



Le Parlement: un législateur créatif?

Possibilités et limites de la motion, de l'initiative parlementaire et de la modification de projets gouvernementaux

Georg Müller, professeur

Exposé prononcé lors de l'Assemblée annuelle de la Société suisse pour les questions parlementaires (SSP), le 22 septembre 2007 à St-Gall

Vous savez déjà, depuis l'envoi en mars de l'avis préliminaire concernant l'assemblée de cette année, que Martin Graf et moi-même, nous serons amenés aujourd'hui à croiser le fer. En effet, nous avons des vues opposées sur le rôle du Parlement dans le processus législatif. Nous l'avons déjà constaté lors de notre première et intense collaboration dans le cadre de la commission d'experts sur la répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral¹ qui avait été instituée par les Commissions des institutions politiques des chambres fédérales, et depuis nous nous sommes confirmé à plusieurs reprises, tant oralement que par écrit, que décidément nous n'étions pas d'accord. Entre-temps, nous avons vieilli, nous nous sommes assagis, et avec l'âge vient l'indulgence. Dans la deuxième édition de mon livre sur les éléments d'une théorie législative,² j'ai donc relativisé mes thèses sur le rôle du Parlement dans le processus législatif, eu égard compte notamment aux critiques de différents députés et de collaborateurs des Services du Parlement³. Nous sommes cependant convenus, Martin Graf et moi-même, d'exposer nos vues sans détour afin d'aviver la discussion.

Je me propose d'articuler mon exposé autour des questions suivantes:

1. Qu'entend-on par "créatif"?
2. L'activité législative est-elle créative?
3. Qui est le législateur?
4. Quel est l'organe du processus législatif qui doit être créatif, et dans quelle phase?
5. Sous quelles formes et par quelles procédures la créativité parlementaire doit-elle s'exprimer?

1. Qu'entend-on par "créatif"?

La définition de "kreativ" - du latin "creare" - qui est donnée par le dictionnaire allemand Duden⁴ rejoint celle du Robert.

"Créatif" signifie ainsi "qui est d'esprit inventif, qui a de la créativité".

Les conférenciers s'accordent sur cette définition.

2. L'activité législative est-elle créative?

La question de savoir si l'*activité législative* est un processus créatif est déjà moins évidente. Est-elle destinée à mettre en forme des idées nouvelles? Ne sert-elle pas plutôt à codifier des évolutions sociétales, à produire de l'ordre et de la stabilité, à prévenir des abus et à corriger des développements fâcheux? Des recherches récentes sur l'efficacité des mesures étatiques montrent que les possibilités du législateur de peser sur les comportements dans une société qui évolue rapidement dans un environnement complexe sont limitées.⁵ D'une part, nous n'avons qu'une connaissance imparfaite de la situation actuelle que nous voulons modifier par des normes juridiques, d'autre part, nous pouvons difficilement prévoir les effets d'une action normative. Enfin, seule une norme socialement acceptée est une norme efficace.⁶ Nous pouvons du reste tous constater quotidiennement - p. ex. en matière de circulation routière - qu'une règle sans assise sociale n'est pas applicable. Ainsi, légiférer consiste moins à façonner l'avenir qu'à s'adapter à des changements déjà entrés dans les moeurs et à intégrer les valeurs nouvelles d'une société. Lorsque le législateur - et cela se produit hélas trop fréquemment de nos jours - surestime son potentiel créatif, il ne compromet pas seulement le projet de réforme dont il s'est saisi, mais il ébranle également la confiance des citoyens dans l'efficacité du droit lui-même.

3. Qui est le législateur?

L'expression de "législateur" est en vérité trompeuse. Légiférer n'est pas la tâche d'un organe déterminé de l'Etat. Ce sont en réalité *plusieurs organes* qui, à des degrés divers, travaillent à l'élaboration de la loi. Le Parlement, le Gouvernement et l'administration doivent coopérer afin de mettre sur pied des lois irréprochables; parfois même, elles nécessitent de surcroît l'option populaire.

Les organes concernés doivent contribuer à la législation selon leur rôle particulier, leurs compétences ou leur *aptitude*. Il s'agit donc de veiller à une *répartition fonctionnelle* des tâches.

L'*administration* est particulièrement compétente pour réunir l'information, pour apporter le savoir-faire, pour insérer de nouvelles normes dans l'ordre juridique en vigueur et pour émettre des hypothèses sur leurs effets. Il incombe au *Gouvernement* de diriger les travaux législatifs et de prendre les décisions préliminaires d'ordre politique. Le *Parlement* procède, pour l'essentiel, à un "examen d'opportunité politique" des projets qui lui sont soumis par le gouvernement.

Ainsi, l'activité législative constitue moins *un travail de création qui aurait été dévolu originellement au Parlement* qu'un travail de *contrôle* des travaux préliminaires et des décisions préalables prises par le gouvernement et l'administration. La force du Parlement est d'évaluer l'acceptabilité politique d'un projet, et son rôle n'est pas de figurer minutieusement chaque détail de celui-ci.

Le *référendum* est un droit de veto donné au peuple, qui ne peut qu'adopter ou rejeter un projet dans son ensemble: les électeurs, en effet, ne participent pas à l'élaboration des lois. De même, l'*initiative populaire* ne constitue pas non plus, au

¹ Voir rapport du 15 décembre 1995, FF 1996 II 413.

² Georg Müller, *Elemente einer Rechtssetzungslehre (Eléments d'une théorie législative)*, Zurich/Bâle/Genève 2006, Rz. 395 ss., 409 ss.

³ Cf.: Dorle Vallender, *Die Rolle der Bundesversammlung bei der Gesetzgebung – Emanzipationstendenzen (Le rôle de l'Assemblée fédérale en matière de législation – Vers l'émancipation?)*, in: *LeGes* 2002/3, p. 49 ss.; Moritz von Wyss, *Gesetzesformulierung oder Gesetzesabsegnung durch das Parlament? (Le Parlement, faiseur ou avaliseur de lois?)*, in: *LeGes* 2002/3, p. 59 ss.

⁴ 4e édition, revue par Wolfgang Müller avec la collaboration de Rudolf Köster et Marion Trunk, Mannheim/Vienne/Zurich 1982.

⁵ Voir à ce sujet Müller (Anm. 2), Rz. 17 ss., avec renvois.

⁶ A ce sujet Manfred Rehbinder, *Rechtsoziologie (sociologie du droit)*, 4e édition, Munich 2000, Rn. 115 f.



fond, un instrument de participation du peuple au processus législatif, mais un moyen permettant aux minorités de présenter directement dans le processus de formation de la volonté politique des revendications politiques qui, dans le système de concordance, ne sont pas prises en considération ou ne peuvent s'imposer par elles-mêmes.⁷

4. Quel est l'organe du processus législatif qui doit être créatif, et dans quelle phase?

On l'a vu, l'activité législative est un processus coopératif. Il peut être décomposé en plusieurs phases: L'impulsion, le relevé de l'état actuel, la précision des objectifs, la définition de stratégies, la décision, la rédaction, l'examen de projet, la prise de décision, la publication et l'entrée en vigueur.

Au départ, il y a l'impulsion. Dans cette phase, la créativité est souhaitable, dans la mesure toutefois où elle n'est pas bornée par le cadre législatif lui-même. Les impulsions politiques peuvent venir du Parlement, mais aussi du Gouvernement, des médias ou de pétitions ou d'initiatives populaires. Une procédure législative peut également être déclenchée par le droit supérieur: ainsi, l'approbation d'un traité international ou l'adoption d'une modification constitutionnelle peuvent amener le législateur fédéral à édicter une loi, de même que l'action du législateur fédéral est elle aussi source de modification du droit cantonal. Pour ce type d'impulsions, ce n'est pas la créativité qui est déterminante, mais la mise en œuvre optimale du mandat législatif. Il en va de même lorsque l'impulsion réside dans une imperfection du droit en vigueur (p. ex. constatation d'effets secondaires indésirés, de lacunes ou de failles): il s'agit alors de rechercher simplement une solution appropriée pour éliminer le ou les défauts constatés.

Le relevé de l'état actuel ne constitue pas une phase propice à la créativité. Il s'agit à ce stade de cerner de la manière la plus précise et complète possible le cadre factuel et juridique où s'enracineraient les nouvelles normes, dans quelle mesure

celles-ci affecteraient la société et comment un régime juridique devrait être amendé. Cette analyse permet d'identifier la marge de manœuvre disponible sur le plan du droit, les limites à ne pas dépasser, les aspects auxquels il est inutile de toucher, les solutions envisageables pour influencer les évolutions à venir et les outils adéquats.

La précision des objectifs découle du relevé de l'état actuel et ne laisse donc guère de place à la créativité.

En revanche, il importe de faire preuve de créativité lors de la définition de stratégies permettant d'atteindre les objectifs visés. Il s'agit de répondre à des questions de fond touchant au contenu et à la forme des actes et identifier les avantages et les inconvénients des diverses solutions. La mise au point de stratégies est une affaire complexe, qui doit être laissée aux spécialistes de l'administration, qui eux-mêmes peuvent parfois préférer s'appuyer sur des experts extérieurs.

Choisir une stratégie, c'est avant tout choisir entre différentes solutions possibles. La décision comporte du reste une dimension politique: selon la portée des enjeux, elle devra être prise soit par le Gouvernement, soit par le Parlement.⁸

Dans la phase de la rédaction du projet de loi, la créativité est tout au plus linguistique, les idées étant désormais fixées.

L'examen de projet n'exige lui non plus aucune créativité: il s'agit d'une phase d'évaluation où interviennent des simulations, des modélisations ou encore des enquêtes auprès des milieux intéressés – p. ex. dans la procédure de consultation –, destinées à vérifier que le projet ne comporte pas de défauts, et notamment qu'il est complet, clair, applicable et qu'il sera socialement accepté.

Selon le niveau de la norme (Constitution, loi, ordonnance), la prise de décision incombera à un organe du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire, au Parlement ou au peuple lui-même. Dans cette phase, la créativité n'a pas sa place. Lorsque le projet d'acte a été préparé correctement, on constate que l'intégration de nouvelles idées dans la phase finale conduit souvent à perturber l'économie générale du texte. Plus précisément, une modification de der-

nière minute introduite par le Parlement ou le Gouvernement peut altérer la qualité normative parce qu'il n'est plus possible, par exemple, de vérifier la cohérence avec d'autres textes règles ou d'identifier de possibles effets secondaires indésirables. Si des corrections majeures s'avèrent nécessaires au terme de la procédure législative, le renvoi du projet à la commission préparatoire ou au Conseil fédéral s'impose. On pourrait même se demander s'il ne vaudrait pas mieux interdire en séance plénière du Parlement le dépôt de propositions visant à modifier un projet de loi, et autoriser uniquement le dépôt de propositions de renvoi à la commission préparatoire, charge à elle de réexaminer certains points particuliers en collaboration avec le Gouvernement et l'administration et de présenter ensuite des propositions.⁹ Une autre solution consisterait à disposer que les députés soumettent leurs propositions à la commission compétente avant que celle-ci n'entame ses délibérations, et que le conseil se prononce uniquement sur des propositions déposées par la majorité ou la minorité de la commission, comme cela est prévu pour l'examen du programme de la législature.¹⁰ Dans une interview récente¹¹, Mme Mariangela Wallimann-Bornatico, secrétaire générale (démissionnaire) de l'Assemblée fédérale, a proposé que l'examen des projets de loi au Conseil national ait lieu obligatoirement en débat organisé,¹² de façon à éviter que les séances du conseil ne se transforment en séances de commission en raison notamment du grand nombre de propositions déposées.

L'influence dominante de l'exécutif dans la définition du contenu des lois s'explique par le savoir-faire et les moyens qu'il apporte dans le processus législatif. Pour assurer là un certain contre-poids, il conviendrait, selon moi, d'associer le Parlement dans la préparation des principaux projets, en lui soumettant, pour qu'il les tranche lui-même, les questions controversées relevant d'orientations politiques fondamentales. A cet égard, il devrait pouvoir se prononcer sur la stratégie envisagée ou choisir entre plusieurs réformes ou dispositifs possibles. Cela permettrait d'engager un débat public en amont et de garantir que le projet sera élaboré conformément

⁷ Voir notamment à ce sujet Leonhard Neidhart, Plebiszit und pluralitäre Demokratie (Plébiscite et démocratie pluraliste, Berne 1990, p. 266 ss., 267 ss.; René A. Rhinow, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie (Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse), in: ZSR 1984 II, p. 199 ss., 207 ss.; cf. également Wolf Linder, Schweizerische Demokratie (Démocratie suisse), Berne/Stuttgart/Vienne 1999, p. 24, 246, 256 ss.

⁸ Au niveau fédéral, c'est en règle générale le Conseil fédéral qui décide de la stratégie – ou "concept", "schéma", etc. ("Konzept" en allemand) en se fondant sur une note de discussion ("Aussprachepapier") (cf. Lignes directrices pour l'élaboration d'actes juridiques par la Confédération, publié par l'Office fédéral de la justice, 2e édition, Berne 2002, ch. marg. 73). Dans le canton de Zurich, le Conseil d'Etat décide du "Konzept" et charge simultanément l'organe administratif compétent d'élaborer le projet d'acte juridique (§ 11 der Verordnung über das Rechtsetzungsverfahren in der kantonalen Verwaltung [Rechtsetzungsverordnung] vom 29. November 2000 [LS 172.16]). Dans le canton d'Argovie, les "Konzepte" sont approuvés sous forme de rapports de planification par le Grand Conseil lorsqu'il s'agit de nouvelles tâches cantonales ou de tâches sensiblement modifiées (§ 12 des Gesetzes über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen [GAF] vom 11. Januar 2005 [SAR 612.100]). Au plan fédéral, la possibilité existe également pour le Conseil fédéral d'adresser à l'Assemblée fédérale des "Konzepte" sous la forme de planifications sectorielles – p. ex. dans les domaines de l'énergie ou des transports – (cf. art. 148 al. 1 et 2 de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement, L. Parl.; RS 171.10)).

⁹ Voir à ce sujet Müller (Anm. 2), ch. marg. 412 ss..

¹⁰ Art. 33b du règlement du Conseil national (RCN) du 3 octobre 2003 (RS 171.13), introduit par modification en date du 22 juin 2007 (RO 2007 3773)

¹¹ Mittellandzeitung du 1er septembre 2007, p. 4

¹² Le temps de parole est alors réparti entre les groupes, charge à ceux-ci de s'organiser pour utiliser au mieux le temps limité qui leur a ainsi été alloué.



aux volontés du Parlement. Une telle collaboration précoce entre le Parlement et le Gouvernement sur les dossiers législatifs permettrait de prévenir blocages et autres conflits.

Il est suffisamment évident pour que je n'y insiste pas que ces deux dernières phases du processus législatif que sont la *publication* et l'*entrée en vigueur* ne laissent guère de place à la créativité.

5. Sous quelles formes et par quelles procédures la créativité parlementaire doit-elle s'exprimer?

Ainsi que je l'ai déjà indiqué dans mes considérations sur la procédure législative, je suis d'avis que le Parlement doit limiter sa créativité à la *phase d'impulsion*. L'*intervention parlementaire*, en particulier le *postulat* et la *motion*, constitue le moyen adéquat pour introduire des idées nouvelles dans le processus législatif. Si la créativité des parlementaires est à cet égard juridiquement sans limites, elle se heurte néanmoins à la réalité, comme on l'a vu: une loi n'influe que de façon marginale sur les évolutions à venir. J'irais jusqu'à dire que nous pouvons déjà être satisfaits lorsque nous réussissons à élaborer une loi qui favorise des évolutions positives et qui n'entraîne pas d'effets indésirables.

Dans les *phases ultérieures* du processus législatif, la créativité parlementaire n'est absolument *pas souhaitable* car elle est source de dysfonctionnements: le Parlement doit évaluer les propositions de l'administration et du gouvernement d'un point de vue politique et demander des modifications si le jugement qu'il porte est négatif. Il ne doit pas remplacer les projets du gouvernement par les siens propres car il n'est pas qualifié pour ce travail.

Vous ne serez pas surpris d'apprendre, après tout ce que j'ai dit, que je ne suis pas un *partisan de l'initiative parlementaire*. Cette procédure conduit à une *mauvaise répartition des rôles*, car alors le Parlement ne donne pas seulement l'impulsion, mais il a aussi la tâche de constater l'état actuel, d'élaborer les stratégies, de rédiger les textes normatifs et d'examiner les pro-

jets. Or, il n'est pas équipé pour le faire, car il ne dispose pas des moyens, du savoir-faire et de l'expérience nécessaires. Si les initiatives parlementaires déposées à ce jour n'ont pas conduit à davantage de ratés sur le plan juridique, c'est uniquement grâce à l'administration qui a secondé efficacement les commissions parlementaires dans leurs travaux de transposition en droit.

L'initiative parlementaire est d'abord une *soupe de sûreté* qui permet au Parlement de corriger le tir lorsque le Gouvernement s'écarte sur un dossier législatif des orientations ou du calendrier arrêtés par le Parlement. Elle est également indiquée lorsqu'il s'agit d'édicter des normes dans le domaine du droit parlementaire. Malheureusement, au niveau fédéral, son rôle s'est hypertrophié, en raison notamment des imperfections que présentait l'outil de la motion, qui ne permettait pas toujours d'atteindre l'objectif visé¹³. La revalorisation de la motion dans la loi sur le Parlement¹⁴ devait se traduire par un recul du nombre des initiatives parlementaires, cet instrument retrouvant sa fonction réelle de moyen de coercition ultime vis-à-vis du Gouvernement. Cet espoir a été déçu – ce ne sont pas moins de 20% des lois fédérales qui aujourd'hui prennent leur origine dans le dépôt d'une initiative parlementaire!¹⁵ – , peut être parce que l'Assemblée fédérale continue de penser qu'un désaccord du Conseil fédéral vaut refus d'obtempérer. C'est pourquoi l'Assemblée fédérale a maintenant décidé – après dépôt d'une initiative parlementaire ! – de renforcer l'instrument de la motion via une modification de la loi sur l'Assemblée fédérale, en contraignant le Gouvernement à motiver sa proposition de classement au cas où il entendrait, à titre exceptionnel, ne pas mettre en œuvre une motion adoptée.¹⁶

A ma connaissance, le recours à l'initiative parlementaire est rare dans les cantons¹⁷. La coopération entre les organes impliqués dans le processus législatif semble mieux fonctionner qu'au plan fédéral. Cela est peut-être dû au fait que les parlementaires cantonaux sont moins soucieux de se profiler ou qu'ils connaissent mieux leurs limites que leurs collègues de la Confédération.

6. Conclusion

L'efficacité d'une loi dépend de sa qualité. Celle-ci à son tour est fonction et de la légitimité démocratique qui fonde le texte – examen et adoption par le Parlement – et du soin apporté à sa préparation et à sa mise en forme – une tâche qui incombe à l'administration et au gouvernement. La démocratie n'a rien à gagner à ce que le Parlement, uniquement préoccupé par le souci d'atteindre tel ou tel objectif politique, modifie un projet de loi qui lui a été soumis par le gouvernement, si c'est pour voter un texte finalement inapplicable parce qu'il est en contradiction avec d'autres lois, qu'il est trop imprécis ou pour toute autre raison: au contraire, une loi inefficace est une loi qui, à terme, ne peut qu'ébranler la confiance du citoyen dans les processus de prise de décision démocratique.

Pour conclure, permettez-moi de répondre brièvement à la question qui fait l'objet de notre assemblée générale: oui, le Parlement est lui aussi un maillon créatif de la chaîne législative. À cet égard, la créativité se heurte à la réalité, dans la mesure où le droit n'influe que faiblement sur les évolutions à venir. Le Parlement doit borner sa créativité à la phase initiale du processus, soit à la phase d'impulsion. Une manifestation spontanée de créativité au stade du vote d'un projet de loi est fortement déconseillée. L'initiative parlementaire n'est absolument pas conçue pour faire des lois.

¹³ Vallender (Anm. 3), S. 52 ss.: Initiative parlementaire. Loi sur le Parlement. Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1er mars 2001, FF 2001, 3331 f., 3337 f., 3342 ff.

¹⁴ Art. 120 et 151 LParl.

¹⁵ Cf. Boris Burri, Statistik über die Erlasse der Bundesversammlung, in: LeGes 2007/2, p. 323

¹⁶ Loi fédérale sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement; LParl) (caractère contraignant de la motion), modification du 5 octobre 2007, FF 2007 6555 ss ; cf. initiative parlementaire Caractère contraignant de la motion. Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 12 janvier 2007 FF 2007 1379 ss.

¹⁷ Le canton de Genève fait ici figure d'exception, puisque l'initiative parlementaire y constitue la procédure législative ordinaire. Cf. à cet égard la contribution de Fabien Mangilli dans ce bulletin.