles pour participer au travail parlementaire à distance, mais qu'il faudrait même l'exiger dans l'optique de l'égalité de traitement, et ce quel que soit le motif d'empêchement.

Les restrictions, notamment celles qui visent les seuls députés qui sont empêchés en raison d'une situation d'urgence généralisée, ne sont à notre avis admissibles que dans le cadre d'une pesée d'intérêts dans un conflit de normes constitutionnelles, visant à limiter

⁴¹ Caroni/Graf (nbp 4), ch. 34.

⁴² Wyss (nbp 11), ch. 1, p. 18 ; Caroni/Graf (nbp 4), ch. 46.

strictement le champ d'application aux actes nécessaires pour gérer la situation d'urgence généralisée. En ce sens, on pourrait éventuellement accepter les restrictions adoptées pour la solution limitée dans le temps qui est actuellement en vigueur pour le Conseil national⁴³, puisque cette solution n'est de loin pas équivalente à une participation en présence et qu'il paraît dès lors défendable de restreindre son champ d'application au minimum absolu. Cette argumentation ne saurait toutefois convaincre, du fait que la limitation des droits au seul droit de vote est en soi problématique (ch. 2.4 ci-dessous).

2.3 Solution mixte (let. b de la problématique)

2.3.1 Considérations sur le principe d'une solution mixte

Indépendamment de l'admissibilité d'une virtualisation du travail parlementaire, un Parlement dans lequel les députés délibèrent pour une partie sur place et en présence, et pour une autre partie à distance, pose problème dans l'optique de l'égalité de traitement et des dispositions constitutionnelles sur l'Assemblée fédérale. Nous avons modéré l'importance de l'argument selon lequel la communication en présence et la communication à distance n'étaient pas comparables au regard de l'*équivalence* des assemblées virtuelles, mais nous nous devons de souligner ces différences eu égard à une solution mixte. Les différences incontestables que l'on peut constater pourraient rapidement entraîner la formation d'une sorte de société à deux vitesses, que ce soit au détriment de l'un ou l'autre groupe, voire sous la forme d'univers parallèles.

Le risque est qu'un groupe soit désavantagé par suite d'une inégalité de traitement. On peut par exemple imaginer que ceux qui participent à distance seront exclus de fait des discussions informelles, ou au contraire que ceux qui débattent en présence rateront des discussions informelles parce que la salle du conseil n'offre pas des bonnes conditions pour la communication électronique. Et l'on parle ici de l'égalité de traitement à l'égard des députés, mais aussi de leur électorat.

Il faut en tout cas se montrer critique envers toute solution qui pourrait donner l'impression de créer des univers parallèles. La Constitution fédérale prévoit une seule Assemblée fédérale qui se compose de deux chambres. C'est cette exigence que doit remplir une solution permettant les délibérations à distance.

En conclusion, tous ces éléments nous portent à penser qu'il faut si possible éviter d'envisager une solution mixte. On pourrait éventuellement la tolérer si la participation à distance restait un phénomène marginal. Dans ce cas de figure, la pénalisation éventuelle de quelques personnes peut être acceptée, dans la mesure où cela leur offre une possibilité de participer, certes imparfaite, qui leur serait sinon complètement niée. Mais si la participation à distance atteint des chiffres plus significatifs, alors il conviendrait de passer à une virtualisation complète des délibérations afin de garantir l'égalité de traitement et l'unité de l'Assemblée fédérale, l'aspect décisif n'étant pas la distance effective entre les participants, mais le fait que tous les députés participent par le biais de moyens de communication électronique.

⁴³ Art. 10a, al. 1, LParl : « Jusqu'à la fin de la session d'automne 2021, tout membre du Conseil national peut voter à distance s'il a dû se mettre en isolement ou en quarantaine conformément aux instructions d'une autorité en raison du COVID-19. »

2.3.2 Quorum de participants physiquement présents

En supposant qu'une solution mixte soit admissible, quelle qu'en soit la forme, il convient encore de déterminer si une majorité de députés de chaque conseil (101 conseillers nationaux, 24 conseillers aux États) doit toujours être présente physiquement sur place.

Nous n'analysons pas les art. 151 et 159 Cst. de manière isolée mais considérons, comme nous l'avons expliqué précédemment (ch. 1), que les conseils sont virtuellement réunis et que leurs membres sont aussi virtuellement présents si la participation est globalement équivalente à celle de députés présents physiquement. Dans cette optique, les députés qui participent aux débats à distance doivent aussi être pris en compte dans le calcul du quorum et il n'est donc pas nécessaire d'atteindre le quorum uniquement avec les députés présents sur place.

Si, pour les raisons invoquées précédemment, l'on n'admet toutefois la participation à distance que comme une solution intermédiaire pour résoudre un conflit de normes constitutionnelles (ch. 2.1), il est plus difficile de porter un jugement global. Dans le cadre d'une réglementation telle que la solution temporaire en vigueur aujourd'hui, qui est loin de garantir l'équivalence de la participation à distance, il convient en particulier de réduire les frictions internes entre les normes constitutionnelles en exigeant la présence physique de la majorité des membres de chaque conseil. Cela offre la garantie qu'une majorité des députés participe réellement aux délibérations de plein droit, d'autant que le quorum ne s'applique pas qu'aux décisions mais également aux délibérations⁴⁴. Mais si la participation à distance est équivalente à une participation sur place, il faut déterminer le quorum sur la base de tous les députés participant aux délibérations, et pas uniquement en comptant ceux qui sont présents sur place.

2.4 Tous les droits ou seulement le droit de vote (let. c de la problématique)

La restriction des droits des députés qui participent aux travaux parlementaires à distance à leur seul droit de vote est une limitation sensible qui peut tout au plus être envisagée si nécessaire pour éviter un dommage plus important. C'est d'autant plus vrai que, de nos jours, l'octroi des autres droits formels (prise de parole, dépôt de propositions, d'interventions parlementaires, etc. ; ch. 1.8) ne constitue pas un obstacle technique insurmontable.

S'agissant de la solution d'urgence actuellement en vigueur au Conseil national⁴⁵, certains auteurs défendent la conception selon laquelle la justification de la limitation au seul droit de vote est que celle-ci permettrait d'atténuer une inégalité de traitement anticonstitutionnelle encore plus grave, même si elle est elle-même anticonstitutionnelle et entraîne une inégalité de traitement, quoique moins étendue.⁴⁶ Cette réflexion repose sur l'hypothèse que la limitation au seul droit de vote est aujourd'hui impérativement nécessaire pour permettre l'exercice même du droit de vote. Nous estimons que cette hypothèse est erronée. Il faut admettre que la qualité audiovisuelle de la retransmission des prises de parole à distance ne peut répondre aux standards attendus sans que l'on installe préalablement des dispositifs techniques adéquats, notamment dans les salles des conseils. Nous ne concevons cependant pas qu'après quelques semaines, au plus, il ne soit pas au moins possible d'utiliser à cette fin le système de sonorisation existant avec des moyens supplémentaires provisoires. Et nous comprenons encore moins pourquoi il ne serait pas possible de distribuer en temps utile des certificats de signature et de cryptage qui permettraient aux députés de

⁴⁴ Art. 159, al. 1 Cst : « Les conseils ne peuvent délibérer valablement que ... » ; voir également Wyss (nbp 3), art. 159 ch. 3.

⁴⁵ Art. 10a de la loi sur le Parlement (nbp 34).

⁴⁶ Caroni/Graf ch. 6.2, en particulier ch. 31.

déposer des propositions et autres par courrier électronique avec une garantie d'intégrité et d'authenticité des documents et un niveau de sécurité de la transmission adéquat. S'il s'agit seulement de s'assurer qu'un courriel est bien arrivé à son destinataire, il est toujours possible de lui passer un coup de fil, ou de lui demander de confirmer manuellement la bonne réception du message au moyen d'un courriel lui aussi signé électroniquement.

En conclusion, nous n'excluons pas d'une manière générale la limitation des droits des participants à distance dans le cadre d'une solution d'urgence, mais nous considérons qu'une restriction aussi forte que celle qui est actuellement en vigueur au Conseil national, avec une limitation au seul droit de vote, est inutilement stricte et, de ce fait, anticonstitutionnelle dès lors qu'elle perdure plus longtemps que les quelques semaines d'une situation de crise aiguë.

2.5 Limitation aux objets urgents (let. d de la problématique)

Même si l'on considère que la virtualisation des travaux parlementaires ordinaires n'est pas admissible et que l'on conclut seulement à l'admissibilité d'une solution d'urgence en pondérant des normes constitutionnelles concurrentes, la Constitution n'exige pas que l'application de cette solution soit limitée aux seuls objets urgents, car elle se fonde sur le principe que le Parlement est globalement capable d'agir. Mais plus la durée de validité de la solution d'urgence est brève, et plus sa mise en pratique est provisoire et déficiente, plus une restriction de cet ordre peut se justifier. À court terme, cela ne pose de toute manière aucun problème, car la planification des séances et la fixation de l'ordre du jour sont du ressort de l'Assemblée fédérale elle-même. Mais plus cela dure, plus la pression constitutionnelle augmente pour traiter également les objets ordinaires afin que l'Assemblée fédérale puisse assumer le rôle que lui confère la Constitution.

Dans le cadre d'une réglementation édictée à titre préventif en vue de futures situations d'urgence, il serait en outre difficile d'apprécier par avance la portée d'une limitation aux objets urgents. Parallèlement, cela fait augmenter la pression pour que l'on prenne au moins des dispositions minimales pour offrir des modalités de participation à distance aussi complètes que possible. Pour ces raisons, une limitation aux objets urgents dans le cadre d'un dispositif législatif édicté à titre préventif ne saurait se justifier. La possibilité de fixer des priorités dans le cadre de la planification du traitement des objets est suffisante à cet égard.

3 Digression : exigences particulières pour les commissions et les délégations

La plupart des arguments exposés aux ch. 1 et 2 au sujet des délibérations en plénière peuvent être transposés aux travaux des commissions et des délégations, étant entendu que les éléments relatifs à la publicité des débats et à la fonction identitaire du Parlement (chap. 1.8.8) ne s'appliquent pas. En revanche, des exigences très élevées en matière de confidentialité peuvent s'imposer sur les plans technique et organisationnel. Les débats au sein de ces organes peuvent nécessiter des mesures de protection accrues qui peuvent aller jusqu'à l'exigence d'une présence physique des participants (p. ex. Délégation des finances, Délégation des Commission de gestion).

4 Digression : réglementation explicite dans la Constitution

Le présent avis montre que les questions autour de la constitutionnalité des délibérations de l'Assemblée fédérale à distance soulèvent diverses incertitudes, qui pourraient sans doute déboucher sur une clarification par le biais d'une révision constitutionnelle. Comme nous

l'avons exposé, cela ne nous paraît cependant pas nécessaire. Toutefois, si le constituant veut une clarté absolue, il pourrait mandater le législateur de veiller à ce que la capacité de l'Assemblée fédérale à délibérer et à prendre des décisions soit également garantie, dans la mesure du possible, dans les situations d'urgence. Il pourrait aussi autoriser explicitement les délibérations à distances pour les travaux parlementaires ordinaires et clarifier les exigences y relatives.

Avec nos meilleures salutations.

Office fédéral de la justice OFJ

Susanne Kuster
Directrice suppléante

Responsable : Christoph Bloch

Copies :

- par courriel au secteur Transformation numérique et gouvernance de l'informatique de la Chancellerie fédérale (Patrick.Thoenen@bk.admin.ch)
- interne : SAM, WYS, CHB, COS, SMA