

UNION INTERPARLEMENTAIRE



INTER-PARLIAMENTARY UNION

Association des Secrétaires généraux de Parlements

COMMUNICATION

de

M. Philippe SCHWAB
Secrétaire général de l'Assemblée fédérale de la Confédération suisse

sur

LE DROIT SOUPLE INTERNATIONAL ET LE RÔLE DES PARLEMENTS

**Session de Nusa Dua
2022**

1. Introduction

Ces dernières années, un nombre croissant d'initiatives politiques internationales relevant de ce que l'on appelle le droit souple ont suscité la controverse. Les discussions les plus vives ont eu lieu à l'approche de l'adoption du Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations. Dans plusieurs pays, dont la Suisse, d'aucuns ont critiqué le manque de soutien politique national à l'égard du pacte et l'absence de participation politique et démocratique lors de sa rédaction.

Au Parlement suisse, plusieurs tentatives ont été faites pour empêcher l'adoption du Pacte mondial. Comme le ministère suisse des affaires étrangères avait joué un rôle de premier plan dans l'élaboration du pacte, ces interventions parlementaires ont montré de manière particulièrement claire à quel point, dans le domaine de la politique extérieure, le point de vue du Gouvernement (représenté par le ministère des affaires étrangères) pouvait diverger de celui du Parlement, qui est davantage tourné vers l'intérieur. L'objet de ce projet spécifique de droit souple – les migrations – était particulièrement apte à créer la controverse, car la politique internationale en la matière est traditionnellement un domaine dans lequel les intérêts de l'État souverain sont en contradiction avec les efforts de la politique internationale.

Le domaine des migrations internationales n'est toutefois pas le seul, et de loin, à être concerné par le droit souple international. En effet, selon un rapport du gouvernement suisse, les projets de droit souple se sont multipliés ces dernières années et couvrent une multitude de sujets. Citons par exemple le Document de Montreux sur les entreprises militaires et de sécurité privées, les normes de l'OCDE relatives à l'assistance administrative en matière fiscale et à la fiscalité des entreprises, ou encore les recommandations du Groupe d'action financière en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme¹. Certaines normes ou directives du droit souple jouent un rôle important dans le droit international. C'est tout particulièrement le cas dans le domaine du droit commercial international, avec les principes d'Unidroit.

2. Qu'est-ce que le droit souple ?

L'expression « droit souple » est contradictoire. Le droit, dans son acception positiviste dominante, est un ensemble de normes obligatoires, qui laisse peu de place à la souplesse. L'oxymore « droit souple » brouille cette définition et, par conséquent, les champs de compétence respectifs du Parlement et du gouvernement.

Quelle est la définition du droit souple ? Les manières d'aborder cette notion varient considérablement, ce qui rend toute systématisation difficile.

Selon le rapport du gouvernement suisse, il n'existe pas de définition claire et consensuelle en la matière (pp. 4 à 6). En réalité, le droit souple peut uniquement être décrit comme la somme des accords et règlements internationaux qui ne relèvent pas du droit international (« dur »), lui-même constitué de sources juridiques contraignantes telles que la coutume ou les traités internationaux. Néanmoins, il semble que le droit souple se distingue par deux aspects :

- 1) le droit souple présente un certain degré de normativité (en référence au terme « droit » dans l'expression « droit souple ») ; il ne s'agit pas d'une simple déclaration d'intention ;
- 2) sur le plan juridique, le droit souple n'est pas contraignant et ne peut donc pas donner lieu à des sanctions de la part des tribunaux ou de la communauté internationale lorsqu'il n'est pas respecté (cet aspect se réfère au terme « souple »).

¹ Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple (« soft law »), rapport du Conseil fédéral du 26.6.2019 en réponse au postulat 18.4104, Commission de politique extérieure CE, 12.11.2018

Le gouvernement suisse estime que le droit souple doit être compris comme une catégorie distincte d'instruments servant à façonner les relations internationales (p. 7). Dans un contexte où il est de plus en plus difficile de parvenir à des accords multilatéraux contraignants, le droit souple peut en effet être un moyen de renforcer le dialogue. L'hypothèse sous-jacente est que les États sont davantage disposés à discuter de questions relevant du droit souple non contraignant que d'accords multilatéraux contraignants. En outre, les accords de droit souple sont plus aisés à conclure que les traités internationaux, qui nécessitent des processus de négociation et de ratification longs et complexes.

Cependant, le gouvernement souligne également les défis qui accompagnent l'élaboration du droit souple (p. 4). Premièrement, en raison de la nature non contraignante de ce droit, le risque est plus élevé que sa mise en œuvre manque d'uniformité dans les différents États. Deuxièmement, les négociations relatives aux normes du droit souple sont plus susceptibles d'être influencées par les intérêts des grandes puissances que les procédures formalisées visant la conclusion de traités internationaux. Enfin, et c'est le plus important en ce qui concerne les parlements, les négociations en matière de droit souple constituent un défi en politique intérieure. En effet, lors de la création du droit souple, le processus de formation de l'opinion politique n'est pas toujours pleinement exploité ; par conséquent, la possibilité de mener des débats politiques approfondis, qui existe pour les travaux législatifs et les procédures d'approbation de traités internationaux, est utilisée dans une moindre mesure.

En Suisse, ces points ont fait l'objet de vives discussions au Parlement. Ils ont donné lieu à des questions sur la manière dont les droits du Parlement en matière de politique extérieure peuvent être mieux pris en considération en ce qui concerne les instruments du droit souple. Plus généralement, quel rôle les parlements peuvent-ils jouer dans la création de normes de droit souple international ?

3. La participation du Parlement suisse à la politique extérieure en général : situation juridique et défis pratiques

Les droits du Parlement (et des cantons) à participer à la politique extérieure se sont développés progressivement en Suisse. Ils ont été expressément inscrits dans la Constitution fédérale en 1999², ce qui a officialisé la relation de coopération dans ce domaine entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Dans cette relation, le gouvernement conserve la conduite stratégique et opérationnelle en matière de politique extérieure ; le Parlement, quant à lui, est censé participer à la définition globale de cette politique et être associé à la formation de l'opinion et aux décisions importantes en la matière. L'idée sous-jacente est d'apporter un meilleur soutien à la politique extérieure, du point de vue tant démocratique que fédéraliste, pour mieux imbriquer politique intérieure et politique extérieure.

Plus particulièrement, la loi sur le Parlement prévoit un devoir de consultation, selon lequel le gouvernement doit consulter les commissions compétentes en matière de politique extérieure sur les « orientations principales » et sur les « directives ou lignes directrices concernant un mandat pour des négociations internationales importantes » (avant d'adopter ou de modifier ce mandat)³. Le gouvernement doit également fournir des informations sur l'état d'avancement des projets et négociations. Le critère de l'« importance » est central, car il est difficile à évaluer dans la pratique et permet des interprétations diverses et conflictuelles.

Le Pacte mondial sur les migrations n'est ni le premier ni le dernier projet à avoir suscité des débats animés sur les droits de participation du Parlement. Alors que, à la fin des années 2000, ce dernier avait souhaité être mieux entendu sur la question des accords bancaires internationaux, les normes de l'OCDE

² Cf. art. 166, al. 1, de la Constitution fédérale.

³ Cf. art. 152, al. 3, de la loi sur le Parlement.

adoptées ultérieurement par le gouvernement ont été considérées comme contraires au droit interne par une partie du Parlement. Plus récemment, la décision du gouvernement suisse d'abandonner les négociations sur l'accord institutionnel entre l'Union européenne et la Suisse a soulevé la question d'une possible violation des droits du Parlement (ou des droits du peuple, avec le droit de référendum, notamment) dans un domaine extrêmement important sur le plan national. Certes, l'accord institutionnel avec l'Union européenne ne relève pas du droit souple, mais cet exemple renvoie à la question plus large des droits de participation du Parlement en matière de politique extérieure.

En réponse à des interventions parlementaires exigeant une plus grande implication du Parlement, le Gouvernement a modifié l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, en 2016, afin de préciser la notion d'« orientations principales »⁴. Selon la définition ainsi prévue, les commissions parlementaires compétentes en matière de politique extérieure sont consultées lorsque la mise en œuvre de recommandations ou de décisions d'organisations internationales ou d'organes multilatéraux nécessite d'adopter ou de modifier de façon importante une loi fédérale. Elles le sont également lorsque la renonciation à la mise en œuvre de telles recommandations ou décisions entraînerait le risque de graves inconvénients, de sanctions ou d'une atteinte à la réputation de la Suisse (voir le nouvel art. 5b de l'ordonnance). Il ne s'agit pas là d'une définition exhaustive des « orientations principales » ; en effet, la disposition concernée englobe aussi d'autres instruments – y compris des normes de droit souple – qui sont d'une importance équivalente et ont une portée politique pour la Suisse (voir également la p. 15 du rapport du gouvernement cité dans la note de bas de page n° 1).

En comparaison internationale, les droits de participation du Parlement suisse en matière de politique extérieure sont étendus et incluent explicitement les projets de droit souple. Néanmoins, les exemples problématiques mentionnés précédemment (Pacte sur les migrations, entre autres) montrent que, en dépit de droits légaux étendus, le Parlement ne peut pas toujours participer de manière satisfaisante à l'élaboration de la politique extérieure. Cette situation a conduit le Parlement et le Gouvernement à mettre en place un certain nombre d'actions et de mandats.

4. Travaux en cours relatifs au renforcement du rôle du Parlement suisse dans les projets de droit souple

En réaction à la gestion du dossier lié au Pacte mondial sur les migrations et à la publication du rapport gouvernemental mentionné précédemment, les Commissions de politique extérieure des deux chambres du Parlement suisse ont institué une sous-commission chargée d'analyser le rôle du Parlement dans l'élaboration de normes de droit souple. Cette sous-commission, qui évalue l'opportunité d'adapter les bases légales pour renforcer le rôle du Parlement, se concentre tout particulièrement sur les droits des commissions en matière de participation, d'information et de consultation. Elle réfléchit notamment à la possibilité de faire approuver explicitement par le Parlement, à certaines conditions, des projets de droit souple ou à l'idée d'introduire un droit de veto parlementaire.

La sous-commission a également commandé une évaluation au Contrôle parlementaire de l'administration fédérale (le service d'évaluation du Parlement), ainsi qu'une expertise juridique, afin de déterminer si l'administration fédérale apprécie de manière opportune et systématique le critère de l'importance des projets de droit souple.

Ces documents ont été publiés récemment⁵ et contiennent en particulier les conclusions suivantes :

⁴ Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, 25.11.1998, [RS 172.010.1](#)

⁵ Évaluation effectuée par le Contrôle parlementaire de l'administration fédérale, février 2022

[Résumé](#), [rapport complet](#), [analyse juridique externe](#) (uniquement en allemand)

- Les droits de participation du Parlement suisse sont étendus en comparaison internationale. Le Parlement suisse occupe une position forte et unique au regard des normes internationales ; il dispose de droits de participation plus importants que les parlements de la plupart des autres pays.
- Les actes législatifs fédéraux définissant les droits de participation laissent une marge d'interprétation. Certaines dispositions légales sont formulées de manière imprécise, ce qui, dans les faits, restreint les droits de participation.
- Les projets de droit souple ne sont pas traités de la même manière par les différentes unités de l'administration fédérale ; il n'y a donc pas d'approche systématique ou uniforme lorsqu'il faut déterminer si le Parlement doit être consulté ou informé sur un projet particulier. Comme les projets de droit souple obéissent souvent à une logique plus fluctuante que les processus visant à créer des instruments juridiques plus formels, il semble particulièrement difficile d'estimer quel est le moment opportun pour consulter le Parlement.
- Au sein du Parlement, les compétences des commissions en matière de participation à la politique extérieure ne sont pas toujours claires.

Dans l'ensemble, l'évaluation conclut que la manière dont le Parlement est impliqué dans le domaine du droit souple n'est que partiellement appropriée. Les travaux de la sous-commission sont toujours en cours ; reste à voir de quelle manière les conclusions précitées seront prises en considération.

Quant au Gouvernement, il a chargé un groupe de travail d'élaborer un guide de droit souple à l'intention des unités de l'administration fédérale et d'harmoniser ainsi les différentes procédures relatives à la création de normes de droit souple et à l'implication du Parlement en la matière. Ce guide devrait certainement permettre d'adopter une approche plus systématique en ce qui concerne les projets de droit souple, mais dans les faits, la situation reste complexe pour le Gouvernement comme pour le Parlement.

5. Conséquences et questions pour les parlements

L'exemple de la Suisse montre que, si les droits de participation des parlements dans le domaine de la politique extérieure peuvent être étendus, leur mise en pratique reste difficile.

D'une manière générale, les parlements pourraient examiner plusieurs questions :

- Face au grand nombre de projets de politique étrangère et à leur multiplication, comment les parlements peuvent-ils s'organiser au mieux pour participer à la création du droit souple et du droit international en général ? Faut-il prévoir des organes parlementaires dédiés et, à supposer que l'on en prévoie plusieurs, de quelle manière leurs travaux doivent-ils être coordonnés ?
- Quelles sont les méthodes particulières permettant aux parlements de se tenir au courant et d'avoir une vue d'ensemble des différents projets de politique étrangère ? Selon quels critères et quelles priorités les sujets doivent-ils être classés ?
- De quelle manière le personnel parlementaire peut-il contribuer à ces efforts ? Pour que le Parlement soit en mesure de donner la priorité à ses propres droits de participation, il semble primordial qu'il puisse s'appuyer sur une évaluation de ces priorités qui soit indépendante du Gouvernement.

Il est très probable que le rôle du droit souple s'accroisse ces prochaines années. Dans ce contexte, il paraît indispensable que les parlements clarifient leurs droits et leurs responsabilités s'ils ne veulent pas se voir marginalisés par les gouvernements, voire totalement privés d'influencer la politique étrangère.

6. Sources et informations complémentaires

6.1. Sources légales concernant les droits de participation du Parlement dans le domaine de la politique extérieure

Constitution fédérale de la Confédération suisse

Art. 166 Relations avec l'étranger et traités internationaux

¹ L'Assemblée fédérale participe à la définition de la politique extérieure et surveille les relations avec l'étranger.

² Elle approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international.

Art. 184 Relations avec l'étranger

¹ Le Conseil fédéral est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale ; il représente la Suisse à l'étranger.

² Il signe les traités et les ratifie. Il les soumet à l'approbation de l'Assemblée fédérale.

³ Lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, le Conseil fédéral peut adopter les ordonnances et prendre les décisions nécessaires. Les ordonnances doivent être limitées dans le temps.

Loi sur le Parlement, LParl

Art. 152 Information et consultation en matière de politique extérieure

¹ Les commissions compétentes en matière de politique extérieure et le Conseil fédéral procèdent régulièrement à des échanges de vues.

² Le Conseil fédéral informe de façon régulière, rapide et complète les collèges présidentiels des conseils et les commissions compétentes en matière de politique extérieure des événements importants survenus dans ce domaine. Les commissions compétentes en matière de politique extérieure transmettent ces informations aux autres commissions compétentes.

³ Le Conseil fédéral consulte les commissions compétentes en matière de politique extérieure sur les orientations principales, sur les modifications prévues de la configuration du réseau diplomatique et consulaire suisse à l'étranger et sur les directives ou lignes directrices concernant un mandat pour des négociations internationales importantes avant d'adopter ou de modifier ce mandat. Le Conseil fédéral informe ces commissions de l'état d'avancement des travaux dans la perspective des orientations prises et de l'avancement des négociations.

^{3bis} Le Conseil fédéral consulte les commissions compétentes avant :

- a. d'appliquer à titre provisoire un traité international dont la conclusion ou la modification doit être approuvée par l'Assemblée fédérale ;
- b. de procéder à la dénonciation urgente d'un traité international, lorsque la dénonciation devrait être approuvée par l'Assemblée fédérale.

^{3ter} Le Conseil fédéral renonce à l'application à titre provisoire ou à la dénonciation urgente d'un traité si les commissions compétentes des deux conseils s'y opposent.

⁴ En cas d'urgence, le Conseil fédéral consulte les présidents des commissions compétentes en matière de politique extérieure. Ceux-ci informent immédiatement leurs commissions respectives.

⁵ Les commissions compétentes en matière de politique extérieure ou d'autres commissions compétentes peuvent demander au Conseil fédéral qu'il les informe ou les consulte.

Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration

Art. 5b

¹ Les commissions compétentes en matière de politique extérieure sont notamment consultées sur les orientations principales au sens de l'art. 152, al. 3 et 4, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl) lorsque :

- a. la mise en œuvre de recommandations ou de décisions d'organisations internationales ou d'organes multilatéraux nécessite d'adopter ou de modifier de façon importante une loi fédérale, ou que
- b. la renonciation à la mise en œuvre de telles recommandations ou décisions expose la Suisse à des préjudices économiques importants, à des sanctions, à l'isolement en raison de sa position divergente ou à une atteinte à sa réputation politique ou est susceptible d'entraîner d'autres inconvénients graves pour la Suisse.

² Une consultation au sens de l'al. 1 est menée sur la base d'un projet de mandat du Conseil fédéral. En cas de consultations urgentes selon l'art. 152, al. 4, LParl, la consultation peut avoir lieu sur des positions provisoires que la Suisse envisage de prendre lors des négociations.

6.2. *Interventions et initiatives parlementaires (sélection)*

- [18.4104](#) é Po. CPE-E. Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple (« soft law »)
- [18.466](#) n Iv. pa. Groupe V. Approbation du droit non contraignant par l'Assemblée fédérale
- [18.4112](#) n Ip. Groupe C. Participation du Parlement aux décisions portant sur du droit souple. Absence de ligne claire du Conseil fédéral
- [18.3378](#) n Mo. Conseil national (CPE-N). Rapports établis par des organisations internationales sur la Suisse. Implication du Parlement dans la procédure de consultation
- [14.433](#) n Iv. pa. Aeschi Thomas. Recommandations et décisions de l'OCDE et de ses organismes spécialisés. Obligation d'informer et de consulter la commission législative compétente
- [14.474](#) n Iv. pa. Romano. Sauvegarder les compétences du Parlement en matière de politique étrangère et de législation
- [16.456](#) é Iv. pa. CIP-E. Dénonciation et modification des traités internationaux. Répartition des compétences
- [10.3366](#) n Mo. Conseil national (CER-N). Révision des bases légales régissant la conclusion d'un traité international par le Conseil fédéral
- [09.3361](#) n Mo. Conseil national (CPE-N). Accords de double imposition. Consultation des Commissions de politique extérieure
- [08.3677](#) n Mo. Fehr Hans-Jürg. Rôle de la Suisse au sein des organisations financières internationales. Consultation du Parlement

- [08.3637](#) é Mo. Maury Pasquier. Rôle de la Suisse au sein des organisations financières internationales. Consultation du Parlement

6.3. Documents publiés par le gouvernement

- Rapport du gouvernement en réponse au postulat 18.4104, 26 juin 2019 : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/57589.pdf>
- Communiqué de presse, 26 juin 2019 : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-75590.html>
- Communiqué de presse, 8 novembre 2019 : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-77005.html>

6.4. Sous-commission parlementaire « Participation du Parlement dans le domaine du droit souple (soft law) »

- Commission de politique extérieure du Conseil des États, communiqué de presse, 14 janvier 2020 <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-apk-s-2020-01-14.aspx>
- Commission de politique extérieure du Conseil national, communiqué de presse, 21 janvier 2020 <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-apk-n-2020-01-21.aspx>
- Commission de politique extérieure du Conseil national, communiqué de presse, 1^{er} février 2022 <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-apk-n-2022-02-01.aspx?lang=1033>
- Évaluation effectuée par le Contrôle parlementaire de l'administration fédérale, février 2022
Résumé, https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/bx_résumé_rapport_cpa_soft%20law_fr.pdf
Rapport complet, https://www.parlament.ch/centers/documents/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=DOCID-53009006-8757
Expertise juridique externe (uniquement en allemand), https://www.parlament.ch/centers/documents/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=DOCID-1-10739