



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/WYTENBACH, 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 mérite 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 de 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 âgées 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.

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 résolu (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 TONDURY, 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-e-s 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-

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

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. ».

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 concernerait 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 *systématique*, 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-

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 systématique permet de recourir à des membres suppléants au sein de la Com-

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

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/SCHEFER/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 droit 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/HOTTELIER 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*)
- DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, 2 vol., Bâle 2018 (*Droits I/II*)
- DUBEY 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/DUBEY 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, Parlamento 2/2020, pp. 4–13 (*Parlamento*) ●