



SGP / SSP / SSP

Parlament Parlement Parlamento

Mitteilungsblatt der Schweizerischen
Gesellschaft für Parlamentsfragen

Bulletin d'information de la Société suisse
pour les questions parlementaires

Bollettino d'informazione della Società
svizzera per le questioni parlamentari

April 2021
Nr. 1, 24. Jahrgang

Avril 2021
No. 1, 24^e année

Aprile 2021
No. 1, 24^o anno

Schwerpunkt – Le thème – Il tema

**Physische oder virtuelle Präsenz
von Mitgliedern von Parlamenten?**

**Participation physique ou virtuelle
aux séances du Parlement ?**

Beitrag – Contribution

**Einheit der Materie auch für die
Bundesgesetzgebung?**

Mitteilungen – Nouvelles – Notizie

**Universität Lausanne /
Université de Lausanne**

Kanton Schwyz

Editorial

Parlament im «Test-Modus» **1**

Schwerpunkt – Le thème – Il tema

Physische oder virtuelle Präsenz
von Mitgliedern von Parlamenten?
Participation physique ou virtuelle
aux séances du Parlement ?

Abstimmen von zu Hause statt im Bundes-
haus: Das dringliche Bundesgesetz
ohne Verfassungsgrundlage
zur Änderung des Parlamentsgesetzes
vom 10. Dezember 2020
Andrea Caroni/Martin Graf **3**

La participation à distance aux débats
et aux votes d'un parlement cantonal,
spécialement dans le canton de Fribourg
Vincent Martenet **14**

Le vote à distance dans un parlement
comptant des députés suppléants : reculer
pour mieux sauter?
Laurent Koelliker **28**

Vote et participation à distance au
parlement fribourgeois : la démocratie en
temps de pandémie
Kirthana Wickramasingam **32**

Virtuelles Parlament: Wie Covid-19
den Technologie-Einsatz in der Schweiz
und weltweit vorantreibt
Katrin Suter/Gilles Gandini **38**

Parlement virtuel : Comment le Covid-19
stimule l'utilisation de la technologie
au sein du Parlement
Katrin Suter/Gilles Gandini **46**

Schlusspunkt: Nicht ganz so einfach, wie es
auf den ersten Blick erscheint
Ruedi Lustenberger **54**

Beitrag – Contribution

Gilt die Einheit der Materie auch für
die Bundesgesetzgebung?
Andrea Caroni **56**

Mitteilungen – Nouvelles – Notizie

Les parlements cantonaux suisses
et leurs obligations internationales **63**

Die Kantonsparlamente und ihre
internationalen Verpflichtungen **66**

Berufs- und Mittelschüler für kantonale
Politik begeistern? Der «Schwyzer Dialog»
macht Kantonspolitik hautnah erlebbar **69**

Preisausschreiben der SGP / Prix de
la Société suisse pour les questions
parlementaires **74**

Korrespondenten – Correspondents –
Corrispondenti – Vorstand SGP **76**



Parlament im «Test-Modus»

Seit einem Jahr hält das Covid-19-Virus die Welt in Atem und verbreitet Angst und vor allem Unsicherheit. Seit Beginn weiss niemand wirklich, wie sich die Situation weiterentwickelt, wie das Leben in den nächsten Wochen und Monaten aussieht. Diese Ungewissheit macht auch vor der Politik nicht Halt. Bundesrat und Kantonsregierungen sind gefordert wie noch selten, der Bundesrat als Taktgeber, die Kantonsregierungen sowohl im Vollzug als auch im eigenen Kompetenzbereich. Als eine der grössten Herausforderungen erweist sich während dieser Pandemie die Kommunikation, und dies trotz oder gerade wegen den vielfältigen Möglichkeiten zur raschen Information auch auf elektronischem Weg.

Und die eidgenössischen Räte? Nachdem die beiden Ratsbüros am 15. März 2020 den Abbruch der Frühjahrssession beschlossen hatten, begaben sich die Parlamentarier in einen Lockdown. Doch rasch suchten und fanden National- und Ständerat wieder die der Bundesversammlung zukommende Rolle als oberste Gewalt im Bund. Schon während des Stillstands der parlamentarischen Arbeiten begannen die Diskussionen darüber, ob es nötig ist, dass das Parlament physisch zusammentritt. Schliesslich bewiesen doch viele Unternehmen und Organisationen, dass sich Diskussionen auch in Video-Konferenzen führen lassen. Warum nicht auch in parlamentarischen Kommissionen oder sogar im Parlament selber? Jene Kommissionsmitglieder, welche bei entsprechenden Versuchen mitwirkten, machten übereinstimmend die gleiche Erfahrung: Präsentationen lassen sich gut online machen, auch Fragerunden sind kein Problem. Doch bei der Arbeit an einer Vorlage wird klar, dass die Fernkommunikation Grenzen hat. Das ist wenig überraschend. Denn die parlamentarische Arbeit besteht eben nicht nur aus Zuhören und Abstimmen, sondern

in erster Linie aus der Debatte. Man meint, dies müsste auch «online» möglich sein. Doch die Erfahrung zeigt, dass die nonverbale Kommunikation und der Austausch vor einer Sitzung oder in



Sitzungspausen viel zur Entscheidungsfindung beitragen, sehr viel sogar. Den Plexiglas-«Kabinen» und Schutzmasken zum Trotz: In den parlamentarischen Kommissionen war eine Abkehr von Präsenzsitzungen nie ernsthaft ein Thema – zum Wohl der politischen Auseinandersetzung und Konsensfindung.

«Testen» ist seit Monaten in aller Munde und hat – im übertragenen Sinn – inzwischen auch die Politik erreicht, ja schon fast infiziert. Unter Berufung auf die aussergewöhnlichen Umstände wird mancher Grundsatz über Bord geworfen. Ideen, die zu «normalen» Zeiten chancenlos waren, finden plötzlich Mehrheiten. Ein Schelm, wer Böses dabei denkt. Persönlich wage ich aber die Prognose, dass nach dem Ende der Pandemie die Versuche starten werden, gewisse «Not»-Beschlüsse in das ordentliche Recht zu überführen. Dabei denke ich auch an eine Vorlage mit dem sperrigen Titel «*Nationalratsmitglieder, die wegen der Covid-19-Krise verhindert sind. Teilnahme an Abstimmungen in Abwesenheit*», welche die parlamentarische Beratung in einer Hauruckübung durchlief. Der Entwurf der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. Dezember 2020 wurde nur 9 Tage später von den eidgenössischen Räten verabschiedet. Mangels Verfassungsgrundlage geschah dies in Form eines befristeten, dringlichen Bundesgesetzes gemäss Artikel 165 Absatz 3 der Bundesverfassung (BV). Der In-

halt lässt sich knapp zusammenfassen: Mitglieder des Nationalrates, die sich wegen Covid-19 in Isolation oder Quarantäne begeben müssen, können ihre Stimme in Abwesenheit abgeben. Anwendungsfälle gab es bisher kaum. In der Wintersession betraf es zwei Ratsmitglieder, bis Mitte Frühjahrs-session noch niemand.

Sind die technischen Voraussetzungen gegeben und kommt es zu keinen Pannen, kann man selbstverständlich auch aus der Ferne einer Debatte folgen und sich an Abstimmungen beteiligen. Doch was in Zeiten einer Pandemie vielleicht logisch erscheint, ist aus verfassungsrechtlicher und staatspolitischer Sicht kritisch zu hinterfragen. Gemäss Artikel 159 Absatz 1 BV können die eidgenössischen Räte nur gültig verhandeln, «wenn die Mehrheit ihrer Mitglieder anwesend ist». Unter «Anwesenheit» ist physische Präsenz zu verstehen. Denn an ein elektronisches Zuschalten hat der Verfassungsgeber sicher nicht gedacht. Das in der Verfassung festgeschriebene Quorum ist im Nationalrat erfüllt, wenn 101 Ratsmitglieder anwesend sind; im Ständerat müssen mindestens 24 Ratsmitglieder im Saal sein. Eine einigermaßen vollständige Anwesenheit gibt es im Nationalrat nur am letzten Sessionstag, wenn die Schlussabstimmungen über die während der Session zu Ende beratenen Vorlagen stattfinden. Ansonsten gibt es regelmässig Absenzen, kürzere wegen anderen Verpflichtungen, längere v.a. wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaft. Was ausserhalb einer Pandemie nichts Aussergewöhnliches ist, wurde nun als Problem gesehen. Begründet wurde dies damit, dass bei einer markanten Zunahme der an Covid-19 erkrankten Personen die Abstimmungsergebnisse nicht mehr den parteipolitisch ermittelten Mehrheitsverhältnissen entsprechen. Der Gedanke, dass eine abwesende Person auch anders abstimmen könnte, als es die Fraktionsmeinung gebietet, lag der Mehrheit des Nationalrates offenkundig fern. Dies veranlasst mich zu einer zugegebenermassen provoka-

tiven Aussage: Eigentlich würde es genügen, wenn sich pro Fraktion nur eine Person an Abstimmungen beteiligen würde, mit einer Stimme pro Fraktionsmitglied. Das wäre dann die offenbar angestrebte parteipolitische Repräsentativität.

Die nationalrätliche Kommission wollte im ersten Anlauf das Abstimmen aus der Ferne auch in der Kleinen Kammer einführen. Doch die Staatspolitische Kommission des Ständerates lehnte das Ansinnen knapp ab. Das Schaffen einer Sonderlösung für Covid-19-Fälle ist mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar. Vor allem aber: Die Beschränkung der parlamentarischen Mitwirkung auf die Teilnahme an Abstimmungen ist staatspolitisch fragwürdig. Parlamentarismus besteht nicht nur aus Abstimmen, im Gegenteil. Dies gilt für den Ständerat mit seiner ausgeprägten Diskussionskultur im besonderen Mass. Jedes Ratsmitglied hat bei jedem Geschäft die Möglichkeit, Anträge zum Inhalt oder zum Verfahren zu stellen und in einem Votum die eigene Meinung darzulegen. Es gehört sich daher, während den Debatten im Ratssaal zu sein und sich vor der abschliessenden Meinungsbildung die Argumente anzuhören. Ohne Dialog mit anderen Ratsmitgliedern funktioniert die Parlamentsarbeit im Ständerat nicht. Dies sollte im Nationalrat nicht anders sein. Die oft halbleeren Bankreihen lassen jedenfalls vermuten, dass Gespräche unter Ratsmitgliedern auch in der Grossen Kammer unverzichtbar sind. Kann ein Ratsmitglied nur abstimmen, aber kein Votum abgeben, keine Frage stellen, keine Anträge und Vorstösse einreichen und nicht an Wahlen teilnehmen, wird eine Kategorie von Ratsmitgliedern mit weniger Rechten geschaffen. Dass der Ständerat dem Wunsch des Nationalrates, wenigstens für sich Fernabstimmungen zu ermöglichen, trotz dieser staatspolitischen Bedenken doch noch stattgab, war primär institutionellem Respekt geschuldet.

Daniel Fässler
Dr. iur., Ständerat
des Kantons Appenzell Innerrhoden



Abstimmen von zu Hause statt im Bundeshaus

Das dringliche Bundesgesetz ohne Verfassungsgrundlage zur Änderung des Parlamentsgesetzes vom 10. Dezember 2020¹

Andrea Caroni, Ständerat²/Martin Graf³

1. Einleitung

In der dritten Woche der Wintersession 2020 haben erstmals in der Geschichte des Bundesparlaments Ratsmitglieder an Abstimmungen teilgenommen, die im Saal nicht anwesend sein konnten, weil sie durch Anordnung einer exekutiven Behörde an der Sitzungsteilnahme verhindert waren. Dieser Vorgang wirft *grundlegende Fragen nach der Rolle und Stellung des Parlaments und seiner einzelnen Mitglieder* auf. Wie ist die Verhinderung einer Sitzungsteilnahme durch eine exekutive Behörde zu beurteilen? Ist es vertretbar, verschiedene Kategorien von Ratsmitgliedern mit unterschiedlichen Beteiligungsmöglichkeiten zu schaffen? Welche Bedeutung haben die physische Präsenz der Ratsmitglieder und der unmittelbare persönliche Kontakt zwischen den Ratsmitgliedern für die Meinungsbildung und Entscheidungsfindung im Parlament? Ist die jetzt realisierte Lösung bloss ein Notbehelf in einer ausserordentlichen Situation oder vielleicht ein erster Schritt zu einem «virtuellen Parlament»?

2. Vorgeschichte

«Das Parlament als Forum der Gesellschaft oder als Bühne der Politik stellt die Vielfalt der Meinungen in einer Einheit dar und steht damit symbolisch für das, was wir hierzulande auch gerne als «Willensnation» bezeichnen».⁴ Bis 2020 war völlig selbstverständlich,⁵ dass unter «Forum» bzw. «Bühne» der reale Raum eines Ratssaales zu verstehen ist: Hier versammeln sich die gewählten Volksvertreterinnen und -vertreter; der Ratssaal ist tatsächlich und symbolisch der zentrale Ort der demokratischen Meinungs- und Willensbildung. Diese Selbstverständlichkeit wurde im Jahre 2020 abrupt in Frage gestellt, einerseits durch den COVID-19-Virus, andererseits durch die Entwicklung der Kommunikationstechnologie: Wenn überall im Lande Videokonferenzen stattfinden, um durch physische Trennung von Sitzungsteilnehmenden die Ansteckungsgefahr zu bannen, warum sollen nicht auch Parlamente virtuell tagen können?

Bereits am 11. März 2020 reichte Nationalrätin Fiala eine Interpellation ein, mit welcher sie das Büro des Nationalrates u.a. fragte, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein virtuelles Parlament möglich

¹ Dieser Beitrag ist die gekürzte und modifizierte Fassung des Aufsatzes «Wahrung der Sessionsteilnahmegarantie in einer Pandemie», der im «Jusletter» vom 15. Februar 2021 erschien.

² Andrea Caroni, RA Dr. iur., MPA (Harvard), ist Präsident der Staatspolitischen Kommission des Ständerates und Berichterstatter im Ständerat für dieses Geschäft.

³ Martin Graf war von 1991–2018 Sekretär der Staatspolitischen Kommissionen (SPK), 1996–1999 Sekretär der Verfassungskommissionen der Eidg. Räte.

⁴ MORITZ VON WYSS, Wie virtuell kann ein Parlament sein? in: Parlament/Parlement/Parlamento 2020, H. 2, S. 16 (<http://sgp-ssp.net/#mitteilungsblatt>).

⁵ Die Verfassungskommentare gehen von dieser Selbstverständlichkeit aus, indem sie das «Sich-Versammeln» der Räte (Art. 151 Abs. 1 BV) nicht weiter erläutern (GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, S. 1184; CHRISTOPH LANZ, Art. 151, in: Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014; S. 2610). Vgl. auch ANDREA CARONI / STEFAN G. SCHMID, Notstand im Bundeshaus, AJP 6/2020, S. 719 f.

wäre.⁶ Das nationalrätliche Büro antwortete am 1. Mai 2020, dass Videokonferenzen der Kommissionen zwar möglich seien und bereits durchgeführt wurden. «Für das Ratsplenum ist die physische Anwesenheit jedoch unabdingbar und auf Verfassungsstufe geregelt: «Die Räte können gültig verhandeln, wenn die Mehrheit ihrer Mitglieder anwesend ist» (Art. 159 Abs. 1 BV). Eine Abkehr von der physischen Präsenz bedarf deshalb einer Änderung der Bundesverfassung».

Zwischen Mai und Juni wurden im Parlament drei parlamentarische Initiativen und Vorstösse eingereicht, die ein virtuelles Parlament bzw. eine Stimmabgabe in Abwesenheit forderten. Parallel dazu waren die Staatspolitischen Kommissionen (SPK) beider Räte seit Ende Mai mit zwei parlamentarischen Initiativen befasst, welche eine breite Überprüfung der Kriseninstrumente von Bundesversammlung⁷ und Bundesrat verlangten.

3. Ablauf der dringlichen Änderung vom 10. Dezember 2020 des Parlamentsgesetzes (ParlG)

Derweil die beiden SPK im Herbst 2020 zu den zuletzt erwähnten beiden parlamentarischen Initiativen Anhörungen durchführten, reifte in der SPK-NR das Anliegen, ein Element daraus bereits für die laufende Pandemie umzusetzen. Mit ihrer am 22. Oktober 2020 mit 12 zu 7 Stimmen beschlossenen Initiative wollte die SPK-NR die Voraussetzungen schaffen, «dass Par-

lamentarierinnen und Parlamentarier, welche aufgrund einer Quarantäne- oder Isolations-Anordnung nicht physisch an der Plenarsession ihres Rates teilnehmen können, eine Möglichkeit erhalten, ihre Stimme in Kenntnis der Debatte abzugeben.»⁸ Am 9. November 2020 lehnte die SPK-SR diese Initiative mit 7 zu 6 Stimmen hauchdünn ab: «Die Kommissionmehrheit hatte grundsätzliche staatspolitische Bedenken. Zum parlamentarischen Prozess gehört nicht nur das Abstimmen, sondern auch die vorangehende Debatte und der Austausch zwischen den Ratsmitgliedern, was eine physische Präsenz erfordert.»⁹

Die SPK-NR reagierte am 20. November 2020 mit einer zweiten Initiative, welche eine analoge Lösung nur für die Mitglieder des Nationalrates forderte.¹⁰ Nachdem die SPK-SR am 30. November 2020 mit 8 zu 4 Stimmen zugestimmt hatte, unterbreitete die SPK-NR bereits am 1. Dezember 2020 mit 18 zu 7 Stimmen ihren Bericht und Entwurf für ein dringliches Bundesgesetz¹¹. Der Nationalrat stimmte am 7. Dezember 2020 dem Entwurf ohne Änderungen in der Gesamtabstimmung mit 123 zu 62 Stimmen bei 7 Enthaltungen zu. Der Ständerat folgte diesem Beschluss am 7. Dezember 2020 mit 27 zu 13 Stimmen bei 4 Enthaltungen. Nachdem beide Räte auch der Dringlichkeitsklausel zugestimmt hatten,¹² wurde das Gesetz am 10. Dezember 2020 in den Schlussabstimmungen angenommen (Na-

⁶ 20.3098 Ip. Fiala. E-Parlament als eine mögliche Antwort auf Notsituationen wie infolge des Coronavirus. – Quelle für alle in diesem Aufsatz angeführten parlamentarischen Geschäfte mit Geschäftsnummern ist die Geschäftsdatenbank Curivista der Parlamentsdienste <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista> (zuletzt aufgerufen am 28. Januar 2021; gilt auch für alle weiteren Internetquellen in diesem Aufsatz).

⁷ 20.437. Pa.Iv. SPK-NR. Handlungsfähigkeit des Parlaments in Krisensituationen verbessern.

⁸ 20.475. Pa.Iv. SPK-NR. Virtuelle Teilnahme an Abstimmungen von aufgrund von Covid-19 abwesenden Ratsmitgliedern.

⁹ Medienmitteilung vom 10. November 2020 (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-sp-k-s-2020-11-10.aspx>).

¹⁰ 20.483. Pa.Iv. SPK-NR. Nationalratsmitglieder, die wegen der Covid-19-Krise verhindert sind. Teilnahme an Abstimmungen in Abwesenheit.

¹¹ BBl 2020 9271. Für den Ablauf der Behandlung der Vorlage siehe Geschäftsdatenbank Curivista, vgl. Fn. 4.

¹² Das dafür notwendige qualifizierte Mehr wurde erreicht mit 130 zu 35 Stimmen (4 Enthaltungen) im Nationalrat und mit 29 zu 11 Stimmen (3 Enthaltungen) im Ständerat (AB 2020 N 2409 und AB 2020 S 1300).

tionalrat: 125 zu 65 Stimmen, 4 Enthaltungen; Ständerat: 25 zu 7 Stimmen, 5 Enthaltungen) und auf den 11. Dezember 2020 in Kraft gesetzt.¹³ Seine Geltungsdauer ist bis längstens zum 1. Oktober 2021 befristet und es kann von der Koordinationskonferenz vorzeitig ausser Kraft gesetzt werden.

4. Erläuterung des Gesetzestexts

4.1. Teilnahme an Abstimmungen im Nationalrat in Abwesenheit wegen Covid-19 (Art. 10a)

Die neuen Art. 10a und 10b ParlG wurden im Gesetz unter dem 2. Titel «Mitglieder der Bundesversammlung», 1. Kapitel «Rechte und Pflichten» eingeordnet, als abweichende Ausnahmeregelung zu Art. 10 («Pflicht zur Sitzungsteilnahme»). Voraussetzung für eine Stimmabgabe in Abwesenheit ist gemäss Art. 10a Abs. 1, dass ein Mitglied des Nationalrates «sich aufgrund behördlicher Weisungen wegen Covid-19 in Isolation oder Quarantäne begeben» muss. Als «behördliche Weisung» gelten gemäss Bericht der SPK-NR «die Kriterien des BAG. Aktuell gilt: Eine Quarantäne kann behördlich nur dann angeordnet werden, wenn sich eine Person ohne Schutz (Hygienemaske oder Plexiglasvorrichtung) in weniger als 1,5 Meter Distanz zu einer infizierten Person aufgehalten hat.»¹⁴ Diese Formulierung lässt darauf schliessen, dass eine behördliche Anordnung (Verfügung des Kantonsarztes) im Einzelfall vorliegen muss. Im Widerspruch dazu geht aus den Debatten in den Räten allerdings hervor, dass ein Ratsmitglied sich auch von sich aus in Quarantäne begeben kann, falls aus seiner Sicht die Voraussetzungen dafür erfüllt sind (Voten Cottier, Rutz, Streiff-Feller im Nationalrat; Caroni im Ständerat). Ein Antrag des Büros des Nationalrates, welcher eine Belegpflicht

im Gesetz verankern wollte, wurde von der SPK-NR nicht aufgenommen; ein analoger Antrag fand auch in der SPK-SR keine Mehrheit. Begründet wurde dies damit, dass die Praxis der Kantone uneinheitlich sei und eine formelle Verfügung gar nicht oder nur mit Verspätung ausgesprochen werde. Ein Missbrauch durch Ratsmitglieder, die nicht von Covid-19 betroffen sind und aus anderen Gründen von zu Hause abstimmen möchten, sei nicht zu befürchten: Die Stimmabgabe in Abwesenheit werde ja öffentlich bekannt gemacht und ein Missbrauch würde damit nicht nur offensichtlich, sondern hätte auch direkte Konsequenzen für das Ratsmitglied in Form einer Quarantäne.¹⁵

Das Recht zur Mitwirkung in Abwesenheit beschränkt sich ausschliesslich auf die Abstimmungen im Nationalrat. Es gilt nicht für Abstimmungen in Kommissionen oder in der Vereinigten Bundesversammlung. Eine Stimmabgabe für Wahlen im Nationalrat oder in der Vereinigten Bundesversammlung ist nicht möglich, da diese geheim erfolgt (Art. 130 Abs. 1 ParlG) und das Stimmgeheimnis bei elektronischer Stimmabgabe nicht gewahrt werden könnte.

Die Stimmabgabe muss gleichzeitig mit der Abstimmung im Ratssaal erfolgen und wird mit dem dort verwendeten elektronischen Abstimmungssystem erfasst und veröffentlicht. Eine Wiederholung der Abstimmung wegen allfälliger technischer Probleme bei der Stimmabgabe in Abwesenheit ist nicht möglich (Art. 10a Abs. 3). Um in Abwesenheit abstimmen zu können, muss sich ein Ratsmitglied bis am Vorabend beim Ratssekretariat angemeldet haben (Art. 10a Abs. 2).

4.2. Unterbruch oder Verschiebung einer Session (Art. 10b)

Gemäss Art. 10b kann ein Rat «die Unterbrechung der Session in seinem Rat beschliessen» (Abs. 1); «der Beschluss eines

¹³ AS 2020 5375.

¹⁴ BBl 2020 9271, 9278.

¹⁵ AB 2020 N 2303ff. und AB 2020 S 1277.

Rates, die Session beider Räte zu verschieben, braucht die Zustimmung des anderen Rates» (Abs. 2). Der für die Aufnahme dieser Bestimmung in das dringliche Bundesgesetz notwendige Zusammenhang mit Art. 10a wurde darin gesehen, dass sich im Falle einer Covid-bedingten Abwesenheit einer grösseren Anzahl von Ratsmitgliedern die Frage nach einem «Unterbruch» oder einer «Verschiebung» der Session stellen könne. Wenn, wie hier vertreten (siehe unten Kapitel 6.2.), das Motiv des dringlichen Bundesgesetzes aber darin besteht, das Teilnahmerecht jedes einzelnen Ratsmitglieds (nicht nur einer grösseren Anzahl von Ratsmitgliedern) vor den Auswirkungen von administrativen Anordnungen der Exekutive so weit wie möglich zu schützen, so besteht kein direkter Zusammenhang zwischen Artikel 10a und Artikel 10b; die Aufnahme von Artikel 10b in das dringliche Bundesgesetz ohne Verfassungsgrundlage erscheint als problematisch. Auch inhaltlich lässt der Artikel einige Fragen offen, da er mehrdeutige Begriffe verwendet und sein Verhältnis zum vorher (und danach wieder) geltenden Recht unklar ist.

5. Umsetzung in der Praxis

Das neue Recht auf Teilnahme an einer Abstimmung in Abwesenheit ist in der dritten Woche der Wintersession 2020 von zwei Mitgliedern des Nationalrates beansprucht worden: Nationalrätin Michaud Gigon (Grüne Fraktion) hat vom 14. bis 18. Dezember 2020 an 79 von insgesamt 90 Abstimmungen teilgenommen. Nationalrat Beat Walti (FDP-Liberale Fraktion) hat vom 15. bis 18. Dezember 2020 an 38 von insgesamt 75 Abstimmungen von zu Hause aus teilgenommen.¹⁶ In der Frühjahrsession 2021 gab es zumindest während der ersten

¹⁶ Mitteilung des Leiters des Dienstes für Informatik und neue Technologien der Parlamentsdienste vom 23. Dezember 2020 an Andrea Caroni, Mitautor dieses Aufsatzes.

beiden Sessionswochen keinen Anwendungsfall.

Der Bericht der SPK-NR hatte festgehalten: «Aus Transparenzgründen muss bekannt sein, wenn die Stimme eines Ratsmitglieds auf der Abstimmungstafel erscheint, ohne dass es im Nationalratssaal anwesend ist.»¹⁷ Der Nationalratspräsident hat zu Beginn der Sitzungen vom 14. und 15. Dezember mündlich im Saal über die beiden Anwendungsfälle der neuen Regelung informiert. An den weiteren Sitzungen erfolgte keine entsprechende Information. Die Stimmabgaben der beiden abwesenden Ratsmitglieder in den veröffentlichten Abstimmungsprotokollen wurden nicht als Stimmabgaben in Abwesenheit gekennzeichnet. Die Forderung im Bericht der SPK-NR ist also nicht erfüllt worden: Wer das Geschehen im Nationalratssaal aufmerksam verfolgt und sich fragt, warum ein abwesendes Ratsmitglied abgestimmt hat, findet die Erklärung nur schwer (falls der Ratspräsident zu Sitzungsbeginn informiert hat) oder gar nicht.

6. Die dringliche Änderung des Parlamentsgesetzes im Lichte der Bundesverfassung

6.1. Die Bundesversammlung als «oberste Gewalt» (Art. 148 BV) und die Repräsentationsfunktion der Bundesversammlung und ihrer einzelnen Mitglieder (Art. 149, 150 und 162 BV)

Die dringliche Änderung des ParlG befasst sich allein mit den *Folgen* der Quarantäne oder Isolation von Ratsmitgliedern. Aus staatsrechtlicher Sicht muss sich aber zuerst die Frage stellen, wer unter welchen Voraussetzungen und in welchem Verfahren die Quarantäne oder Isolation eines Ratsmitglieds verfügen kann.

¹⁷ BBl 2020 9271, 9277.

Indem die BV der Bundesversammlung «die oberste Gewalt im Bund» zuweist (Art. 148 BV), statuiert sie den Legislativstaat und den Vorrang der Bundesversammlung vor den anderen obersten Bundesbehörden.¹⁸ *Grundlegende Aufgabe der Bundesversammlung und ihrer einzelnen Mitglieder ist die Repräsentation des Volkes* (Art. 149 BV) *und der Kantone* (Art. 150 BV).¹⁹ Diese Repräsentationsfunktion ist Grundlage aller weiteren Funktionen der Bundesversammlung (Gesetzgebung, Oberaufsicht, Wahlen der anderen obersten Bundesbehörden, usw.). Aus der Stellung der Bundesversammlung als «oberste Gewalt» und ihrer Repräsentationsfunktion ist abzuleiten, dass weder andere Bundesbehörden, noch gar kantonale Behörden befugt sein dürfen, in eigener abschliessender Kompetenz diese für eine Demokratie grundlegende Funktion der Bundesversammlung bzw. ihrer einzelnen Mitglieder einzuschränken. Die Umsetzung dieses Grundsatzes zeigt sich insb. in der parlamentarischen Immunität (Art. 162 BV). «Die Immunität dient in erster Linie dem Schutz des ungestörten Funktionierens der staatlichen Institutionen».²⁰ Die Immunität kennt verschiedene Formen; im vorliegenden Zusammenhang ist insb. die Sessionsteilnahmegarantie von Interesse: Ein Ratsmitglied darf durch eine strafrechtliche Verfolgung nicht an der Teilnahme an Ratssitzungen gehindert werden, ausser es stimmt selbst zu oder die zuständige Kommission seines Rates erteilt die nötige Ermächtigung zur Strafverfolgung (Art. 20 ParlG). Dasselbe Motiv des Schutzes der Repräsentationsfunktion des Parlamentes und

seiner einzelnen Mitglieder zeigt sich auch im Militärgesetz (MG, SR 510.10): Art. 17 MG sieht vor, dass Mitglieder der Bundesversammlung «während der Dauer der Sessionen und der Sitzungen der Kommissionen und Fraktionen der eidgenössischen Räte vom Ausbildungsdienst und vom Assistenzdienst befreit sind.» Art. 13 Zivildienstgesetz (ZDG; SR 824.0) trifft eine analoge Anordnung für den Zivildienst.

Art. 30–38 des Epidemiengesetzes (EpG; SR 818.101) sehen «Massnahmen gegenüber einzelnen Personen vor», um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern und eine ernsthafte Gefahr für die Gesundheit Dritter abzuwenden. Art. 31 Abs. 1 EpG ermächtigt die zuständigen kantonalen Behörden zu solchen Massnahmen; Art. 32 EpG ermächtigt dazu, solche Massnahmen «zwangsweise durchzusetzen». Eine Person kann «unter Quarantäne gestellt» oder «abgesondert werden» (Art. 35 EpG).

Diese Massnahmen gegenüber einzelnen Personen gemäss EpG können auch Mitglieder der Bundesversammlung treffen. *Damit wird nun aber nicht nur ihre persönliche Freiheit, sondern auch unmittelbar ihre Funktion als «Abgeordnete des Volkes» (Art. 149 BV) bzw. «der Kantone» (Art. 150 BV) und damit mittelbar die Repräsentationsfunktion des ganzen Parlaments eingeschränkt.*

Aus staatsrechtlicher Sicht muss die Übertragung der Kompetenz an Kantonsärztinnen und -ärzte, solche Massnahmen zu treffen, als unhaltbar erscheinen. Aus epidemiologischer Sicht wäre hingegen eine generelle Ausnahme von Ratsmitgliedern gegen solche Massnahmen nicht vertretbar und würde wohl auch von einer breiteren Öffentlichkeit kaum verstanden. Nötig wäre aber de constitutione lata und de lege ferenda eine *Legitimierung solcher Massnahmen durch die Bundesversammlung bzw. durch ein zuständiges Organ der Bundesversammlung*, was auch eine Überprü-

¹⁸ PHILIPPE MASTRONARDI, Art. 148, in: Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 5-14.

¹⁹ Da die Kantone die Wahlkreise für den Nationalrat bilden und heute alle Kantone ihre Mitglieder des Ständerates durch das Volk wählen, repräsentieren beide Räte und ihre einzelnen Mitglieder die «Kantonsbevölkerungen».

²⁰ GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, S. 1232.

fung der Notwendigkeit und Zweckmässigkeit ermöglichen würde.

Ein Modell liefern die entsprechenden Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland. Art. 46 Abs. 3 des Grundgesetzes beschränkt die Immunität der Mitglieder des Bundestages nicht auf den Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung, sondern ist allgemeiner formuliert: «Die Genehmigung des Bundestages ist ferner bei jeder anderen Beschränkung der persönlichen Freiheit eines Abgeordneten (...) erforderlich.»²¹ Art. 162 Abs. 2 BV («Das Gesetz kann weitere Arten der Immunität vorsehen [...]») würde auch in der Schweiz eine hinreichende verfassungsrechtliche Grundlage für eine solche allgemeinere Auslegung der Immunität liefern.

Im Fall der Corona-Pandemie hat der Bundestag am 25. März 2020 folgende Ergänzung der Anlage 6 (Beschluss des Deutschen Bundestages betr. Aufhebung der Immunität von Mitgliedern des Bundestages) seiner Geschäftsordnung mit einer Ziffer 6a beschlossen: «Der Deutsche Bundestag genehmigt die Anordnungen von freiheitsbeschränkenden Massnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz gegen Mitglieder des Bundestages. Die zuständigen Behörden sind verpflichtet, den Präsidenten des Deutschen Bundestages unverzüglich über die gegen ein Mitglied des Bundestages angeordneten Massnahmen zu unterrichten. Der Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung ist berechtigt, zu prüfen, ob es sich um nach dem Infektionsschutzgesetz gerechtfertigte Massnahmen handelt und ob die Massnahme die Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages unverhältnismässig beeinträchtigt. Hält er sie in diesem Sinne für nicht oder nicht mehr vertretbar, so kann der Ausschuss im Wege der Vorentscheidung (Nr. 7 dieser Anlage) die Aus-

setzung der angeordneten Massnahmen verlangen. Kann der Ausschuss innerhalb von zwei Tagen nach Eingang einer Mitteilung der zuständigen Behörden nicht zusammentreten, so hat der Präsident des Bundestages insoweit die Rechte des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung. Er hat den Ausschuss unverzüglich über seine Entscheidung in Kenntnis zu setzen. Im Übrigen dürfen durch allgemeine Massnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz, wie etwa Ausgangssperren, Abgeordnete nicht an der Ausübung ihres Mandats, insbesondere der Anreise zu Sitzungen des Deutschen Bundestages, gehindert werden.»²²

Eine entsprechende Regelung für die Bundesversammlung könnte auch eine pauschale Genehmigung von Massnahmen gemäss EpG vorsehen samt Meldepflicht und Möglichkeit zur Überprüfung und Aufhebung einer Massnahme im Einzelfall durch ein parlamentarisches Organ. Das Verfahren hätte eine gewisse Ähnlichkeit mit der bestehenden Regelung der Sessionsteilnahmegarantie (Art. 20 ParlG). Der Gegenstand der Prüfung durch das im Einzelfall überprüfende Parlamentsorgan wäre allerdings ein anderer und der Ermessensspielraum wohl grösser als bei der Anwendung von Art. 20. Eine Ermächtigung zur Strafverfolgung «darf im Sinne des Zwecks der Garantie nur verweigert werden, wenn eindeutige Hinweise bestehen, dass die Einleitung des Strafverfahrens oder die Verhaftung missbräuchlich und zum Zwecke der Behinderung der parlamentarischen Tätigkeit erfolgt ist»²³ – das ist heute kaum mehr denkbar. Die Güterabwägung bei der Prüfung einer Quarantäne wäre anderer Natur. Die Zweckmässigkeit und Verhältnismässigkeit einer Quaran-

²¹ <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html> (Webseite des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz).

²² https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/anlage6-245194 ; Bundesgesetzblatt vom 9. April 2020, Nr. 17, S. 764.

²³ KATRIN NUSSBAUMER, Art. 20, in: Martin Graf/Cornelia Theler/Moritz von Wyss (Hrsg.), Kommentar zum Parlamentsgesetz, Basel 2014, N 10.

täne könnte in bestimmten Fällen mit guten Gründen bestritten werden, z.B. die Quarantäne wegen vorherigen Aufenthalts in einem ausländischen Gebiet, das als Risikogebiet bezeichnet worden ist.

Im Übrigen wäre auch zu prüfen, ob es dank geeigneter epidemiologischer Schutzmassnahmen sowohl im Parlamentsgebäude wie auch auf der An- und Rückreise vom bzw. zum Wohnort ermöglicht werden könnte, dass ein Ratsmitglied, das die Voraussetzungen für eine Quarantäne erfüllt, an einer Ratssitzung teilnehmen kann, ohne andere Personen dadurch zu gefährden.²⁴ Diese Prüfung darf nicht allein einer Kantonsärztin oder einem Kantonsarzt obliegen; hier muss ein parlamentarisches Organ die Stichhaltigkeit der epidemiologischen Argumente gegen die Wahrung der Repräsentationsfunktion des Parlamentes und seiner einzelnen Mitglieder abwägen können.

6.2. Die Gleichstellung der Ratsmitglieder (Art. 149, 150 und 161 BV)

Gemäss Art. 149 BV «besteht» der Nationalrat «aus 200 Abgeordneten des Volkes», gemäss Art. 150 BV der Ständerat «aus 46 Abgeordneten der Kantone». *Die Ratsmitglieder sind grundsätzlich gleichberechtigt.* Art. 161 BV gewährt jedem einzelnen Ratsmitglied das Initiativ- und Antragsrecht, also das Recht, einen Erlassentwurf einzubringen, und das im vorliegenden Zusammenhang besonders relevante Recht, zu einem in Beratung stehenden Erlassentwurf Anträge zu stellen. «Die Gleichstellung und Gleichberechtigung dieser Mitglieder ergibt sich zwingend aus dem demokratischen Grundsatz der Gleichberechtigung aller Bürgerinnen und Bürger, welche das

Parlament wählen. Wären einzelne Parlamentsmitglieder gegenüber anderen Mitgliedern übergeordnet und weisungsberechtigt, so wären die demokratischen Rechte der Wählerinnen und Wähler der Parlamentsmitglieder «zweiter Klasse» verletzt.»²⁵

Art. 10a ParlG führt dazu, dass Ratsmitglieder, die nur an Abstimmungen teilnehmen können, nicht dieselben Rechte haben wie die übrigen Ratsmitglieder. Sie haben kein Rederecht, sie können keine Anträge, parlamentarische Initiativen, Vorstösse oder Fragen für die Fragestunde einreichen; sie können nicht an Wahlen teilnehmen. Damit bestehen zwei Kategorien von Ratsmitgliedern, was mit Art. 149, 150 und 161 BV grundsätzlich nicht vereinbar ist. In der vorliegenden Ausnahmesituation war diese Ungleichbehandlung allerdings sogar geboten. Die Alternative war, dass ein Ratsmitglied wegen einer verfassungsrechtlich problematischen Massnahme der Exekutive (siehe Kap. 6.1) gar kein Teilnahmerecht, auch nicht das Recht zur Abstimmung hatte. Diese noch gravierendere verfassungswidrige Ungleichbehandlung wurde durch die zwar ebenfalls verfassungswidrige, aber weniger weitgehende Ungleichbehandlung gemildert.

Die Gleichstellung der einzelnen Ratsmitglieder geht einher mit einem «individualistischen Repräsentationsverständnis».²⁶ Das zeigt sich einerseits im verfassungs-

²⁴ In diesem Sinne das Votum von Ständerat Stark, der darauf hinwies, dass «Personen, die zwar in Quarantäne gehen müssten, in den Spitälern aber gebraucht werden, mit entsprechenden Massnahmen arbeiten gehen. Wenn das dort möglich ist, müsste das doch auch im National- und im Ständerat möglich sein.» (AB 2020 S 1281).

²⁵ MARTIN GRAF, Die Büros des Nationalrates und des Ständerates: Hierarchisch vorgesetzte Parlamentsleitungen oder Organe der Selbstorganisation des Rates? In: Parlament/Parlement/Parlamento 2015, H. 2, S. 14 (<http://sgp-ssp.net/#mitteilungsblatt>). – Zur Ableitung der politischen Rechte von Parlamentsmitgliedern aus den politischen Rechten der Stimmbürgerinnen und -bürgern siehe YVO HANGARTNER, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juni 2004 1P.39/2004, in: AJP 12/2004, S. 1543, insb. 1545.

²⁶ 20.483. Pa.Iv. SPK-NR. Nationalratsmitglieder, die wegen der Covid-19-Krise verhindert sind. Teilnahme an Abstimmungen in Abwesenheit. Bericht der SPK-NR vom 1. Dezember 2020, BBl 2020 9271, 9274.

mässigen Initiativ- und Antragsrecht jedes Ratsmitglieds. Andererseits ist dieses individualistische Repräsentationsverständnis Folge des politischen Systems. Anders als in einer parlamentarischen Demokratie ist das einzelne Ratsmitglied nicht eingebunden in eine Regierungsmehrheit oder in eine Opposition, die während einer bestimmten Dauer (solange die Regierung ihre Mehrheit behält) die Regierung entweder stützen muss oder ihre Entwürfe in der Regel ablehnt. Mehrheiten bilden sich von Fall zu Fall in wechselnden Zusammensetzungen; häufig stimmen dabei die Fraktionen nicht geschlossen ab, sondern einzelne Fraktionsmitglieder nehmen ihr Recht in Anspruch, auch Interessen zu vertreten, die nicht dem Fraktionsinteresse entsprechen. Das einzelne Ratsmitglied hat also eine starke Stellung. Die Stimmabgabe jedes Ratsmitglied kann entscheidend sein für das Ergebnis der Abstimmung²⁷: Die Abstimmungsergebnisse sind häufig knapp; Stichentscheide der Ratspräsidentin oder des Ratspräsidenten nicht selten.

Diese starke Stellung des einzelnen Ratsmitglieds rechtfertigt es nun allerdings, dass in der vorliegenden Ausnahmesituation, in welcher eine – ebenfalls verfassungsrechtlich problematische – administrative Anordnung einer kantonalen Exekutivbehörde die Sitzungsteilnahme eines Ratsmitglieds verhindern kann, ein betroffenes Ratsmitglied in Abwesenheit zumindest an der Abstimmung teilnehmen kann. Es geht dabei primär um das Recht des *einzelnen* Ratsmitglieds, nur sekundär

um das Problem einer mangelnden Repräsentativität aufgrund der Absenz *mehrerer* Ratsmitglieder, was aber im Bericht der SPK-NR und in der Debatte des NR als Motiv in den Vordergrund gerückt wurde.²⁸ Immerhin wurde der Antrag des Büros des Nationalrates, welcher das Recht zur Teilnahme an Abstimmungen in Abwesenheit nur zulassen wollte, wenn mindestens fünf Ratsmitglieder von Covid-19 betroffen sind,²⁹ von der SPK-NR nicht aufgenommen und im Ratsplenium nicht zur Abstimmung gebracht: Dieser Antrag zeugt von fehlendem Verständnis für die Stellung des einzelnen Ratsmitglieds und seine Annahme hätte eine stossende Ungleichbehandlung der betroffenen Ratsmitglieder zur Folge gehabt.

In den Ratsdebatten wurde kritisiert, es liege auch eine Ungleichbehandlung vor, wenn zwar ein Ratsmitglied, das von Covid-19 betroffen ist, in Abwesenheit an einer Abstimmung teilnehmen darf, aber einem Ratsmitglied, das z.B. an einer «normalen» Grippe erkrankt ist, dieses Recht nicht zusteht.³⁰ Diese Kritik verkennt das einzige Motiv dieser Ausnahmeregelung, welches eine Abweichung von der Verfassung rechtfertigt: Es geht einzig darum, die verfassungsrechtlich problematischen Folgen der Anordnung einer Exekutivbehörde (siehe Kapitel 6.1) wenigstens teilweise zu mildern, nicht aber um die Schaffung eines generellen Rechtes auf Abstimmung in Abwesenheit auch in Situationen, in welchen nicht eine behördliche Massnahme, sondern höhere Gewalt eine Teilnahme verunmöglicht oder erschwert. Wie Ständerat Stöckli bemerkte, «ist in Bezug auf das Gebot der rechtsgleichen Behandlung rechtsgleicher Fälle und der

²⁷ Beispiel: Der Antrag der Einigungskonferenz zum «Bundesgesetz über die Reform der Altersvorsorge 2020» wurde am 16. März 2017 im Nationalrat genau mit dem wegen der Ausgabenbremse erforderlichen qualifizierten Mehrheit von 101 Stimmen gegen 91 Stimmen bei 4 Enthaltungen angenommen. Kein einziges Mitglied der befürwortenden Fraktionen fehlte. Es ging um viel: Gemäss Aussage des Vertreters des Bundesrates unmittelbar vor der Abstimmung würde im Falle einer Ablehnung das kumulierte Defizit der AHV 2030 mehr als 40 Milliarden Franken betragen (AB 2017 N 508).

²⁸ BBl 2020 9271, 9272. Voten Cottier, Widmer, Streiff-Feller, Silberschmidt (AB 2020 N 2302ff.).

²⁹ Fahne 20.484 N1 D (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/ratsunterlagen?AffairId=20200483&k=PdAffairId:20200483>).

³⁰ Votum Rutz (AB 2020 N 2302f.), Voten Fässler, Germann, Hefti, Mazzone (AB 2020 S 1278-1282).

ungleichen Behandlung ungleicher Fälle zweifellos kein Problem zu verorten.»³¹

Die durch die Vorlage vorgenommene *Ungleichbehandlung von Nationalrat und Ständerat* lässt sich nur durch die unterschiedliche «Ratskultur»³² erklären; inhaltlich aber mögen die für diese Ungleichbehandlung vorgebrachten Argumente nicht zu überzeugen. Der Bericht der SPK-NR argumentiert, im Nationalrat seien «die Anforderungen an die parteipolitische Repräsentativität höher als im Ständerat.»³³ Das Argument verkennt, dass die Repräsentationsfunktion eines Parlamentes und seiner Mitglieder sich keineswegs auf die parteipolitische Repräsentation beschränkt. Gemäss Art. 150 BV besteht der Ständerat aus «Abgeordneten der Kantone» und repräsentiert somit (ebenfalls) die Kantonsbevölkerung. Verfügt ein Kantonsrat die Quarantäne eines Mitglieds des Ständerates, so ist dieser Kanton nur noch zu 50%, im Falle eines Kantons mit einer halben Standesstimme gar nicht mehr vertreten. Im Übrigen sind knappe Abstimmungsergebnisse im Ständerat nicht seltener als im Nationalrat. Ständerat Levrat hat im Rat dargelegt, wie wenig gefehlt hat, dass seine quarantänebedingte Abwesenheit in der ersten Woche der Wintersession 2020 zu einem Scheitern der Gesetzesvorlage für eine «Ehe für Alle» hätte führen können.³⁴

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist zwar nur die Gleichstellung der Ratsmitglieder *innerhalb* eines Rates ein zwingendes Gebot. Das ParlG enthält einige Bestimmungen, welche die Regelung der Rechte der Ratsmitglieder (z.B. ihrer Rederechte)

an die einzelnen Räte bzw. die Ratsreglemente delegieren. Dass das Gesetz selbst eine Regelung nur für einen Rat vornimmt und dabei die Mitglieder dieses Rates schlechter stellt – mit Zustimmung dieses Rates! – ist ein seltsamer, in der Geschichte der Bundesversammlung erstmaliger Vorgang.

6.3. «Die Räte versammeln sich [...] zu Sessionen» (Art. 151 BV) und sie «können gültig verhandeln, wenn die Mehrheit ihrer Mitglieder anwesend ist» (Art. 159 BV)

Die Erlassform des dringlichen und befristeten Bundesgesetzes ohne Verfassungsgrundlage war zu wählen, weil die Abstimmungsteilnahme in Abwesenheit im Widerspruch steht zu Art. 151 und 159 BV.

Das verfassungsrechtliche Erfordernis einer physischen Anwesenheit der Ratsmitglieder in den Ratssälen wird im Bericht der SPK-NR und in den Ratsdebatten allein mit Art. 159 BV begründet, wonach die Räte «gültig verhandeln, wenn die Mehrheit ihrer Mitglieder anwesend ist.» Im vorliegenden Kontext ist bedeutsam, dass Art. 159 BV nicht ein Beschluss-, sondern ein Verhandlungsquorum statuiert: Die Anwesenheit der Mehrheit der Mitglieder ist nicht nur notwendig, damit Abstimmungen durchgeführt werden können, sondern ist Voraussetzung der Gültigkeit der gesamten Ratsverhandlungen. Spitzfindig wäre die Interpretation, aus dieser Bestimmung *e contrario* zu schliessen, dass eine virtuelle Teilnahme *einer Minderheit* an einer Hybrid-Sitzung zulässig wäre, weil der Wortlaut ja nur die Anwesenheit der Mehrheit verlangt. Zudem «versammeln sich» die Räte gemäss Art. 151 BV regelmässig zu Sessionen. Art. 32 ParlG bezeichnet ausdrücklich einen physischen Ort der Versammlung, nämlich die Stadt Bern; die Bundesversammlung «kann mit einfachem Bundesbeschluss beschliessen, ausnahmsweise an einem anderen Ort zu tagen.»

³¹ AB 2020 S 1280.

³² RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 2315.

³³ BBl 2020 9271, 9276.

³⁴ Der Antrag auf Rückweisung an die Kommission zur vorgängigen Ausarbeitung einer Verfassungsänderung wurde am 1. Dezember 2020 mit 22 zu 20 Stimmen bei 2 Enthaltungen abgelehnt (AB 2020 S 1111).

Wenn Personen *sich versammeln* bzw. *anwesend* sind, so wird das im heutigen Sprachgebrauch nach wie vor überwiegend als Versammlung bzw. Anwesenheit an einem physischen Ort verstanden.³⁵ Eine Google-Suche nach «sich virtuell versammeln» und «virtuelle Anwesenheit» ergibt zwar auch bereits viele Treffer, wohl überwiegend aus der allerneuesten Zeit, aber als gefestigter Sprachgebrauch, der eine neue Auslegung einer Verfassungsbestimmung nach dem Wortlaut rechtfertigen würde, kann dies (jedenfalls zurzeit noch) nicht betrachtet werden.

Im Übrigen darf sich die Auslegung von Verfassungsbestimmungen nicht auf eine Auslegung nach dem reinen Wortlaut beschränken. Das «Sich-Versammeln» bzw. «Anwesend-Sein» der Ratsmitglieder am Versammlungsort bedeutet mehr als nur physische Anwesenheit; es ermöglicht eine *Unmittelbarkeit des persönlichen Kontaktes unter den Ratsmitgliedern*, welche für die Meinungsbildung und Entscheidungsfindung im Parlament unerlässlich ist und auf virtuellem Wege zurzeit kaum in derselben Qualität hergestellt werden kann. Wichtig sind dabei nicht nur die formell geregelten öffentlichen Aktivitäten der Ratsmitglieder, wie Reden, Anträge und Stimmabgaben, sondern auch die *Vielzahl informeller, häufig nicht öffentlicher persönlicher Kontakte* vor, während und nach den Ratsverhandlungen, nicht nur unter den Ratsmitgliedern, sondern auch mit Dritten wie z.B. mit Verwaltungsangehörigen, den Massenmedien und Interessenvertretungen.

Sogar wenn sich die digitale Kommunikationstechnologie derart weiterentwickelt, dass dereinst alle diese notwendigen Anforderungen an die Kommunikation in einem Parlament erfüllt werden können, muss festgestellt werden, «dass die Identitätsfunktion und damit die Gesamt-

heit der Vielfalt eines Parlaments in einer Video-Konferenz kaum abgebildet werden kann. Vielmehr steht die Person, welche die Konferenz moderiert und damit kontinuierlich in Erscheinung tritt, als Fixpunkt und Identifikation im Vordergrund. Kontinuum und visueller Identifikationspunkt werden die Präsidentin oder der Präsident, das Parlament als Ganzes tritt in den Hintergrund.»³⁶ Mit anderen Worten: *Das Parlament braucht einen physischen Ort, um seine Funktion als «Forum der Nation» zu erfüllen*; auf den Palace of Westminster in London, das Kapitol in Washington, den Reichstag in Berlin, das Palais Bourbon in Paris, den Palazzo Montecitorio in Rom und das Bundeshaus in Bern kann nicht verzichtet werden.

Die von der Verfassung verlangte Gleichstellung aller Ratsmitglieder erlaubt eine Lösung, bei der ein Teil der Ratsmitglieder vor Ort, ein anderer Teil virtuell teilnimmt, nur als temporäre Milderung ansonsten noch weitergehender Einschränkungen.

Das rein virtuelle Parlament *als dauerhafte Lösung* würde demgegenüber zwar die Gleichstellung wahren, hätte aber einen erheblichen, nicht akzeptablen Funktionsverlust des Parlaments und damit der Demokratie zur Folge. Im Hinblick auf künftige Ausnahmesituationen ähnlich der Covid-Krise wäre es aber wünschbar, dass die nötigen rechtlichen und technischen Vorbereitungen getroffen werden, damit *das Parlament vorübergehend rein virtuell tagen kann, wenn und solange bestimmte, restriktiv gehaltene Voraussetzungen* (physische Versammlung nicht oder nur mit unverhältnismässiger Gefährdung möglich; Beschränkung auf die Behandlung wichtiger und dringlicher Geschäfte) *gegeben sind*: Besser ein bloss virtuelles Parlament als unter Umständen gar kein Parlament. Die rechtliche Vorbereitung kann darin bestehen, dass in Art. 151 und 159 BV entsprechende Ausnahmegestimmungen auf-

³⁵ Siehe die Beispiele im Duden (<https://www.duden.de/rechtschreibung/versammeln> und <https://www.duden.de/rechtschreibung/Anwesenheit>).

³⁶ MORITZ VON WYSS (Fn. 2), S. 19.

genommen werden. Oder es wird ein dringliches und nicht verfassungskonformes Bundesgesetz *im Entwurf* vorbereitet, das im Bedarfsfall in kurzer Zeit von der Bundesversammlung beraten und beschlossen werden kann. Für das letztere Vorgehen spricht der geringere Aufwand und der Umstand, dass sehr verschiedenartige Krisen vorstellbar sind, die entsprechend verschiedene Problemlösungen erfordern. Ein dringliches Bundesgesetz wird so oder so, mit oder ohne Verfassungsgrundlage, zahlreiche Änderungen von Bestimmungen des ParlG enthalten, die je nach Art der Krise kurzfristig angepasst werden müssen. Gegen diese Variante spricht, dass sie voraussetzt, dass das Parlament vor einer virtuellen Tagung zuerst überhaupt physisch noch einmal zusammentreten kann, um den Notfallmechanismus definitiv zu verabschieden.

7. Zusammenfassung

Die Beantwortung der in der Einleitung gestellten Fragen muss zur Schlussfolgerung führen, dass die jetzt realisierte Lösung einer Teilnahme an Abstimmungen in Abwesenheit ein gerechtfertigter Notbehelf in einer ausserordentlichen Situation ist. Ein erster Schritt zu einem «virtuellen Parlament» kann es sein, aber nur zu einem vorübergehend «virtuellen Parlament» unter strengen Voraussetzungen in einer ausserordentlichen Situation.

Vorgängig ist festzustellen, dass auf das Epidemien-gesetz gestützte Zwangsmassnahmen gegen einzelne Mitglieder der Bundesversammlung nicht nur ihre persönliche Freiheit, sondern auch die Repräsentationsfunktion der Bundesversammlung und ihrer einzelnen Mitglieder einschränken. Aufgrund der Stellung der Bundesversammlung als «oberste Gewalt» des Bundes und ihrer einzelnen Mitglieder als Teil dieser «obersten Gewalt» ist es nicht haltbar, dass Behörden der Exekutive solche Massnahmen abschliessend entschei-

den. De constitutione lata und lege ferenda ist eine parlamentarische Genehmigung und ggf. Überprüfung der administrativen Zwangsmassnahmen zu verlangen.

Der schweizerische Parlamentarismus ist geprägt durch ein individualistisches Repräsentationsverständnis. Dies zeigt sich einerseits in der starken Rechtsstellung des einzelnen Ratsmitglieds und ist andererseits Folge des schweizerischen politischen Systems wechselnder Mehrheiten (Konkordanzdemokratie), das der Stimmabgabe des einzelnen Ratsmitglieds im Einzelfall grosse Bedeutung geben kann. Der Notbehelf der Abstimmung in Abwesenheit ist gerechtfertigt, um die Beschränkung der Repräsentationsfunktion sowohl des betroffenen Ratsmitglieds als auch des ganzen Rates soweit möglich zu mildern.

Ein gänzlich virtuelles Parlament ist nicht vereinbar mit der von der Verfassung verlangten physischen Teilnahme der Ratsmitglieder an den Ratsverhandlungen und kann nur in einer Ausnahmesituation wie der Covid-Krise als vorübergehender (aber durchaus vorzubereitender) Notbehelf gerechtfertigt werden. Die Unmittelbarkeit des persönlichen Kontaktes sowohl unter den Ratsmitgliedern als auch zwischen den Ratsmitgliedern und Dritten (der Öffentlichkeit) ist unverzichtbar für eine qualitativ befriedigende Meinungsbildung und Entscheidungsfindung im Parlament. Das Parlament braucht einen physischen Ort, um seine Funktion als «Forum der Nation» wahrzunehmen und die «Gesamtheit der Vielfalt des Parlaments» aufzuzeigen. ●



La participation à distance aux débats et aux votes d'un parlement cantonal, spécialement dans le canton de Fribourg

Vincent Martenet, prof. de droit*

1. Introduction

Le 27 mai 2020, le Grand Conseil du canton de Fribourg a adopté une ordonnance parlementaire sur la participation à distance aux débats et le vote à distance pendant la pandémie COVID-19¹, prévoyant en particulier que « [l]es membres du Grand Conseil considérés comme personnes vulnérables au sens de l'article 10b de l'ordonnance fédérale 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Ordonnance 2 COVID 19) ou qui sont mis en quarantaine sur avis médical et qui, de ce fait, ne peuvent pas participer physiquement aux sessions (ci-après : les député-e-s à risque) ont le droit de participer à distance aux débats et de voter à distance » (art. 1 al. 1). Par ailleurs, il appartenait au Bureau du Grand Conseil de déterminer, pour chaque session, « si les risques d'infection au COVID-19 justifient la mise en œuvre de ces droits » (art. 1 al. 2), le droit de participer à distance aux débats et le droit de voter à distance étant accordés uniquement aux député-e-s à risque (art. 1 al. 3). Enfin, la participation à distance aux débats pour les député-e-s à risque et le vote à distance étaient censés avoir lieu « à l'aide d'une procédure et d'un

système informatique validés par le Bureau, qui doivent garantir l'authentification des personnes concernées et la sécurité des votes » (art. 2 al. 1), un système d'annonce préalable de la part des député-e-s à risque étant « exigé une semaine avant le début de la session » (art. 2 al. 2).

La constitutionnalité et la légalité de l'ordonnance parlementaire COVID-19 ont été examinées et le présent article restitue l'analyse qui a été effectuée. Celui-ci tient aussi compte de la loi fribourgeoise du 17 novembre 2020 autorisant la participation à distance aux travaux du Grand Conseil pendant la pandémie de COVID-19², loi qui a abrogé l'ordonnance parlementaire COVID-19. Selon cette loi, « [d]urant la pandémie de coronavirus, les membres du Grand Conseil qui sont en mesure de débattre et de voter mais qui, pour des raisons de santé attestées, ne peuvent pas participer physiquement aux sessions ou présentent un risque pour autrui ont le droit de participer à distance aux débats et de voter à distance » (art. 1 al. 1). Le droit de voter à distance devient cependant caduc « lorsque le vote a lieu par assis et levé ou au bulletin secret » (art. 1 al. 2) et les membres du Grand Conseil qui participent à distance à la session « ne sont pas comptabilisés dans le quorum » (art. 1 al. 3). En outre, si les circonstances l'exigent, le Bureau du Grand Conseil « peut autoriser que les séances des commissions ou de certaines d'entre elles se tiennent intégralement en vidéo-conférence » (art. 3 al. 1).

* Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne ; Juge suppléant au Tribunal fédéral. Le présent article est basé sur un avis de droit du 10 septembre 2020 rédigé par l'auteur à la demande du Grand Conseil du canton de Fribourg, agissant par son Bureau.

¹ ROF 2020_059 (ci-après : ordonnance parlementaire COVID-19).

² ROF 2020_146 (RSF 821.40.15 ; ci-après : loi sur la participation à distance).

Le présent article examine la compatibilité de ce régime avec la Constitution fédérale du 18 avril 1999³ (I) et la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004⁴ (II). Il analyse ensuite si l'adoption d'une ordonnance parlementaire suffisait ou si une révision de la loi fribourgeoise du 6 septembre 2006 sur le Grand Conseil⁵, voire l'adoption d'une loi spéciale, s'avérait nécessaire (III).

2. Les exigences découlant de la Constitution fédérale

2.1 L'égalité et l'interdiction de la discrimination (art. 8 Cst. féd.)

Au fil des ans, le Tribunal fédéral a ciselé sa formule relative à la garantie générale de l'égalité pour parvenir au résultat suivant : « Un arrêté de portée générale viole le principe de l'égalité consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. féd. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. »⁶. La formule relative à l'égalité devant la loi est similaire⁷.

La garantie générale de l'égalité ne vise, selon le Tribunal fédéral, que les situations semblables qui ne sont pas traitées de ma-

nière identique et celles dissemblables qui ne sont pas traitées de manière différente. En réalité, il s'agit plutôt de déterminer, dans un premier temps, si les situations en jeu sont comparables⁸, c'est-à-dire s'il existe des points de comparaison importants et pertinents entre elles au regard de l'objet, du but, de la portée et des effets de l'acte procédant à la distinction ou à l'assimilation litigieuse, du contexte dans lequel celle-ci ou celle-là est effectuée et de l'ensemble des circonstances⁹. Une fois qu'une comparaison est établie, il convient de se demander si la distinction ou l'assimilation en cause est justifiée. Lorsque l'acte attaqué retient un point de convergence ou de divergence plutôt qu'un autre, il sera en principe compatible avec l'art. 8 al. 1 Cst. si ce choix repose sur un motif raisonnable. L'art. 8 al. 2 Cst. féd. complète la garantie générale de l'égalité. Il interdit, en premier lieu, les discriminations directes, lesquelles se rapportent directement à un critère sensible résultant expressément ou non de cette disposition. Cette garantie est indépendante, si bien qu'elle peut être invoquée seule¹⁰. Parfois, les règles de droit elles-mêmes contiennent des discriminations ; il est aussi possible que l'application de règles de droit conformes à la Constitution fédérale soit discriminatoire. L'art. 8 al. 2 Cst. féd. interdit, en second lieu, les discriminations indirectes, lesquelles se rapportent à l'impact discriminatoire de règles de droit, de mesures ou de décisions en apparence neutres sur les personnes appartenant à des groupes sociaux définis

³ RS 101 (ci-après : Cst. féd.).

⁴ RSF 10.1 (ci-après : Cst. FR).

⁵ RSF 121.1 (ci-après : LGC).

⁶ Voir notamment ATF 145 I 73, c. 5.1 ; ATF 142 I 195, c. 6.1. La formule utilisée dans plusieurs arrêts rédigés en allemand diffère quelque peu : « Gleiches muss nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden (...). » (ATF 143 I 361, c. 5.1 ; ATF 141 I 153, c. 5.1).

⁷ Voir notamment ATF 141 I 235, c. 7.1 ; ATF 131 I 394, c. 4.2.

⁸ Voir notamment Petit Comm. Cst.-MAHON, art. 8 N 9 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, N 1040 s. ; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 19 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 8 N 7 ; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, pp. 427 s. N 16–20.

⁹ Voir spécialement MARTENET, Égalité, pp. 28–31.

¹⁰ ATF 145 I 73, c. 5.1 ; ATF 134 I 257, c. 3. En doctrine, voir notamment MARTENET, Égalité, pp. 88 s. ; PETERS, Diskriminierungsverbote, 258 s.

par un critère sensible¹¹ – les femmes ainsi que des minorités raciales, ethniques, religieuses ou linguistiques essentiellement en droit comparé.

L'art. 8 al. 2 Cst. féd. mentionne un certain nombre de critères sensibles. Cette liste n'est pas exhaustive, ainsi que l'atteste l'emploi de l'adverbe « notamment ». Elle peut être complétée non seulement par la voie d'une révision constitutionnelle, mais aussi par la voie jurisprudentielle¹². D'autres critères liés à l'identité d'une personne¹³ sont susceptibles d'être rattachés à cette disposition. Une personne discriminée du fait de son âge est légitimée à se prévaloir de l'art. 8 al. 2 Cst. Les règles ou pratiques imposant un âge minimum ou maximum pour exercer une activité, accéder à un emploi ou, plus largement, accomplir un acte sont tout particulièrement visées à cet égard. Si ce critère donne également lieu à un examen attentif des éventuelles justifications invoquées à l'appui de distinctions ou assimilations contestées, allant au-delà de ce qu'exige l'art. 8 al. 1 Cst.¹⁴, il est souvent utilisé sans que cela n'entraîne des discriminations¹⁵. La déficience corporelle, mentale ou psychique clôt la liste non exhaustive de l'art. 8 al. 2 Cst. féd. La portée de cette notion est large

puisque, selon l'Organisation mondiale de la santé, les déficiences sont temporaires ou permanentes et « représentent des écarts par rapport à certaines normes généralement acceptées de l'état biomédical du corps et de ses fonctions »¹⁶. L'art. 8 al. 2 Cst. féd. se rapporte aussi bien aux discriminations des personnes atteintes d'une déficience face à d'autres individus¹⁷ qu'aux discriminations entre des personnes atteintes de différents types de déficiences¹⁸. La jurisprudence du Tribunal fédéral, suivie par une partie de la doctrine¹⁹, tendant à limiter la portée de l'art. 8 al. 2 Cst. féd. aux personnes frappées d'une déficience durable²⁰ est discutable ; en effet, une discrimination du fait d'une déficience temporaire peut porter atteinte à la dignité humaine et mériter dès lors un examen approfondi²¹.

En l'espèce, l'ordonnance parlementaire COVID-19 permettait aux seul-e-s député-e-s à risque de participer à distance aux débats et de voter à distance. Cette différence était basée sur les risques pour leur *santé*. La question de savoir si l'état de santé et les risques pour celle-ci relèvent de l'art. 8 al. 1 ou 2 Cst. féd. dépend des circonstances à notre avis. Cela dit, il s'agit d'un motif particulier susceptible de fonder une différence de traitement et même une distinction reposant sur un critère sensible. Les risques sur le plan de la santé peuvent justifier un tel régime qui ne bénéficie, par exemple, pas aux député-e-s en voyage ou déplacement professionnel ou privé. Il sied en outre de relever que

¹¹ ATF 145 I 73, c. 5.1 ; ATF 144 II 65, c. 4.1 ; ATF 139 I 169, c. 7.2.1, JdT 2014 I 44 ; ATF 138 I 305, c. 3.3, JdT 2013 I 53 ; ATF 138 I 205, c. 5.5.

¹² Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1-659, 145.

¹³ ATF 145 I 73, c. 5.1. En doctrine, voir notamment BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 65 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 8 N 23 ; CR Cst.-MARTENET, art. 8 N 68.

¹⁴ Voir ATF 138 I 265, c. 4.3. En doctrine, voir MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, pp. 725 s.

¹⁵ Pour des illustrations, voir ATF 138 I 265, c. 5.2–5.3 (réglementation cantonale prévoyant que les bénéficiaires de l'aide sociale ayant atteint 65 ans révolus participent aux coûts des soins dans la mesure de leur capacité financière) ; ATF 136 I 207, c. 5 (limite d'âge pour la prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire du traitement chirurgical de l'adiposité), JdT 2011 II 435. En doctrine, voir notamment SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 71 ; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 73 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 8 N 24/4 ; DUBEY, Droits II, N 3281 s.

¹⁶ OMS, Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé, Genève 2001, 12 s.

¹⁷ Voir par ex. ATF 139 I 169, c. 7, JdT 2014 I 44, dans lequel le TF juge discriminatoire l'exclusion des personnes handicapées mentales de la procédure de naturalisation.

¹⁸ Sur ce dernier point, voir ATF 142 V 106, c. 4.3.

¹⁹ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 756 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 8 N 24/9.

²⁰ Voir notamment ATF 135 I 49, c. 6.1, JdT 2009 I 655.

²¹ CR Cst.-MARTENET, art. 8 N 92.

le Grand Conseil s'était essentiellement fondé sur le droit fédéral pour définir le cercle des député-e-s à risque. De surcroît, les personnes âgées étaient surreprésentées parmi les personnes vulnérables, au sens de l'art. 10b de l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)²². L'ordonnance parlementaire COVID-19 contribuait à réduire le désavantage auquel les député-e-s âgé-e-s sont susceptibles d'être confronté-e-s et à assurer l'effectivité de l'interdiction de la discrimination à raison de l'âge. Pour ces raisons, l'ordonnance parlementaire COVID-19 était compatible avec l'art. 8 Cst. Il en va de même de la loi fribourgeoise sur la participation à distance qui exige que les raisons de santé soient attestées (art. 1 al. 1).

Cependant, le régime adopté par le Grand Conseil du canton de Fribourg devrait aussi viser les député-e-s qui seraient en mesure de débattre et de voter, mais qui seraient, par exemple, mis-es en quarantaine parce qu'ils ou elles sont potentiellement contagieux-ses en raison d'un autre virus que le COVID-19. Dans une optique plus large, les député-e-s en mesure de débattre et de voter, mais dont l'état de santé ne leur permet pas de participer physiquement aux sessions, devraient bénéficier de ce régime ; il en va de même des député-e-s qui présentent un risque sanitaire pour autrui. Un avis médical serait exigé dans ces deux cas également.

L'art. 1 al. 1 de l'ordonnance parlementaire COVID-19 ainsi que l'art. 1 al. 1 de la loi sur la participation à distance sont rédi-

gés de manière suffisamment souple pour viser également de tel-le-s député-e-s. Il y est en effet notamment question des membres du Grand Conseil « mis en quarantaine sur avis médical » (art. 1 al. 1 de l'ordonnance parlementaire COVID-19) ou « qui, pour des raisons de santé attestées, ne peuvent pas participer physiquement aux sessions ou présentent un risque pour autrui » (art. 1 al. 1 de la loi sur la participation à distance). Une interprétation conforme à l'art. 8 Cst. paraît possible sur ce point. En d'autres termes, il faut comprendre ces termes comme visant tout-e député-e empêché-e de participer physiquement aux sessions pour des raisons de santé et pour autant que cela soit attesté par un avis médical. Si ces deux conditions cumulatives sont réunies, l'art. 8 Cst. nous semble respecté en l'espèce. En adoptant la loi du 17 novembre 2020 autorisant la participation aux travaux du Grand Conseil pendant la pandémie de COVID-19, celui-ci a privilégié, à juste titre, une norme rédigée de manière plus ouverte que ne l'était l'ordonnance parlementaire COVID-19.

En conclusion, l'ordonnance parlementaire COVID-19 et la loi sur la participation à distance sont compatibles avec la garantie générale de l'égalité et l'interdiction de la discrimination, pour autant qu'elles soient interprétées de manière large de façon à viser tou-te-s les député-e-s en mesure de débattre et de voter mais empêché-e-s de participer physiquement aux sessions pour des raisons de santé, un avis médical attestant cela. La nature de la maladie ou de l'infection ne saurait être décisive.

2.2. La garantie des droits politiques (art. 34 Cst. féd.)

La garantie des droits politiques revêt une portée générale et vise la Confédération, les cantons et les communes²³. Elle protège en particulier la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes

²² Ordonnance 2 COVID-19 ; cf. RO 2020 773, 783, 841, 863, 867, 1059, 1065, 1101, 1131, 1137, 1155, 1199, 1245, 1249, 1333, 1401, 1501, 1505, 1585, 1751, 1815, 1823, 1835, 2097 et 2099. Voir l'art. 10b al. 2 de cette ordonnance : « Par personnes vulnérables, on entend les personnes de 65 ans et plus et les personnes qui souffrent notamment des pathologies suivantes : hypertension artérielle, diabète, maladies cardiovasculaires, maladies respiratoires chroniques, faiblesse immunitaire due à une maladie ou à une thérapie, cancer. » (nous mettons en évidence).

²³ ATF 139 I 2, c. 5.2.

ainsi que l'expression fidèle et sûre de leur volonté, conformément à l'art. 34 al. 2 Cst. féd. La liberté de vote, telle qu'elle est communément appelée, est ainsi garantie. De l'art. 34 Cst. féd. découle toute une série d'exigences applicables aux initiatives populaires, aux votations et aux élections au niveau de la Confédération, des cantons et des communes, étant d'emblée noté que certaines de ces exigences ne concernent, de par leur nature, que l'un des droits politiques.

La garantie générale des droits politiques constitue en elle-même un droit fondamental, invocable comme tel par les citoyennes et citoyens. En effet, elle confère aux titulaires des droits politiques le droit subjectif d'exiger un certain comportement de l'État, en requérant de celui-ci qu'il garantisse l'exercice effectif et conforme aux règles des droits politiques institués. Au regard de la fonction institutionnelle de l'art. 34 Cst. féd. consistant à assurer le fonctionnement effectif de la démocratie, l'État doit assurer que les règles qui encadrent l'exercice des droits politiques et, plus généralement, la démocratie permettent à ceux-ci d'être exercés par leurs titulaires sans difficultés injustifiées et que les règles en vigueur soient observées et interprétées d'une manière conforme à l'esprit de la garantie des droits politiques. C'est en respectant l'ensemble de ces conditions que l'État se porte véritablement garant des droits politiques. Il confère effectivité et régularité aux droits politiques, deux conditions *sine qua non* du fonctionnement optimal de la démocratie. De ce fait, il permet d'accroître la confiance des citoyens dans le processus démocratique et de renforcer la légitimité des décisions prises dans ce cadre.

L'art. 34 al. 1 Cst. féd. requiert que l'ensemble des règles qui instituent et organisent les droits politiques soient observées²⁴. Cette exigence est intimement liée

à l'existence de voies de droit permettant aux citoyens de requérir le respect des règles en matière de droits politiques. En ceci, l'art. 34 al. 1 Cst. féd. entretient un lien étroit avec l'art. 29a Cst. féd. et concrétise la garantie de l'accès au juge consacrée par cette disposition²⁵.

En Suisse, ces différentes facettes de l'égalité politique sont traitées diversement par le droit positif et la jurisprudence. Il faut relever que l'égalité politique n'est pas une notion codifiée dont les différents aspects découlent expressément et directement d'une seule norme constitutionnelle. Elle se déduit d'une lecture systématique de plusieurs dispositions du texte constitutionnel. Selon le Tribunal fédéral, la garantie des droits politiques prévue à l'art. 34 Cst. féd. entretient un lien étroit avec la garantie de l'égalité ancrée à l'art. 8 Cst. féd.²⁶. La combinaison des art. 8 et 34 Cst. féd. fonde notamment l'égalité de traitement en matière de droit de vote, qui donne à chaque électeur le droit que son vote soit décompté de la même manière et qu'il exerce, relativement aux autres votes exprimés, le même impact sur le résultat du scrutin. Très indirectement, l'art. 34 Cst. féd. pourrait tout au plus fonder un droit des citoyennes et citoyens au fonctionnement régulier des autorités élues par le peuple. Ce point n'est toutefois développé ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine. En l'espèce, l'ordonnance parlementaire COVID-19 et la loi sur la participation à distance tendent à augmenter la participation d'élus du peuple fribourgeois aux débats et aux votes du Grand Conseil. Dans cette optique, elles n'entrent pas en conflit avec l'art. 34 Cst. féd. Par ailleurs, les dispositions du droit fribourgeois avec lesquelles ladite ordonnance aurait pu entrer en tension²⁷ ne relèvent pas des droits politiques.

²⁵ ATF 143 I 92, c. 3.3.

²⁶ ATF 129 I 185, c. 3.1, JdT 2004 I 691.

²⁷ Voir *infra* 3 et 4.

²⁴ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 34 N 9.

2.3. L'exigence d'une constitution démocratique (art. 51 al. 1 Cst. féd.)

La Constitution fédérale laisse la liberté aux cantons de choisir entre une démocratie largement représentative, sous réserve de l'initiative populaire et du référendum obligatoire en matière constitutionnelle prescrits par la Constitution fédérale (art. 51 al. 2 Cst. féd.), et une démocratie accordant une grande place aux institutions de démocratie directe²⁸. En réalité, tous les cantons se sont dotés d'un parlement et garantissent largement les droits d'initiative et de référendum, voire d'autres droits populaires encore.

L'art. 51 Cst. féd. n'impose aucun régime politique aux cantons, lesquels sont autorisés à opter pour un régime présidentiel, semi-présidentiel ou parlementaire²⁹. Tous ont choisi un régime collégial, mais ils n'y étaient et n'y sont pas tenus. Si tous les cantons doivent sans doute prévoir une forme de séparation des pouvoirs³⁰, en ne concentrant pas l'essentiel du pouvoir étatique dans les mains d'une personne ou d'un organe de l'Etat, les cantons disposent d'une grande marge de manœuvre pour s'organiser³¹.

L'ordonnance parlementaire COVID-19 et la loi sur la participation à distance permettent potentiellement à un plus grand nombre de député-e-s de participer aux débats et de voter à distance. Pour autant que l'authentification des personnes concernées et la sécurité des votes soient garanties (cf. art. 2 al. 1 de l'ordonnance COVID-19 ; art. 4 de la loi sur la participation à distance), le régime prévu ne met pas

en place un système mettant en danger la démocratie telle que l'entend l'art. 51 al. 1 Cst. féd.

3. Les exigences découlant de la Constitution fribourgeoise

3.1 Les droits fondamentaux (art. 8–32 Cst. FR)

Les droits fondamentaux garantis par la Constitution fribourgeoise correspondent largement à ceux de la Constitution fédérale. Dans la problématique couverte par le présent article, l'art. 9 Cst. FR (Égalité) fait écho à l'art. 8 Cst. féd. L'art. 34 Cst. féd. ne trouve, pour sa part, aucun pendant dans la Constitution fribourgeoise. La marge de manœuvre que laisse la Constitution fédérale au législateur de chaque canton pour mettre en place un système de participation à distance aux débats et aux votes du parlement cantonal n'est dès lors pas restreinte de manière supplémentaire par le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fribourgeoise.

3.2. Les actes urgents du Grand Conseil (art. 92 Cst. FR)

En vertu de l'art. 92 al. 1 Cst. FR, « [u]n acte du Grand Conseil dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard peut être déclaré urgent et mis en vigueur immédiatement par une décision prise à la majorité de ses membres », sa durée de validité devant être limitée. Aussi l'urgence n'est-elle valablement décrétée que si elle recueille un vote favorable d'au moins 56 député-e-s. Par ailleurs, le référendum obligatoire ou facultatif subsiste, mais il devient résolutoire (art. 92 al. 2 Cst. FR).

La Commission thématique n° 4 de la Constituante fribourgeoise a insisté sur le fait que l'urgence supposait des « raisons exceptionnelles », ajoutant qu'« il ne faut pas que cela se passe sans contrôle »³². Ce

²⁸ Voir notamment CR-Cst.-MARTENET, art. 51 N 22.

²⁹ Voir notamment Petit Comm. Cst.-AUBERT, art. 51 N 5 s. ; BSK BV-BELSER/MASSÜGER, Art. 51 N 35 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 51 N 16.

³⁰ ATF 145 I 259, c. 4.2.

³¹ Voir notamment TÖNDURY, Gewährleistung, pp. 217–229 ; SGK BV-RUCH, Art. 51 N 9 ; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 18 N 12 ; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 51 N 12. Dubitatif, Petit Comm. Cst.-AUBERT, art. 51 N 7.

³² Rapport final de la Commission thématique n° 4, Fribourg, décembre 2001, thèse 4.7.

point n'a pas donné lieu à des débats de la part des Constituants, lesquels ont tout de même élargi la portée de la norme constitutionnelle de l'urgence afin que celle-ci ne vise pas uniquement les lois mais aussi d'autres actes du Grand Conseil soumis au référendum³³.

Ces limites s'imposent au Grand Conseil qui ne saurait les contourner lorsqu'il souhaite légiférer de manière urgente. Le Grand Conseil conserve évidemment le soin d'aménager des procédures particulières dans le respect toutefois de l'art. 92 Cst. FR.

La compatibilité de l'ordonnance parlementaire COVID-19 avec l'art. 92 Cst. FR dépendait aussi de l'analyse des possibilités offertes par la loi au Grand Conseil pour adopter d'autres actes que des lois urgentes³⁴. Dans cette optique, il n'est pas possible de dire, à ce stade de l'analyse, que l'art. 92 Cst. FR était violé par ladite ordonnance. L'interprétation de la loi sur le Grand Conseil constitue la clé de l'analyse³⁵. La loi sur la participation à distance ne soulève, quant à elle, aucune difficulté particulière à l'aune de l'art. 92 Cst. FR. En effet, elle est fondée sur cette norme et est adoptée dans une situation exceptionnelle ; elle reste d'ailleurs en vigueur « aussi longtemps que les circonstances particulières liées à la pandémie de COVID-19 l'exigent » (art. 5 al. 2).

3.3. Les séances du Grand Conseil (art. 96 Cst. FR)

L'art. 96 al. 4 Cst. FR prévoit que « [l]e Grand Conseil ne peut valablement délibérer que si la majorité de ses membres sont présents ». Une règle similaire existe dans la plupart des cantons³⁶. La Constituante a sans doute compris cet adjec-

tif dans une optique physique et non pas simplement virtuelle. Ainsi, la Commission thématique n° 5 de la Constituante a justifié ce quorum de présence afin d'« éviter que le Parlement ne prenne ses décisions qu'à des majorités par trop relatives » et d'« inciter les députés à être présents »³⁷. En plénum, le Président de la Constituante, M. Christian Levrat, a jugé qu'il était « effectivement choquant de constater qu'au Grand Conseil, les travées [étaient] parfois dangereusement désertes »³⁸. Les Constituants se sont contentés d'une majorité des député-e-s, sans préciser que celle-ci devait être absolue, et ont rejeté un amendement tendant à imposer une majorité des deux tiers des député-e-s³⁹. À aucun moment, les Constituants n'ont envisagé de calculer le quorum de présence en tenant compte de député-e-s qui participeraient, à distance, aux débats.

Les temps changent peut-être avec la digitalisation croissante de la société et du fonctionnement des autorités. Néanmoins, le débat parlementaire et les échanges verbaux ou non verbaux qui lui sont propres restent, aujourd'hui encore, associés à la présence physique des parlementaires dans la salle du Grand Conseil, voire à proximité immédiate de celle-ci⁴⁰. Le point décisif porte, à notre avis, sur la comparaison entre la présence physique dans la salle du Grand Conseil et la participation à distance. Lorsque l'une et l'autre seront jugées équivalentes, voire très proches, il sera envisageable de réinterpréter l'art. 96 al. 4 Cst. FR. On imagine notamment qu'un hologramme d'un membre du Grand Conseil à risque se trouve à sa place dans la salle du Grand Conseil. Cela relève peut-être de la musique d'avenir. Pour l'heure, il

³³ Bulletin officiel des séances de la Constituante (ci-après : BOC) 2002, p. 273 ; BOC 2003, pp. 276 et 709.

³⁴ Voir *infra* 4.

³⁵ Voir *infra* 4.

³⁶ Voir AUER, Kantone, N 171.

³⁷ Rapport final de la Commission thématique n° 54, Fribourg, décembre 2001, thèse 5.2.1.12.

³⁸ BOC 2002, p. 350.

³⁹ BOC 2002, p. 350 ; BO 2003, pp. 289 et 709.

⁴⁰ Dans le même sens à propos de l'Assemblée fédérale et du Parlement du canton de Zurich, WILHELM/UHLMANN, *Parlamente*, pp. 11 s.

nous semble douteux que la participation à distance soit pleinement comparable à la présence physique⁴¹, à tout le moins pour des débats hybrides en plénum lors desquels certain-e-s député-es siègent dans la salle du Grand Conseil et d'autres participent à distance aux débats et aux votes. Une analyse différente prévaut éventuellement pour les séances des commissions parlementaires et pour les séances plénières entièrement à distance en cas de confinement très strict.

L'ordonnance parlementaire COVID-19 s'avérait en tout cas compatible avec l'art. 96 Cst. FR si la majorité des membres du Grand Conseil étaient physiquement présents dans la salle du Grand Conseil, voire à proximité immédiate de celle-ci, et si seuls quelques député-e-s à risque participaient aux débats et prenaient part aux votes à distance. Dans une telle hypothèse, la nature des débats et votes parlementaires n'était pas modifiée. En d'autres termes, une interprétation conforme à l'art. 96 Cst. FR demeurerait possible, ce qui revenait toutefois à resserrer la portée de l'ordonnance parlementaire COVID-19, laquelle ne fixait aucune limite. La loi sur la participation à distance, quant à elle, indique expressément que « [l]es membres du Grand Conseil qui participent à distance à la session ne sont pas comptabilisés dans le quorum » (art. 1 al. 3). Cette approche prudente est pleinement compa-

⁴¹ S'agissant de l'Assemblée fédérale, voir, par analogie, CARONI/GRAF, *Sessionsteilnahmegarantie*, N 47 : « Ein gänzlich virtuelles Parlament ist nicht vereinbar mit der von der Verfassung verlangten physischen Teilnahme der Ratsmitglieder an den Ratsverhandlungen und kann nur in einer Ausnahmesituation wie der Covid-Krise als vorübergehender (aber durchaus vorzubereitender) Notbehelf gerechtfertigt werden. Die Unmittelbarkeit des persönlichen Kontaktes sowohl unter den Ratsmitgliedern als auch zwischen den Ratsmitgliedern und Dritten (der Öffentlichkeit) ist unverzichtbar für eine qualitativ befriedigende Meinungsbildung und Entscheidungsfindung im Parlament. Das Parlament braucht einen physischen Ort, um seine Funktion als «Forum der Nation» wahrzunehmen und die «Gesamtheit der Vielfalt des Parlaments» aufzuzeigen. ».

tible avec l'art. 96 Cst. FR et évite d'éventuelles controverses ultérieures sur la portée de cette norme constitutionnelle.

4. Les exigences découlant de la loi sur le Grand Conseil

4.1 Le fonctionnement des commissions parlementaires (art. 21–24)

Le fonctionnement des commissions parlementaires est défini par les art. 21 à 24 LGC. Ces articles sont rédigés de manière souple. Il faut vraisemblablement comprendre que la majorité des membres doivent être physiquement présents pour que la commission siège valablement (art. 21 al. 1 LGC). Ce point peut néanmoins être discuté. Le terme « présence » qu'utilise cette disposition signifie sans doute, à l'origine en tout cas, une présence physique. L'art. 21 al. 1 LGC n'exclut en revanche pas une participation à distance pour une partie des député-e-s.

Pour le surplus, aucune norme de la loi sur le Grand Conseil n'exclut une participation à distance⁴². Dans cette optique, une ordonnance parlementaire fondée sur l'art. 209 LGC pourrait prévoir une telle modalité. Afin de ne prendre aucun risque quant à la légalité de cette ordonnance, il était plus prudent de continuer à considérer que l'art. 21 al. 1 LGC implique la présence physique d'une majorité des membres d'une commission. Par ailleurs, cette disposition peut parfaitement être révisée afin de permettre une participation intégralement à distance. Il est aussi admissible d'adopter une loi spéciale telle que la loi fribourgeoise sur la participation à distance. Cette loi permet la tenue de séances « intégralement en vidéo-conférence », la participation à distance n'étant toutefois pas autorisée lors des séances des commissions qui se tiennent en présentiel (art. 3). Le droit

⁴² S'agissant des commissions parlementaires fédérales, voir, par analogie, WILHELM/UHLMANN, *Parlamente*, p. 11.

supérieur ne s'oppose pas à un tel régime binaire, c'est-à-dire soit à distance, soit en présentiel.

4.2 Les sessions du Grand Conseil (art. 105–122 LGC)

La loi sur le Grand Conseil se fonde sur l'idée que les débats et votes parlementaires se déroulent *en présentiel*. Ce constat découle de la lecture combinée de plusieurs articles de cette loi. L'art. 118 al. 2 LGC s'inscrit clairement dans cette perspective et constitue la norme la plus pertinente à cet égard, puisqu'il prévoit que « [l]es membres interviennent, debout, et votent à la place qui leur a été attribuée ». Cet article a été adopté sans aucune discussion lors des délibérations relatives à la loi sur le Grand Conseil, et aucune participation à distance n'a été alors envisagée⁴³.

Compte tenu de l'art. 118 al. 2 LGC notamment, force est d'admettre que la participation à distance aux délibérations et aux votes en plénum n'est ni prévue ni même permise par la loi sur le Grand Conseil. L'analyse ne s'arrête cependant pas là. Il convient encore de déterminer si le Grand Conseil s'est réservé la possibilité de modifier le régime en présentiel par le biais d'une ordonnance parlementaire. L'interprétation de l'art. 209 LGC s'avère décisive dans ce contexte⁴⁴.

Depuis son entrée en vigueur, le 17 novembre 2020, la loi sur la participation à distance constitue une loi spéciale par rapport à la loi sur le Grand Conseil. En vertu des principes *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generali*, l'application de la première n'est pas entravée par la seconde.

4.3. La procédure lors des débats (art. 123–158 LGC)

L'analyse qui précède est notamment confirmée par la procédure de vote « par assis et levé » (art. 134 al. 2 et 136 LGC), laquelle repose aussi sur l'idée que les député-e-s votent en présentiel. Les articles sur le quorum (art. 124 LGC) et sur le vote électronique (art. 134 al. 1 et 135 LGC) sont, quant à eux, formulés de manière plus souple. Si le quorum est déterminé sur la base des « présences » (art. 124 al. 1 *in fine* et 2 LGC) ou des « membres présents » (art. 124 al. 4 *in initio* LGC), il ne ferme pas la porte, une fois qu'il est atteint, à une participation à distance. L'art. 135 LGC n'empêche pas, à lui seul, un vote à distance. Comme nous l'avons vu, la limite résulte de l'art. 118 al. 2 LGC. La loi sur la participation à distance prévoit désormais que « [l]e droit de voter à distance devient caduc lorsque le vote a lieu par assis et levé ou au bulletin secret » (art. 1 al. 2). Cette approche prudente évite notamment des difficultés pratiques que pourrait poser un vote à distance non limité.

4.4. Le droit complémentaire (art. 209 LGC)

L'interprétation de l'art. 209 LGC, intitulé « Droit complémentaire », s'avérerait décisive pour ce qui concernait la validité de l'ordonnance parlementaire COVID-19. En vertu de cet article, « [l]e Grand Conseil peut préciser par voie d'ordonnance parlementaire le détail de son organisation et de son fonctionnement »⁴⁵. Il convient dès lors d'interpréter cet article en se basant sur le pluralisme méthodologique cher au Tribunal fédéral⁴⁶.

Du point de vue *littéral*, les termes utilisés – « préciser » et « détail » en français,

⁴³ Bulletin officiel des séances du Grand Conseil 2006, pp. 1513 s.

⁴⁴ Voir *infra* 4.4.

⁴⁵ Version en allemand : « Der Grosse Rat kann in einer Parlamentsverordnung die Einzelheiten seiner Organisation und seiner Arbeitsweise genauer regeln. ».

⁴⁶ En droit public, voir notamment ATF 142 V 457, c. 2.1 ; ATF 139 II 173, c. 2.1.

« Einzelheiten » et « genauer » en allemand – indiquent que la compétence du Grand Conseil est limitée. Il n'est nullement question de permettre au Grand Conseil de modifier, même temporairement, le régime légal, encore moins d'y déroger.

Sur le plan *systematique*, cet article est placé à la fin de la loi, laissant entendre qu'il permet l'adoption de normes d'exécution, aussi appelées normes secondaires, par opposition à des normes de substitution, également qualifiées de normes primaires⁴⁷. Cet emplacement est en effet classique pour l'attribution d'une compétence générale permettant de régler les détails. En revanche, il est inhabituel pour une norme permettant de modifier une loi par le biais d'une ordonnance. Du reste, lorsque le législateur ordinaire – le Grand Conseil sous le contrôle du peuple par le biais du référendum facultatif (art. 46 al. 1 let. a Cst. FR) – délègue au seul parlement, les conditions de la délégation législative trouvent application (cf art. 93 al. 1 et 2 Cst. FR), même si une plus grande souplesse est de mise dans ce cas que lorsque la délégation est en faveur du gouvernement⁴⁸. L'art. 93 al. 2 Cst. FR indique d'ail-

⁴⁷ Les normes secondaires sont celles qui ne sortent pas du cadre de la loi, qui ne font que préciser et concrétiser celle-ci ou qui fixent les modalités d'application de la loi lorsque cela est nécessaire. Les normes primaires sont, en revanche, celles qui étendent ou restreignent le champ d'application de la loi, confèrent des nouveaux droits ou imposent des nouvelles obligations qui ne se trouvent pas dans la loi.

⁴⁸ ATF 128 I 327, c. 4.1 : « Hinsichtlich der Delegation von Rechtssetzungszuständigkeiten hat das Bundesgericht die bundesverfassungsrechtlichen Anforderungen an die erforderliche gesetzliche Grundlage in einer reichen Praxis umschrieben. Die Delegation wird im Allgemeinen anerkannt, wenn sie in einem formellen Gesetz enthalten ist, nicht durch das kantonale Recht ausgeschlossen wird, sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und das Gesetz die Grundzüge der Regelung selber enthält, soweit die Stellung der Rechtsunterworfenen schwerwiegend berührt wird [...]. Diese Rechtsprechung ist in erster Linie ausgerichtet auf die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an die Exekutive; geringere Anforderungen werden gestellt in Bezug auf

leurs que « [l]es règles de droit d'importance doivent toutefois être édictées sous forme de loi »⁴⁹. L'art. 1 al. 1 de l'ordonnance parlementaire COVID-19 permettait, potentiellement, à *chaque député-e*, si elle ou il était jugé-e à risque, de débattre et de voter à distance en plénum. Avec de bons arguments, il pouvait être soutenu qu'il s'agissait d'un changement important, voire majeur, du fonctionnement séculaire du Grand Conseil⁵⁰, c'est-à-dire de « l'autorité suprême du canton, sous réserve des droits du peuple » (art. 94 Cst.).

Dans une optique *historique*, l'art. 209 LGC n'a donné lieu à aucun débat au sein du Grand Conseil. S'il s'était agi de permettre au Grand Conseil de déroger au régime légal, il est vraisemblable que la discussion aurait porté sur d'éventuelles limites en la matière.

Enfin, dans une perspective *téléologique*, le but de la norme est de permettre au Grand Conseil de régler le détail de son organisation et de son fonctionnement, selon une procédure moins lourde que la procédure législative ordinaire. Il n'est nullement question de modification, même temporaire, du régime ordinaire. Par ailleurs, l'art. 209 LGC n'est aucunement conçu pour contourner les exigences constitutionnelles et légales relatives à l'adoption d'actes urgents par le Grand Conseil et au référendum. Par comparaison, l'autre ordonnance parlementaire publiée au recueil *systematique* permet de recourir à des membres suppléants au sein de la Com-

die Delegation an das kantonale Parlament oder den kommunalen Gesetzgeber [...]. ».

⁴⁹ Cet alinéa n'a fait l'objet d'aucun débat significatif au sein de la Constituante mais a été reformulé entre les deux premières lectures (voir BOC 2003, pp. 276, 464 et 709 s. ; BOC 2004, p. 158).

⁵⁰ Sur la signification d'une norme dans le système politique comme critère d'appréciation de son importance, voir notamment MÜLLER/UHLMANN, *Rechtssetzungslehre*, N 230 ; RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX, *Verfassungsrecht*, N 2722.

mission des naturalisations⁵¹ ; elle s'inscrit cependant fondamentalement dans le cadre prévu par la loi sur le Grand Conseil puisque « [l]e recours aux membres suppléants ne modifie ni le nombre des membres appelés à siéger ni le quorum de la Commission des naturalisations » (art. 3 al. 2 de ladite ordonnance).

L'ordonnance parlementaire COVID-19 reconnaissait à *tout-e député-e à risque* « le droit de participer à distance aux débats et de voter à distance » (art. 1 al. 1 *in fine*). Elle créait ainsi un nouveau droit en faveur des parlementaires, non prévu par la loi sur le Grand Conseil, et constituait dès lors une norme primaire. De surcroît, elle allait à l'encontre du régime résultant de cette loi, en particulier de l'art. 118 al. 2 LGC, puisqu'elle permettait au plénum du Grand Conseil de débattre et de voter simultanément en présentiel et à distance. Il n'était d'ailleurs pas exclu qu'un nombre important de député-e-s bénéficiât, en pratique, de l'art. 1 al. 1 de ladite ordonnance, changeant alors la dynamique du débat parlementaire. En d'autres termes, cette disposition ne se bornait pas à préciser le fonctionnement du Grand Conseil et sortait, par conséquent, du cadre de l'art. 209 LGC.

La place éventuelle d'une règle telle que celle qui figurait à l'art. 1 al. 1 de l'ordonnance parlementaire COVID-19 se trouvait dans la loi sur le Grand Conseil⁵² ou dans une loi spéciale. En cas d'urgence, une loi peut entrer en vigueur sans attendre le délai de récolte des signatures et, en cas d'aboutissement d'une demande de référé-

rendum, la tenue de celui-ci (art. 92 al. 2 Cst. FR). Une décision prise à la majorité des député-e-s (56 membres du Grand Conseil) est cependant requise (art. 92 al. 1, 1^{re} phrase, Cst. FR ; art. 140, 141 al. 1 let. c et 150 LGC). Une procédure accélérée est prévue par la loi sur le Grand Conseil (art. 174 et 175 LGC). Une marge d'appréciation importante doit sans doute être reconnue au Grand Conseil pour déterminer quand l'urgence est atteinte. Les circonstances extraordinaires liées à l'épidémie du coronavirus pouvaient fonder une décision consistant à déclarer urgente une loi révisant la loi sur le Grand Conseil ou une loi spéciale⁵³. Le régime en place dans le canton de Fribourg depuis le 17 novembre 2020 s'inscrit dans cette perspective. L'adoption de la loi sur la participation à distance, qualifiée d'urgente, permet de respecter le principe de la légalité.

4.5 Le recours contre un acte d'application du Grand Conseil

En cas d'application de l'ordonnance parlementaire COVID-19 avant l'entrée en vigueur de la loi sur la participation à distance, il appartenait au Grand Conseil d'anticiper les conséquences d'un éventuel constat ultérieur de non-respect de la loi sur le Grand Conseil. À notre sens, deux motifs s'opposent à ce que les actes votés à distance par certain-e-s député-e-s et les décisions se basant sur de tels actes soient automatiquement frappés de nullité.

En premier lieu, le cœur de l'analyse repose sur l'interprétation de l'art. 209 LGC, et il nous semble que l'interprétation retenue par le Grand Conseil lors de l'adoption de l'ordonnance parlementaire COVID-19 n'était pas d'emblée insoutenable. En d'autres termes, le vice n'était ni grave ni

⁵¹ Ordonnance parlementaire du 20 novembre 2014 sur la suppléance au sein de la Commission des naturalisations (RSF 121.2).

⁵² S'agissant du droit zurichois, voir, par analogie, WILHELM/UHLMANN, *Parlamente*, p. 12 : « Die Kantonsverfassung schreibt öffentliche Verhandlungen vor (Art. 53 KV), äussert sich zu deren Form aber nicht, womit zumindest kein verfassungsrechtliches Hindernis für eine rasche Verankerung von Sitzungen auf elektronischem Wege *auf Gesetzesstufe* bestünde. » (nous mettons en évidence).

⁵³ S'agissant de la Confédération, voir, par analogie, STÖCKLI, *Gewaltenteilung*, N 35 ; comp. en outre BERNARD, *Parlement*, N 55.4.

manifeste⁵⁴. Plus précisément, la *nullité* d'un acte pris en application d'une norme est rarement retenue par les tribunaux et suppose de toute façon que trois conditions cumulatives soient réunies : le vice doit être grave, en raison de l'importance de la norme violée, considérée sous l'angle des principes lésés ; le vice doit être patent, manifeste ; l'admission de la nullité ne doit pas affecter gravement la sécurité du droit⁵⁵. Aucun droit fondamental et même aucun droit individuel relevant du droit ordinaire n'étaient violés en l'espèce. Par ailleurs, l'éventuelle participation au vote de député-e-s à distance ne correspondait à aucun des motifs usuels conduisant à admettre la nullité⁵⁶, même si le changement qu'entraîne le vote à distance est significatif d'un point de vue politique et historique⁵⁷. Dans cette perspective, il nous paraît fort douteux que la nullité soit retenue par un tribunal saisi en cas de litige relatif à un acte du Grand Conseil pris en application de l'ordonnance parlementaire COVID-19. Au demeurant, le principe de la

proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst. féd.) serait méconnu si une sanction si lourde était retenue.

En second lieu, il est imaginable qu'un acte du Grand Conseil pris en application de l'ordonnance parlementaire COVID-19 soit directement contesté en justice, y compris devant le Tribunal fédéral, en vue d'obtenir son annulation. Il est alors question d'*annulabilité* de l'acte. En l'espèce, l'acte a été adopté par la bonne autorité – le Grand Conseil – et par les membres de celui-ci. Un éventuel litige n'aurait concerné que la question de savoir si quelques député-e-s avaient ou non été valablement autorisé-e-s à participer au vote.

Dans un tel cas, un tribunal, saisi par un justiciable disposant de la qualité pour recourir⁵⁸, n'aurait vraisemblablement pas annulé l'acte⁵⁹, en tout cas s'il avait été adopté non seulement par une majorité des votants, mais aussi par une majorité des votants siégeant physiquement dans la salle du Grand Conseil. En revanche, les actes adoptés de manière serrée par le Grand Conseil auraient pu donner lieu à des contestations avec, éventuellement, une chance très réduite de succès. Il en serait, par exemple, allé ainsi d'un acte approuvé par 53 membres du Grand Conseil et rejeté par 50 autres membres, 5 député-e-s à risque votant à distance en faveur de l'acte. En somme, un enjeu fort délicat que soulevait l'application de l'ordonnance parlementaire COVID-19 se rapportait à la validité ou non des votes à distance lorsque le résultat du vote était serré. Même dans cette hypothèse toutefois, il nous semble que le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst. féd.) au-

⁵⁴ S'agissant des critères définis par le Tribunal fédéral, voir notamment ATF 145 IV 197, c. 1.3.2 et les références jurisprudentielles : « Fehlerhafte Entscheide sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (wie beispielsweise der Umstand, dass der Betroffene keine Gelegenheit hatte, am Verfahren teilzunehmen). Die Nichtigkeit eines Entscheides ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten [...] ». ».

⁵⁵ ATF 138 II 501, c. 3.1 ; ATAF 2019 VI/6, c. 6.2. En doctrine, voir notamment MOOR/POLTIER, Droit administratif II, pp. 366 s. ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, pp. 354 s., N 1015–1020 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, pp. 240 s., N 1098.

⁵⁶ Sur ces motifs, voir DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, pp. 355, N 1021 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, pp. 241–244, N 1102–1134.

⁵⁷ Voir *supra* 4.4.

⁵⁸ Sur ce point, voir DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif, p. 353, N 1011 : « [L]e régime de l'annulabilité se caractérise par le fait que le vice qu'il sanctionne ne peut être invoqué que par des personnes déterminées, dans des formes et des délais prescrits, auprès d'une autorité compétente ».

⁵⁹ Voir, par analogie, MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 371 ; voir en outre TANQUEREL, Droit administratif, pp. 317 s., N 895–899.

rait en principe conduit à maintenir l'acte, en particulier parce que l'ordonnance parlementaire COVID cherchait à augmenter la participation des député-e-s – et donc des représentants directs du peuple – au vote. Aussi le risque d'annulation de l'acte lors d'un recours nous paraissait-il faible, y compris dans cette dernière hypothèse. En résumé, les chances de succès d'un recours dirigé contre un acte pris en application de l'ordonnance parlementaire COVID nous semblent très réduites. Si un recours avait tout de même été jugé recevable puis admis, seul l'acte contesté aurait été annulé. Les autres actes du Grand Conseil votés en application de l'ordonnance parlementaire COVID seraient restés valables. L'adoption et l'entrée en vigueur de la loi sur la participation à distance le 17 novembre 2020 closent ce débat. En effet, les votes reposent désormais sur un fondement légal solide.

5. Conclusion

Tant la Constitution fédérale que la Constitution fribourgeoise laissent une grande marge de manœuvre au Grand Conseil pour fixer les règles relatives à son organisation et à son fonctionnement. Ni l'une ni l'autre n'interdisent la participation à distance aux débats et aux votes.

Le Grand Conseil est habilité à adopter une règle permettant à des député-e-s atteint-e-s dans leur santé ou mis-es en quarantaine sur avis médical de participer à distance aux débats et aux votes lorsqu'ils sont en mesure de le faire. Afin d'éviter des litiges ultérieurs, il est préférable de ne pas tenir compte de ces député-e-s lors de la détermination du respect du quorum de présence fixé tant par la Constitution fribourgeoise (art. 96 al. 4 Cst. FR) que par la loi sur le Grand Conseil (art. 124 LGC). De plus, afin d'éviter des discriminations en raison de l'état de santé, le doit fribourgeois devrait viser tou-te-s les député-e-s empêché-e-s de participer physi-

quement aux sessions pour des raisons de santé et pour autant que cela soit attesté par un avis médical. La loi sur la participation à distance s'inscrit dans ces limites et ne prête dès lors pas à la critique. Au contraire, elle représente une avancée très intéressante en matière de participation à distance aux travaux d'un parlement.

L'art. 209 LGC n'offrait pas un fondement légal suffisant à la règle prévue à l'art. 1 al. 1 de l'ordonnance parlementaire COVID-19. La place éventuelle d'une telle règle se trouve dans une loi, fût-elle urgente. Une application de l'ordonnance parlementaire COVID-19 aurait en particulier pu conduire à ce que les votes à distance ne soient en définitive pas comptabilisés, créant une insécurité juridique notamment en cas de votes serrés. Le Grand Conseil a rétabli une situation conforme au principe de la légalité en adoptant la loi sur la participation à distance, ce qu'il convient de saluer.

Enfin, l'ordonnance 2 COVID n'était déjà plus en vigueur⁶⁰ à un moment où l'ordonnance parlementaire COVID-19 l'était encore. Pour autant, cela ne conduisait ni à la nullité ni à la caducité de ce dernier acte. En effet, l'ordonnance parlementaire COVID-19 effectuait un renvoi statique à l'ordonnance 2 COVID⁶¹, si bien que la norme qui figurait dans l'ordonnance fédérale était, en quelque sorte, incorporée dans la norme cantonale et faisait partie de celle-ci⁶². Il fallait cependant que l'ordonnance fédérale, désormais abrogée, demeurât accessible. Dans cette optique, il se serait justifié d'insérer, dans l'ordonnance parlementaire COVID-19, une note de bas de page opérant un renvoi à la page

⁶⁰ Voir l'ordonnance 3 du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) qui, par son art. 28, abrogeait l'ordonnance 2 COVID-19 (RO 2020 2195, 2205).

⁶¹ Sur les renvois normatifs, voir notamment MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, pp. 144 s. ; MÜLLER/UHLMANN, *Rechtssetzungslehre*, N 360 ss. ; FLÜCKIGER, *Loi*, pp. 562–564.

⁶² Sur ce point, voir notamment MÜLLER/UHLMANN, *Rechtssetzungslehre*, N 360, 362, 365 et 367.

pertinente du Recueil officiel du droit fédéral. Depuis le 17 novembre 2020, la loi sur la participation à distance contient des notions autonomes et n'opère aucun renvoi à une norme fédérale. Cette autonomisation nous paraît préférable, spécialement à une période et dans des domaines qui se caractérisent par une grande mutabilité des règles de droit.

Bibliographie

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (*Petit Comm. Cst.-AUTEUR*)
- AUER ANDREAS, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne 2016 (*Kantone*)
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, 2 vol., 3^e éd., Berne 2013 (*Droit constitutionnel I ou II*)
- BERNARD FRÉDÉRIC, *Le rôle du Parlement dans des situations extraordinaires*, Jusletter du 15 février 2021 (*Parlement*)
- BIAGGINI GIOVANNI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar*, 2^e éd., Zurich 2017 (*Komm. BV*)
- CARONI ANDREA/GRAF MARTIN, *Wahrung der Sessionsteilnahmegarantie in einer Pandemie?*, Jusletter du 15 février 2021 (*Gewaltenteilung*)
- DUBÉY JACQUES, *Droits fondamentaux*, 2 vol., Bâle 2018 (*Droits I/II*)
- DUBÉY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014 (*Droit administratif*)
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., St-Gall/Zurich 2014 (*SGK BV-AUTEUR*)
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, *(Re)faire la loi – Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne 2019 (*Loi*)
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich/St-Gall 2016 (*Verwaltungsrecht*)
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, *Grundrechte*, 3^e éd., Berne 2018 (*Grundrechte*)
- MARTENET VINCENT, *Géométrie de l'égalité*, Zurich/Paris/Bruxelles 2003 (*Égalité*)
- MARTENET VINCENT/DUBÉY JACQUES (édit.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle 2021 (*CR Cst.-AUTEUR*)
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif*, vol. I, 3^e éd., Berne 2012 (*Droit administratif I*)
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd., Berne 2011 (*Droit administratif II*)
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3^e éd., Zurich 2013 (*Rechtssetzungslehre*)
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz*, 4^e éd., Berne 2008 (*Grundrechte*)
- PETERS ANNE, *Diskriminierungsverbote*, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (fond.) et Jörg Paul Müller/Daniel Thürer (coord.), *Handbuch der Grundrechte – Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg et Zurich/St-Gall 2007, 255–299 (*Diskriminierungsverbote*)
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3^e éd., Bâle 2016 (*Verfassungsrecht*)
- STÖCKLI ANDREAS, *Gewaltenteilung in ausserordentlichen Lagen – quo vadis?*, Jusletter du 15 février 2021 (*Gewaltenteilung*)
- TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Zurich 2018 (*Droit administratif*)
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^e éd., Berne 2016 (*Staatsrecht*)
- TÖNDURY ANDREA M., *Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie – Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV*, Zurich 2004 (*Gewährleistung*)
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (édit.), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle 2015 (*BSK BV-AUTEUR*)
- WILHELM MARTIN/UHLMANN FELIX, *Herausforderungen für Parlamente in der Corona-Krise – Versuch eines Überblicks*, *Parlament, Parlamento* 2/2020, pp. 4–13 (*Parlamente*) ●



Le vote à distance dans un parlement comptant des députés suppléants: reculer un peu pour mieux sauter ?

Laurent Koelliker, Sautier du Grand Conseil du canton de Genève

1. Introduction

La pandémie de COVID-19 qui s'est propagée en Europe et en Suisse à la fin de l'hiver 2020 a passablement bouleversé le calendrier des Pouvoirs législatifs, dont celui du parlement genevois.

Le 13 mars 2020, le Grand Conseil de la République et canton de Genève est en session dans la Salle Popov prêtée au parlement par l'Union internationale des télécommunications (UIT) alors que les travaux de réfection de l'Hôtel de Ville se poursuivent. Faisant suite aux décisions du Conseil fédéral, la session en cours s'interrompt prématurément, la session d'avril est annulée et les séances des commissions sont suspendues.

2. Le parlement genevois au temps de la première vague

Sur le moment, le bouleversement est tel que l'idée d'instaurer un vote à distance ne figure pas à l'agenda. Très vite en revanche se pose la question des moyens à mettre en place pour permettre au parlement, ou à ses commissions dans un premier temps au moins, de reprendre une activité dans le respect des conditions sanitaires du moment. En effet, certaines commissions dont celles des finances et des travaux disposent de compétences propres pour engager des dépenses (dépassement de crédits ou crédits supplémentaires) qui ne souffrent pas de délai.

La tenue de séances dans les salles habituelles étant impraticable du fait de la limitation des réunions à cinq personnes, différents systèmes de vidéoconférences sont examinés. C'est finalement le plus simple d'utilisation qui est retenu, afin de ne pas créer une exclusion numérique au sein de la députation. La Commission des finances et la Commission des travaux testent le système et, celui-ci fonctionnant à satisfaction, il est proposé aux autres commissions qui le souhaitent. Ainsi, après Pâques, les commissions du parlement se mettent toutes à la vidéoconférence, ce qui revient pour ainsi dire à mettre en place un système de vote à distance pour toutes et tous, chaque membre de la commission étant appelé par le président au moment du vote, sur le mode du vote par appel nominal. Les commissions peuvent ainsi assumer à nouveau leur rôle dans le cadre des travaux préparatoires aux décisions du parlement.

Au niveau des séances plénières, alors que le parlement de Zürich a fait œuvre de pionnier en mars, l'accent est mis sur la recherche d'une salle répondant aux normes sanitaires plutôt qu'à la mise en place de moyens électroniques pour siéger à distance. On a bien évoqué la tenue d'une session plénière entièrement par vidéoconférence avec les cent députés, ne serait-ce que pour constater l'état de nécessité décrété par le Conseil d'Etat en application de l'article 113 de la Constitution genevoise. La faisabilité technique d'une telle séance aurait probablement été menée plus avant si la perspective d'une interdiction durable des réunions parlementaires avait été d'actualité.

Cette piste du « tout à distance » est abandonnée grâce à l'assouplissement des me-

sures de semi-confinement et par la mise à disposition d'une nouvelle salle plus spacieuse et équipée d'un système de vote électronique au Centre international de conférence de Genève (CICG). Le Grand Conseil y reprend ses travaux en mai et les commissions trouvent également des salles adaptées pour tenir à nouveau leurs séances en « présentiel », de sorte que la plupart des commissions renonce à la vidéoconférence à l'été 2020.

Au cours de cette première période, l'utilisation des moyens électroniques pour siéger à distance a surtout été vue comme une mesure pragmatique pour répondre à l'urgence, mais la préférence d'une majorité de députés portait sur le rétablissement des séances en présence des membres du Grand Conseil dans une salle.

3. Surfer sur la deuxième vague et l'augmentation du nombre d'absents

A la rentrée de septembre les députés genevois retrouvent le même mode d'organisation qu'à fin juin, avec les commissions siégeant dans des salles permettant un plus grand espacement des députés et les plénières toujours organisées au CICG.

Mais au début octobre, le nombre de personnes atteintes par le virus augmente à nouveau, notamment après la session des 1^{er} et 2 octobre. La situation devient plus tendue à la session des 29 et 30 octobre où, même en faisant appel aux suppléants, le Grand Conseil n'est pas au complet. Il le sera à nouveau à la session de fin novembre et à celle de décembre consacrée au budget, les députés suppléants parvenant à remplacer les députées et les députés placés à l'isolement ou en quarantaine. Toutefois, la situation d'octobre a remis à l'ordre du jour la question du vote à distance pour permettre au Grand Conseil de siéger au complet.

Or, la question de l'absentéisme n'est pas nouvelle, mais elle a connu un regain d'inté-

rêt à l'occasion de la pandémie de COVID-19. En effet, de tout temps, il est arrivé que le Grand Conseil genevois siége avec des députés absents pour différents motifs. Cette situation était fréquente jusqu'à l'entrée en vigueur de la constitution de 2012. Parfois, l'absence d'un seul membre du Grand Conseil pouvait renverser la majorité lors d'un vote. Cette situation était acceptée et le résultat du vote n'était pas contesté.

Les absences sont devenues plus rares avec la création de la fonction de député suppléant à partir des élections de 2013. Toutefois, même avec ces remplaçants, il est encore arrivé que le Grand Conseil ne siége pas au complet, avec des inversions de majorité possible, là aussi sans contestations. Ce qui était admis comme faisant partie des aléas de la vie parlementaire en temps ordinaire est devenu moins acceptable, voire insoutenable, en situation particulière de pandémie, peut-être parce que les enjeux étaient considérés comme cruciaux pour la collectivité.

A Genève, la question s'est posée de manière marquée lors de la session de fin octobre lorsque les suppléants ne sont pas parvenus à remplacer tous les absents. Le taux de présence maximum s'est trouvé ramené à 95%, sans toutefois avoir un effet sur la majorité parlementaire. Ainsi, par exemple, le projet disputé de la nouvelle prison des Dardelles a été refusé par une voix de majorité début octobre (45 non contre 44 oui et 7 abstentions, soit un total de 96 votants) et la motion proposant une nouvelle politique pénitentiaire défendue par les opposants à la prison a été acceptée un mois plus tard par 44 oui, 42 non et 2 abstentions, soit un total de 88 votants. La majorité pour refuser le premier objet début octobre s'est retrouvée pour accepter le second à la fin de ce mois, même avec des absents plus nombreux.

La question de la participation au complet des membres du Grand Conseil a trouvé toute son importance dans la perspective du débat budgétaire de décembre où une

majorité qualifiée était requise (majorité des membres du Grand Conseil, soit 51 voix) pour adopter un budget annoncé comme largement déficitaire. Dans ce cas, comment traiter une situation avec 50 députés présents favorables au budget et un député, favorable également, mais placé en quarantaine ?

L'accord des partis gouvernementaux sur le vote du budget offrant une majorité bien plus large que les 51 voix requises et le fait que les suppléants aient pu remplacer tous les absents lors des sessions de novembre et décembre ont rendu moins urgente la mise en place d'un système de vote à distance, sans toutefois régler la problématique du « député déterminant » absent.

Comme nous l'avons vu, l'existence de députés suppléants a permis, dans cette situation, comme dans d'autres, au Grand Conseil genevois de combler les absences ponctuelles des députés titulaires. En revanche, la question des députés absents s'est posée différemment et avec plus d'acuité dans les parlements ne connaissant pas ce système de remplacement. On ne citera que le cas de l'Assemblée fédérale ou du Grand Conseil de Fribourg où des moyens innovants ont été mis en place après l'adoption de bases légales *ad hoc*.

Si ces solutions ont pu être appliquées à satisfaction, on relève cependant que l'attachement au principe de siéger dans la salle des débats est fort et que la possibilité de voter à distance, parfois sans même pouvoir participer au débat, reste une mesure temporaire et exceptionnelle, du moins au niveau du Conseil national.

L'avenir dira si ce qui a été mis en place de manière limitée dans le temps pour la période de pandémie est appelé à être pérennisé pour les situations d'absence de la vie courante.

4. Considérations pratiques

Il n'en demeure pas moins que le vote à distance requiert plusieurs conditions pour

assurer sa sécurité et sa praticabilité, en respectant notamment le principe de simultanéité et de visibilité du vote. Il ne faut pas non plus négliger les réclamations potentielles fondées sur des problèmes techniques. Les sources de contestations ne doivent pas être dédaignées, d'autant plus qu'à la différence des votes en commission qui restent des travaux préparatoires, les décisions prises en plénière sont définitives.

Tout vote à distance requiert l'utilisation d'Internet et se trouve par conséquent exposé à un risque d'intrusion ou de manipulation. La sécurité absolue n'existe pas, même si elle peut être minimisée, les coûts augmentant de manière exponentielle lorsque l'on tend à garantir une sécurité à 100%.

Indépendamment de ces considérations avant tout techniques qui demandent une authentification forte des terminaux, un matériel standardisé et configuré par les services informatiques des parlements, se pose la question de la simultanéité du vote. Que faire si un problème d'authentification survient, une interruption du WiFi au moment du vote, le lien n'est pas reçu à temps, etc. Tout ceci demande une augmentation de l'assistance technique pendant les sessions et a donc un coût, sans compter des contestations ultérieures, voire des recours juridiques qui pourraient retarder l'entrée en vigueur de décisions ou remettre en cause la sécurité du droit.

Si l'on prend l'exemple genevois et pour mettre en exergue un simple problème technique, la diffusion sur Internet et à la télévision locale est différée respectivement de dix et de quarante secondes pour permettre l'incrustation du sous-titrage et de la traduction en langue des signes. Dès lors que le temps de vote dure dix secondes, il s'agirait de trouver un moyen pour que le député siégeant à distance suive la séance en temps réel, via un troisième canal de diffusion, pour pouvoir voter en même temps que ses collègues. Il serait en effet problé-

matique que certains se prononcent une fois connu le résultat du vote dans la salle ou sans voir l'évolution du vote en direct.

Mais, même en réglant cette question, reste le problème de l'agrégation du résultat de la salle avec le résultat du vote à distance. Si le temps pour additionner les deux résultats peut être considéré comme marginal et négligeable lorsque les votes par séance se comptent sur les doigts des deux mains, comment faire avec les plus de deux-cents votes de la session de novembre auxquels le Grand Conseil genevois a procédé ? Qu'il s'agisse du système où l'on additionne manuellement les résultats (Fribourg) ou du système où le vote s'affiche directement dans la salle moyennant l'envoi préalable d'un lien unique (Assemblée fédérale), la multiplication de votes se succédant à bref intervalle, parfois toutes les trente secondes devient un obstacle rédhibitoire.

Le système développé par l'Assemblée fédérale règle au moins le problème de l'affichage de tous les votes sur un écran unique, règle prévue par la loi portant règlement du Grand Conseil genevois, En revanche, le député siégeant à distance ne peut pas intervenir dans le débat, restriction qui ne serait pas sans poser problème. Pour le surplus, en cas de problème technique l'empêchant de participer au vote, cette situation ne peut être invoquée pour remettre en cause le résultat du vote.

Pour contourner ces difficultés, des scénarii alternatifs ont été envisagés sans être forcément plus séduisants. Dans l'hypothèse où le Grand Conseil ne pourrait pas du tout siéger, mais devrait malgré tout se prononcer sur l'état de nécessité, le système de vidéoconférence des commissions pourrait être utilisé avec un vote final par appel nominal. On le conçoit aisément, cette solution n'est praticable que pour traiter un sujet vital et avec un nombre de votes très limité.

La solution de remplacer les députés absents par des membres du secrétariat du parlement recevant leur consigne de vote à distance, un peu comme lors d'une vente

aux enchères, serait aussi problématique car elle empêcherait la participation au débat, exposerait les intermédiaires et ne permettrait de suppléer qu'un nombre très limité d'absents.

5. Perspectives d'avenir

La pandémie apparue au début de 2020 a causé des bouleversements considérables dans toutes les sphères de la société. Mais elle a engendré, dans la même proportion, des progrès et de l'innovation dans les domaines médicaux et des technologies de l'information pour ne citer qu'eux, afin de permettre à la société de continuer de fonctionner dans un environnement modifié.

Les séances par vidéoconférence, qui étaient plutôt anecdotiques, sont presque devenues la norme. De nombreux fournisseurs de logiciels ont développé rapidement de nouvelles solutions pour améliorer les plateformes disponibles. Au niveau de l'informatique parlementaire, des solutions révolutionnaires ont été mises au point, comme nous l'avons vu plus haut, avec un niveau raisonnable de sécurité.

Il reste encore des progrès à faire pour permettre les interventions à distance, mais ici des considérations politiques entrent aussi en ligne de compte sur lesquelles cet article ne se prononce pas.

Comme nous l'avons vu, le parlement genevois n'a pas encore eu besoin de faire appel à ces nouvelles possibilités grâce à la présence de députés suppléants. En outre, n'ayant pas la maîtrise des outils informatiques qui lui sont prêtés tant par le CICG que par l'OMM, il devra attendre de retrouver sa salle des débats à l'Hôtel de Ville pour être à même de configurer son propre matériel et permettre – si une majorité modifie le règlement du parlement dans ce sens – le vote et la participation au débat à distance, pour les membres titulaires qui n'auraient pas pu être suppléés. Peut-être que la sortie de crise qui se profile à moyen terme, rendra cette problématique obsolète. ●



Vote et participation à distance au parlement fribourgeois : la démocratie en temps de pandémie

Kirthana Wickramasingam, Présidente
du Grand Conseil Fribourgeois en 2020

1. Le contexte

Le lundi 16 mars 2020, le Bureau du Grand Conseil Fribourgeois décidait par voie de consultation d'annuler la session de mars qui devait se tenir les 24 et 25 mars 2020. Cette session avait déjà été réorganisée en réduisant le programme et en la délocalisant, mais la dégradation rapide de la situation sanitaire et l'interruption de la session des Chambres fédérales ainsi que de celles de plusieurs parlements cantonaux ont conduit le Bureau à prendre cette décision radicale et inédite dans l'histoire de notre Parlement. Les séances de commissions furent également suspendues jusqu'à nouvel avis. Dès le 13 mars, le Conseil d'État avait déjà instauré l'état de « situation extraordinaire » selon l'art. 117 de notre Constitution lui permettant de prendre les mesures nécessaires « pour parer aux dangers sérieux, directs et imminents » (art. 117, Cst.-FR) par voie d'ordonnance. Même si une délégation du Bureau du Grand Conseil entretenait des contacts étroits avec le Conseil d'État et l'Organe cantonal de conduite durant cette période, il était primordial de tout mettre en œuvre pour que le Parlement puisse le plus rapidement possible reprendre ses activités et garantir ainsi le fonctionnement des institutions. Dès lors, plusieurs défis relatifs à son organisation se posaient afin d'assurer la tenue du travail parlementaire, notamment des commissions, et d'organiser la session suivante agendée en mai. Ayant

conscience que la crise était appelée à durer, il était nécessaire de mener des réflexions sur les mesures à prendre pour pouvoir fonctionner sur le long terme. Résilience, flexibilité et humilité ont été les maîtres-mots de cette période où ce qui était vrai un jour ne l'était plus forcément le lendemain.

2. 1^{ère} étape du fonctionnement à distance : les commissions parlementaires

Le travail des commissions parlementaires a pu reprendre grâce à la visioconférence de manière relativement rapide. Le Secrétariat du Grand Conseil, par le biais de son responsable informatique, a déployé son énergie à mettre en place un système qui permette aux commissions de siéger par visioconférence, dans un environnement très sécurisé. Le Parlement fribourgeois est un parlement « sans papier », ce qui signifie que nos parlementaires sont équipés pour un fonctionnement en ligne, chacun disposant d'un appareil et d'un compte Microsoft Office 365. L'outil *Teams* de Microsoft était donc le plus approprié. Les principaux défis résident dans la grande diversité du matériel informatique en possession des députées et les compétences très variées de ces dernières. L'informaticien du Grand Conseil a donc proposé des tutoriels vidéo afin que les parlementaires puissent aisément se connecter et utiliser l'outil ; en outre, il est resté très disponible pour apporter un soutien individualisé aux personnes qui en avaient besoin. A partir de la mi-avril, les séances de commission se sont tenues en visioconférence.

La visioconférence ne semble cependant pas adaptée à toutes les commissions, à l'instar de celle des naturalisations, qui auditionne les candidats à la citoyenneté. Raison pour laquelle le Bureau a étudié au cas par cas les demandes des commissions désireuses de siéger physiquement et leur a proposé le cas échéant de se réunir dans une salle répondant aux standards de sécurité édictés par l'Office fédéral de la santé publique. Si la dynamique n'est évidemment pas la même que lorsque l'on se réunit autour d'une table, la visioconférence n'empêche ni le débat, ni la prise de décision et l'expérience a montré qu'elle permet également de s'atteler à des débats complexes. Étant donné le nombre limité de membres dans les commissions, il n'y a pas eu de mise en place d'un système de vote formalisé, le vote pouvant être lancé dans l'onglet « conversation » par la présidence rendant le décompte des voix assez aisé.

Aujourd'hui encore, la visioconférence est recommandée pour les séances de commission mais n'est cependant plus obligatoire. Si bon nombre de commissions se réunissent en visioconférence, l'importance de certaines, ou les préférences de la présidence de la commission et de ses membres, fait que le présentiel est parfois privilégié. L'appréciation de la nécessité de la tenue d'une séance de commission en présentiel est laissée à la libre appréciation de la présidence et de ses membres. Cette première transition au fonctionnement à distance s'est opérée de manière naturelle, suivant le même mouvement qui se déroulait dans le reste de la société. Elle a également permis de poser les bases techniques qui permettront plus tard la participation et le vote à distance lors des séances plénières du Grand Conseil.

3. Situation inédite, solution inédite

Parallèlement, les réflexions du Bureau du Grand Conseil se sont portées sur l'or-

ganisation de la session prévue en mai. Le Conseil fédéral recommandait aux personnes dites « à risque » en raison de leur âge ou de leur santé de ne pas participer à des rassemblements importants et donc, *de facto*, de ne pas participer à une session en plénière du Grand Conseil. Constatant que 14 membres du Grand Conseil avaient 65 ans et plus, sans compter les personnes dont nous ignorons les pathologies ou qui pouvaient être enceintes, il était donc hautement probable que certains membres de notre Parlement ne puissent pas participer à la session. La situation sanitaire créait une discrimination (art. 8 Cst.-CH.) envers ces personnes pour qui l'exercice de leur droit démocratique en participant à la session impliquait de courir un risque pour leur santé. Outre la discrimination des individus se posait également la question de la représentativité en cas d'absence plus marquée dans certains groupes politiques. Mission a donc été donnée au responsable informatique de rechercher une solution technique permettant à ces personnes de pouvoir participer et voter à distance durant la session de mai. La volonté du Bureau du Grand Conseil était de ne pas se limiter à la question du vote mais bien de garantir la possibilité de la participation des membres à distance en leur proposant un droit de parole et de proposition comme s'ils et elles étaient en présentiel. Cependant, la question de la légalité du processus interrogeait certains membres. Il s'agissait de se poser la question de savoir s'il était plus préjudiciable d'un point de vue démocratique que certaines députées ne puissent pas exercer leur droit de vote et de parole ou de prendre un risque en tentant une approche inédite. Le Bureau du Grand Conseil a évalué que la non-participation aux débats de certaines catégories de personnes constituait un risque plus important pour le bon fonctionnement du Grand Conseil que la participation à distance aux débats et aux votes et qu'il était de son devoir de mettre en place les condi-

tions permettant aux députées d'exercer leur mandat dans le contexte des restrictions fédérales dues à la pandémie.

Nous ne pouvions nous reposer que sur peu d'exemple concrets : aucune expérience de ce type en Suisse mais néanmoins quelques exemples à l'international. Le Parlement européen a utilisé une procédure de vote et de participation à distance à partir du 26 mars 2020 dans l'idée de garantir que « le Parlement reste opérationnel, et en particulier son activité législative et budgétaire, tout en évitant la propagation du COVID-19¹ ». Le Sénat espagnol dispose depuis 2012 déjà d'une application de vote initialement conçue pour permettre aux sénateurs préalablement autorisés en raison d'une maladie, d'une grossesse ou d'une autorisation de maternité ou paternité de participer au vote à distance. Durant la crise, nous avons contacté les Services du Sénat et ils nous ont informé que l'entier du Sénat a pu utiliser l'application pour un vote, en l'occurrence l'entrée de la Macédoine du Nord dans le traité de l'OTAN (259 sénateurs ont voté à distance et 5 en présentiel). Les Services du Sénat étaient également en réflexion pour voir comment faire évoluer la pratique pour la suite. Ces quelques exemples nous ont montré qu'une possibilité existait.

4. 2^{ème} étape : les séances plénières du Grand Conseil

Comme nous l'avons déjà dit, même si nous sommes en situation exceptionnelle, il est fondamental dans une démocratie et un État de droit que le Parlement puisse reprendre son rôle dès que cela est possible afin de garantir le fonctionnement des institutions. Les parlements pouvaient siéger malgré l'interdiction de réunion de moins de 5 personnes. L'Office fédéral de la jus-

tice a rendu une décision dans ce sens à la suite de la demande du Parlement zurichois de pouvoir siéger. Il ne s'agissait donc pas d'organiser une séance intégralement virtuelle du Grand Conseil mais d'offrir la participation virtuelle à quelques députées à une séance ordinaire pendant la période de la pandémie.

5. Le déroulement concret

Le système mis en place doit garantir l'authentification des députées en excluant tout risque de falsification et leur permettre non seulement de voter mais d'intervenir lors des débats ou de faire des propositions. La limite des participantes et participants au vote et à la participation à distance est fixée pour le moment à 24. Les personnes qui souhaitent participer à distance doivent s'inscrire jusqu'au vendredi, 17h avant la session, celle-ci s'ouvrant mardi après-midi. Techniquement, nous nous sommes basés sur le logiciel *Teams* déjà à disposition des députées pour créer le système de vote et de participation à distance. Les participantes à distance suivent les débats en direct via la visioconférence. Une séance en visioconférence est créée chaque jour ; y participent les députées siégeant à distance, la présidente, l'informaticien ainsi qu'une scrutatrice. Les prises de parole sont demandées à la présidente via l'onglet « conversation » et elle peut leur donner la parole à n'importe quel moment du débat. Au moment où une personne prend la parole à distance, l'écran de la session *Teams* est projeté à l'écran dans la salle : ainsi tous les membres du Parlement peuvent voir et entendre la personne qui intervient à distance. Les prises de parole se sont jusqu'ici très bien déroulées exceptés quelques très rares soucis de connexion ou d'échos qui ont très vite été résolus. Parfois, certains députées présentes dans la salle n'ont même pas remarqué que les députées intervenaient à distance tant le processus était fluide

¹ <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20200325BKG75805/q-a-on-extraordinary-remote-participation-procedure>.

et la qualité de l'image et du son élevée. Concernant les votes, qui constituent l'aspect le plus critique en termes de sécurité, notre informaticien crée des formulaires via *Forms* pour chaque vote et les lance en créant des formulaires à remplir de manière unique et nominative. Les participantes à distance disposent de quelques secondes supplémentaires après la fermeture du vote par la présidente car il y a un petit délai de latence entre le lancement du vote en salle et celui lancé par l'informaticien sur le système. Le résultat est accessible directement à la fin du vote sous format Excel et le total des votes à distance est ajouté manuellement au total du vote en salle puis le résultat définitif proclamé. Donc seul le résultat annoncé par la présidence fait foi.

Concernant les aspects sécuritaires, notre système doit pouvoir garantir que la personne qui a voté est bien celle en droit de le faire. La sécurité du système repose sur plusieurs facteurs :

- Chaque députée dispose d'une adresse email associée à un compte utilisateur unique. Le compte utilisateur des députées nécessite l'ajout d'un mot de passe dit « fort ».
- L'accès au compte utilisateur lorsqu'il y a une installation sur la machine du logiciel proposé par l'État de Fribourg passe par une authentification à double facteur.
- Lors des votes à distance, les députées absentes de la salle doivent participer à la séance en visioconférence et allumer leur caméra. Une scrutatrice ou un scrutateur peut contrôler en direct que c'est bien le ou la députée qui participe au moment du vote.

Les formulaires pour les élections devant rester anonymes, le système permet d'attribuer un identifiant aléatoire et rendant impossible l'identification du votant. Seuls les huis-clos ne sont pas accessibles aux députées à distance car il est

impossible de garantir le respect de la confidentialité.

Un autre point majeur est l'accompagnement important que demande la mise en place de ce système afin de garantir qu'il fonctionne. Les députées qui participent à distance bénéficient d'une séance de test avant le déroulement de la session afin qu'ils et elles maîtrisent bien l'outil. Cela permet également d'éviter les problèmes en cours de session.

Lors de la session de mai 2020, 6 députées ont participé à la session à distance. La mise en œuvre de la procédure de participation et de vote à distance n'a pas été demandée pour les sessions de juin, août et septembre. En octobre, novembre et décembre et en février 2021, entre 4 et 6 députées ont sollicité la participation à distance et aux votes. Un conseiller d'État en quarantaine a également pu en bénéficier. La grande majorité des personnes qui sollicitent le système sont des personnes à risque. Le délai d'annonce de 4 jours avant la session est probablement plus problématique pour les cas de quarantaine.

6. Au niveau légal : de l'ordonnance parlementaire à la loi d'urgence

Évidemment, la loi sur le Grand Conseil fribourgeois n'avait pas prévu le cas de figure de la crise sanitaire actuelle et donc à situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles.

Dans un premier temps, le Bureau du Grand Conseil a choisi de régler la question légale par le biais d'une ordonnance parlementaire (art. 209 LGC).

Art. 209 Droit complémentaire

¹ Le Grand Conseil peut préciser par voie d'ordonnance parlementaire le détail de son organisation et de son fonctionnement.

Pour siéger valablement, il faut que le quorum en présentiel soit atteint. Il s'agit d'une interprétation souple des dispositions légales aux vues des circonstances. En soit,