

Consulter pour mieux légiférer : Utilité des procédures de consultation pré-parlementaires

Synthèse de la journée d'étude

Alexandre Flückiger | *Visant en particulier à favoriser l'acceptabilité des lois et à en améliorer la qualité, les procédures de consultation pré-parlementaires du public sont une tradition en Suisse. Alors que la Confédération les a formalisées dans une loi en 2005, il n'en va pas forcément de même dans les cantons. Ce texte présente les interventions d'un colloque qui a fait le point sur l'utilité de telles procédures et la nécessité ou non de les formaliser.*

Sommaire

- 1 Introduction
- 2 La thématique de la consultation
 - 2.1 Définition
 - 2.2 La consultation pré-parlementaire au niveau fédéral
 - 2.3 La consultation pré-parlementaire au niveau cantonal
- 3 Conclusion

1 Introduction

Depuis quelques années déjà, dans le sillage des cours de légistique que le Centre d'études, de technique et d'évaluation législatives de la Faculté de droit de l'Université de Genève (CETEL) organise avec le Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel (cemaj), sous l'égide de la Société suisse de législation (SSL), les responsables dans les cantons latins de la mise en œuvre des méthodes légistiques¹ ont pris l'habitude de se réunir informellement pour comparer leurs pratiques et discuter de divers thèmes en rapport avec leurs activités.²

Lors de la dernière réunion, il est apparu que les pratiques en matière de consultation dans la phase législative préliminaire étaient plutôt hétérogènes entre les cantons. Dans un pays profondément voire génétiquement fédéraliste, la diversité n'est bien sûr pas en soi problématique. Les différents degrés de formalisation et de réglementation de la question entre les cantons d'une part, et entre la Confédération et les cantons d'autre part, ont en revanche intrigué les responsables romands de légistique qui ont spontanément proposé que l'on examine le sujet dans le cadre d'une journée d'étude. Les cantons ne connaissent en effet pas tous une réglementation précise de leurs procédures de consultation.

La question mise en jeu est donc de savoir si les cantons à forte formalisation produisent de meilleures lois et mieux acceptées que ceux dans lesquelles de telles procédures restent informelles. Si tel devait être le cas, on se demandera pourquoi ces derniers cantons n'ont pas encore formalisé cette question. Et si tel ne devait pas être le cas, on pourra se demander quelle est l'utilité d'avoir juridicisé de manière si détaillée la procédure.

La seule perspective juridique ne permet pas de répondre à ces interrogations. Le Département de science politique et relations internationales de la Faculté des sciences économiques et sociales de l'Université de Genève³ a dès lors accepté de co-organiser un colloque consacré à l'utilité des procédures de consultation pré-parlementaires dans la perspective de mieux légiférer. Cette journée d'étude s'est déroulée dans la salle du Grand Conseil à Fribourg le 8 avril 2011. Les actes sont publiés dans la présente édition de LeGes.⁴

2 La thématique de la consultation

2.1 Définition

La thématique de la journée est limitée à la consultation pré-parlementaire. Elle ne vise en particulier pas les procédures de consultation internes à l'administration ni celles qui se déroulent dans l'enceinte du Parlement. Par « consultation », on entend d'ordinaire une activité qui va au-delà d'une simple information. Sur la fameuse échelle de la participation citoyenne publiée en 1969 par la géographe américaine Sherry Arnstein, la consultation se trouve sur l'échelon médian, entre l'information à sens unique et le pouvoir effectif des institutions de démocratie directe.⁵ Cette perspective démocratique permet de mettre en évidence l'un des motifs souvent visés par la procédure de consultation pré-parlementaire : l'objectif visant à favoriser l'acceptabilité des lois. Ce but est très présent dans le débat sur l'utilité de telles procédures. L'exposé de Pascal Sciarini fera le point de la situation (voir p. 191–204). Le but d'améliorer la qualité des lois, de même que celui de faciliter leur mise en œuvre, restent en revanche plus discrets en pratique. Dans les faits, ils s'avèrent difficiles à analyser (voir ch. 3).

2.2 La consultation pré-parlementaire au niveau fédéral

Selon l'article 147 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101), les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés doivent être invités à se prononcer sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires, de même que sur les traités internationaux importants. Par la suite, une loi fédérale sur la procédure de consultation (RS 172.061), précisée dans une ordonnance (Ordonnance sur la procédure de consultation, est entrée en vigueur en 2005 (RS 172.061). Elle a notamment pour but de contribuer à

déterminer si un projet de la Confédération est « matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accepté » (art. 2 al. 2). La loi avait pour ambition initiale, selon le Conseil fédéral, de simplifier et d'améliorer cette procédure en comblant les « lacunes de la réglementation existante » et en révisant les « principes qui se sont révélés inefficaces » (FF 2004 485, 486, 488 et s).

Ces défauts ont-ils pu être corrigés ? Rien n'est moins sûr, car les milieux concernés par les consultations se sont montrés critiques à plusieurs reprises à l'égard de la brièveté des délais et du manque de transparence tant dans le choix des participants que dans l'évaluation et la pondération des avis.⁶ Les Commissions de gestion du Parlement ont donc mandaté leur centre de compétences en matière d'évaluation, le Contrôle parlementaire de l'administration fédérale, pour piloter une évaluation de la pratique de la Confédération en la matière. Les commissions ont cependant limité le champ de l'étude à une partie des procédures de consultation entendues au sens large : les procédures d'audition. La loi fédérale distingue en effet la procédure de consultation au sens strict, ouverte par le Conseil fédéral ou le Parlement sur des projets de grande portée (art. 1 et 3 LCo), et la procédure d'audition qu'un département, la Chancellerie fédérale, un office ou une commission décisionnelle peuvent ouvrir de leur propre initiative sur des projets de portée mineure (art. 10 LCo, art. 2 OCo). Le choix de l'évaluateur s'est porté sur la seconde en raison de la très (trop ?) grande marge de manœuvre que laisse la législation en comparaison avec la première, dont la densité normative plus serrée ne laisse que peu de latitude aux autorités. Selon l'ordonnance d'exécution, un certain nombre de règles visant la procédure de consultation s'appliquent par analogie à la procédure d'audition (art. 2 al. 2 OCo) ; d'autres peuvent être déclarées applicables aux auditions « si cela se révèle judicieux » (art. 2 al. 3 OCo). L'évaluation a pour mission d'explorer la manière dont cette règle est mise en œuvre, repérer les différences entre les deux procédures et déterminer si les éventuels écarts sont justifiés de manière adéquate. L'étude devra ainsi répondre aux deux questions d'évaluation suivantes :

- *Quelle est la pratique de l'administration fédérale en matière d'audition et que penser de cette pratique ?*
- *Quelles dispositions de la loi et de l'ordonnance régissant la consultation peuvent-elles être aussi valables et judicieuses pour les auditions et sont-elles appliquées ?*

Pascal Sciarini s'est concentré quant à lui sur un autre point visé par la procédure de consultation : celui de ses effets en termes d'acceptabilité politique (voir p. 192–204). Les travaux préparatoires montrent que le législateur avait considéré que cet objectif revêtait un poids particulier : « la question de savoir si un projet est

susceptible d'être bien accepté politiquement est extrêmement importante pour le législateur au vu des possibilités qu'offre le référendum dans la démocratie suisse. » (FF 2004 498). Or la pratique montre que la procédure de consultation ne contribue guère à réduire les conflits. Elle rallonge en revanche les procédures de décision.

2.3 La consultation pré-parlementaire au niveau cantonal

Sur le plan cantonal, la situation est plus contrastée, car tous les cantons n'ont pas forcément institutionnalisé une telle procédure (Neubert 2008, p. 271 ss.). Les lois que ceux-ci adoptent sont-elles pour autant de moindre qualité? Existe-t-il un besoin de développer ces mécanismes ?

Confrontant les cantons de Genève, du Jura, de Neuchâtel, du Tessin et du Valais, Gérard Caussignac montre que l'on ne constate pas de différences fondamentales sur plusieurs aspects entre les cantons qui ont réglementé spécifiquement la question et les autres (voir p. 205–219). L'auteur s'interroge logiquement sur l'opportunité de légiférer sur la procédure de consultation. Il y répond toutefois par la positive pour les trois motifs suivants : le principe de légalité exige qu'une étape aussi importante du processus législatif soit réglementée dans la loi, au moins dans les grandes lignes ; le principe d'égalité de traitement et l'exigence d'objectivité limitent la liberté de l'administration de proposer au gouvernement d'organiser une procédure de consultation ; la transparence de l'activité législative exige que cette phase procédurale se déroule au vu et au su des représentants des divers intérêts de la société.

Exposant l'un la pratique d'un canton qui n'a pas légiféré sur la procédure de consultation (Vaud), l'autre celle d'un canton disposant d'une législation détaillée (Fribourg), Jean-Luc Schwaar (voir p. 221–228) et Denis Loertscher (voir p. 229–238) aboutissent à une conclusion croisée inattendue. L'auteur fribourgeois se demande en conclusion s'il était « vraiment judicieux » de réglementer la procédure de consultation qui ne s'avère pas toujours respectée (dépassement des délais, publicité), alors que l'auteur vaudois montre que, malgré l'absence de règles écrites, une pratique de consultation s'est fermement établie au cours du temps dans ce canton et que celle-ci est « globalement bien respectée ».

Kurt Nuspliger et Stephan Brunner ont étendu la comparaison intercantonale à la partie alémanique de la Suisse (voir p. 239–246). Ils montrent que le canton de Berne a réglementé le sujet de la manière la plus détaillée en portant l'accent sur la transparence et l'implication des citoyens alors que les autres cantons visent plus spécifiquement les organisations susceptibles de s'opposer aux projets législatifs par la voie référendaire.

Relatant le point de vue gouvernemental, Isabelle Chassot (voir p. 247–255) a confirmé le fait que la procédure de consultation ne donne aucune garantie absolue qu'un projet législatif sera adopté sans obstacles. Elle suggère cependant une explication originale et plutôt convaincante : la procédure de consultation se fonde sur des critères raisonnés privilégiant la réflexion posée alors que la discussion politique génère des arguments émotionnels que les réseaux sociaux et les moyens contemporains de communication renforcent, au risque de conduire à une démocratie en temps réel : une sorte de « despotisme branché ».

3 Conclusion

Dans une perspective légistique, il importe de se demander quel est l'apport des procédures de consultation dans l'amélioration de la qualité de la législation. Contrairement à une législation qui serait limitée aux vases clos des ateliers des administrations gouvernementales, la consultation ne permettrait-elle pas de découvrir des nouveaux problèmes, de détecter des incohérences, de tester la solidité d'une solution ? La loi fédérale sur la procédure de consultation assigne explicitement l'objectif de déterminer si un projet législatif est « matériellement correct » (Art. 2 al. 2 LCo.), par quoi il faut entendre un texte dont les mesures qu'il propose sont « nécessaires, adéquates et convaincantes. » (FF 2004 498).

Si les interventions lors de ce colloque n'ont pas permis de trancher définitivement cette interrogation, les indices accumulés par les auteurs conduiraient plutôt à y répondre par la négative. Selon l'enquête de Gérard Caussignac sur le plan cantonal (voir p. 205–219), et d'après le sondage de Denis Loertscher auprès de l'administration fribourgeoise (voir p. 229–238), on estime que l'apport d'éléments de fond n'est qu'une fonction secondaire de la procédure de consultation, bien après celle de l'acceptabilité politique. Rapportées à l'analyse de Pascal Sciarini qui enseigne que ces procédures ne contribuent que marginalement à la réduction des conflits et qu'elles sont coûteuses en temps et en ressources, ces impressions ne paraissent guère favorables à la procédure de consultation. Il paraît dès lors indiqué de creuser plus avant la question de savoir si les procédures de consultation contribuent réellement à l'amélioration des projets de loi et à leur mise en œuvre.

Alexandre Flückiger, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Directeur du Centre d'études, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) et du Département de droit public, courriel: alexandre.flueckiger@unige.ch

Notes

- 1 Gérard Caussignac (BE) ; Denis Loertscher (FR) ; Fabien Waelti (GE) ; Jean-Christophe Kubler (JU) ; Alain Tendon (NE) ; Marilena Fontaine (TI) ; Jean-Luc Schwaar (VD) ; Monique Albrecht (VS).
- 2 Nous avons ainsi organisé une journée consacrée à l'intérêt des guides de légistique (Alexandre Flückiger/Christine Guy-Ecabert [éd.], 2008).
- 3 Prof. Frédéric Varone et Prof. Pascal Sciarini.
- 4 Je tiens à remercier Mme Karin Byland, assistante au CETEL, Mmes Anne-Lise Polchi et Daphrose Ntarataze, secrétaires au CETEL, ainsi que Mme Anita Bühler, pour la mise au point des actes publiés dans la présente édition.
- 5 Les trois degrés supérieurs de l'échelle comprennent le contrôle citoyen, la délégation de pouvoir et le partenariat. Ils confèrent un pouvoir effectif au citoyen. Les niveaux inférieurs limitent en revanche la participation à une coopération symbolique voire l'excluent (Sherry R. Arnstein, 1963, p. 216-224).
- 6 Contrôle parlementaire de l'administration, *Rapport annuel 2010* : Annexe au rapport annuel 2010 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, du 27 janvier 2011, p. 17 ss.
- 7 Contrôle parlementaire de l'administration, *Rapport annuel 2010* : Annexe au rapport annuel 2010 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, du 27 janvier 2011, p. 18.

Bibliographie

- Arnstein, Sherry R., 1963, A Ladder of Citizen Participation, *Journal of the American Institute of Planners*, vol. 35 no 4, p. 216-224.
- Flückiger, Alexandre/Guy-Ecabert, Christine (éd.), 2008, Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique, Genève.
- Neubert, Stefan, 2008, Kantonale Vernehmlassungsverfahren im Vergleich, *LeGes*, H. 2, S. 271–292.

Zusammenfassung

Die vorparlamentarischen Vernehmlassungsverfahren, an denen sich alle beteiligen können, haben zum Ziel, ein Gesetz inhaltlich zu optimieren und die Akzeptanz dafür zu erhöhen. Dieses politische Instrument hat in der Schweiz Tradition. Während der Bund 2005 ein entsprechendes Gesetz erlassen hat, ist die Situation in den Kantonen sehr unterschiedlich. Im Folgenden geht es um die Beiträge einer Tagung, die sich mit dem Nutzen solcher Verfahren und mit der Notwendigkeit diese zu institutionalisieren befasst hat.