sui generis

ÉMOCRA-
TRUMENTS
AUX DE

La légitimité démocratique des instruments internationaux de droit souple

Quelle contribution de l'Assemblée fédérale suisse ?

Jelena Protic

Notes sur la version numérique de ce livre :

— La version numérique (Open Access) est disponible sur le site de la maison d'édition (www.suigeneris-verlag.ch), sur Google Books et directement via le Digital Object Identifier (DOI). Le DOI de ce livre est indiqué dans les mentions légales.
— Tous les articles juridiques ainsi que tous les arrêts de tribunaux et les décisions de l'autorité librement accessibles sont liés dans la version numérique.
— Les auteurs utilisent souvent des liens vers d'autres sources dans leurs manuscrits. Ceux-ci ne sont pas imprimés dans les livres mais sont inclus sous forme d'hyperliens dans la version digitale.
— Les liens permanents sont utilisés pour créer des liens. Il s'agit de liens vers une version archivée des pages web au moment de l'établissement du lien. Les liens sont persistants, c'est-à-dire qu'ils fonctionnent toujours même si la page d'origine n'est plus accessible et leur contenu ne change pas si la page d'origine change.

Jelena Protic

La légitimité démocratique des instruments internationaux de droit souple

Quelle contribution de l'Assemblée fédérale suisse ?

sui generis, Zurich 2026

Remerciements

Je tiens, tout d'abord, à exprimer ma sincère gratitude à ma directrice de thèse Mme la Professeure Evelyne Schmid. Cette thèse n'aurait pas pu voir le jour sans ses conseils avisés, sa rigueur scientifique et sa grande disponibilité. Grâce à son sens remarquable de l'organisation et à son soutien constant, j'ai pu mener à bien cette recherche dans des conditions de travail sereines et dans le respect des délais impartis. Je lui adresse également mes profonds remerciements pour la confiance qu'elle m'a toujours accordée et pour avoir cru en moi, y compris lorsque je doutais de moi-même.

Je remercie Mmes les Professeures Anna Petrig et Odile Ammann et M. les Professeurs Martin Wyss et Frédéric Erard d'avoir accepté de siéger dans mon jury de thèse. Leur bienveillance et l'attention qu'ils ont portées à ce travail ont fait de la journée de soutenance un moment particulièrement marquant, qui restera durablement gravé dans ma mémoire. Leurs remarques constructives et leurs conseils éclairés ont profondément nourri ma réflexion et enrichi ma compréhension du sujet, leur apport ayant été déterminant pour l'amélioration du manuscrit destiné à la publication.

Ce travail est le fruit d'un long parcours marqué par de nombreuses rencontres enrichissantes. Je ne saurai trop remercier toutes les personnes qui ont pris le temps d'échanger au sujet de ma recherche. Les discussions avec M. Roland Portmann, M. Florent Tripet Cordier, M. Samuel Muralt, M. Severin Meier, Mme Laurine Jobin et Mme Milène Hauri ont contribué de manière significative à la qualité de ce travail. Dans le cadre de mes recherches, j'ai eu l'opportunité de publier un commentaire de l'article 166 de la Constitution fédérale dans le Commentaire en ligne. Certaines parties de cette thèse s'inspirant de cette publication, je remercie profondément Mme la Professeure Odile Ammann, M. Stefan Schlegel et M. Daniel Brugger. Je remercie également M. le Professeur Pirmin Bundi pour m'avoir conseillé de précieuses lectures sur l'analyse multicritère, qui ont grandement contribué à renforcer mon approche méthodologique.

Cette thèse doit énormément à mes relectrices et relecteurs. Je tiens à chaleureusement remercier Matthias Lanz, Matthieu Niederhauser, Carl Jauslin, Raphaël Bagi, Audrey Boussat, Cláudio Cerqueira B. Netto, Yasmin Bellazrak-Dinari, Constance Kaempfer, Hana Drif et Carlotta Manz pour leur disponibilité, leurs réflexions et leurs critiques constructives. Mon expérience de recherche doctorale n'aurait pas été la même sans les collègues du Centre de droit comparé, européen et international de l'École de Droit de l'Université de Lausanne. Je remercie donc toutes les collaboratrices et tous

les collaborateurs que j'ai eu l'occasion de rencontrer et de côtoyer au CDCEI pour leur contribution à une ambiance de travail stimulante et bienveillante.

Finalement, je remercie mes proches du soutien inconditionnel qu'ils m'ont apporté tout au long de ces années. Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à ma mère, qui m'a appris à toujours donner le meilleur de moi-même, à mon père, qui m'a transmis le goût des questions politiques, ainsi qu'à ma sœur Katarina, dont la présence et la fiabilité ne m'ont jamais fait défaut. Enfin, j'adresse un remerciement tout particulier à Gilles, dont le réconfort indéfectible m'a accompagnée à chaque étape de ce parcours.

Lausanne, décembre 2025
Jelena Protic

Sommaire

Remerciements ..... **V**
Sommaire ..... **VII**
Table des matières ..... **XI**
Table des abréviations et des acronymes ..... **XXIII**
Liste des figures ..... **XXVII**
Bibliographie ..... **XXIX**
Doctrine ..... **XXIX**
Documents d'organes et d'institutions internationales ..... **LIX**
Documents de l'Assemblée fédérale et des commissions parlementaires ..... **LX**
Documents du Conseil fédéral et des départements fédéraux ..... **LXV**
Document du Contrôle fédéral des finances ..... **LXVIII**
Document du canton de Berne ..... **LXVIII**
Documents des gouvernements et parlements étrangers ..... **LXVIII**
Blogs ..... **LXIX**
Articles de journaux ..... **LXX**
Sites internet ..... **LXX**
Jurisprudence ..... **LXXII**

---

1. Introduction **1**
1.1. La problématique de l'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple **6**
1.2. La question de recherche et les contributions de la thèse **29**

---

2. Les méthodes de recherche, l'approche évaluative et la structure de la thèse **33**
2.1. Les méthodes de recherche **35**
2.2. La double évaluation des modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple **42**
2.3. La structure de la thèse **79**

---

3. Le droit souple international : un élément de politique extérieure suisse **81**
3.1. Aperçu du partage des compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale en matière de politique extérieure **81**

3.2. Le droit souple international dans le contexte de l'implication de l'Assemblée fédérale en politique extérieure 87

4. Les outils généraux de participation parlementaire 109
4.1. Introduction aux outils généraux de participation parlementaire 111
4.2. L'évaluation des outils généraux de participation parlementaire selon leur apport de légitimité 123
4.3. L'évaluation des outils généraux de participation parlementaire selon le moment de l'implication 143
4.4. Conclusion intermédiaire sur les outils généraux de participation parlementaire 148

5. Les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure 153
5.1. Introduction aux droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure 154
5.2. L'évaluation des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure selon leur apport de légitimité 172
5.3. L'évaluation des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure selon le moment de l'implication 193
5.4. Conclusion intermédiaire sur les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure 201

6. L'approbation par l'Assemblée fédérale : un droit particulier de participation parlementaire spécifique à la politique extérieure 207
6.1. Introduction à l'approbation par l'Assemblée fédérale 211
6.2. L'évaluation de l'approbation par l'Assemblée fédérale selon son apport de légitimité 224
6.3. L'évaluation de l'approbation par l'Assemblée fédérale selon le moment de l'implication : durant et après la création de l'instrument international de droit souple 234
6.4. Conclusion intermédiaire sur l'approbation par l'Assemblée fédérale 236

7. La reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse **241**
7.1. Introduction à la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse **243**
7.2. L'évaluation de la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse selon son apport de légitimité **257**
7.3. L'évaluation de la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse selon le moment de l'implication **270**
7.4. Conclusion intermédiaire sur la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse **273**

8. Les relations extérieures de l'Assemblée fédérale **279**
8.1. Introduction aux relations extérieures de l'Assemblée fédérale **282**
8.2. L'évaluation des relations extérieures de l'Assemblée fédérale selon leur apport de légitimité **294**
8.3. L'évaluation des relations extérieures de l'Assemblée fédérale selon le moment de l'implication **312**
8.4. Conclusion intermédiaire sur les relations extérieures de l'Assemblée fédérale **314**

9. Discussion des résultats et conclusion **319**
9.1. Présentation des résultats **320**
9.2. Portée des résultats **331**
9.3. Perspectives **359**

Table des matières

Remerciements V
Sommaire VII
Table des matières XI
Table des abréviations et des acronymes XXIII
Liste des figures XXVII
Bibliographie XXIX
Doctrine XXIX
Documents d'organes et d'institutions internationales LIX
Documents de l'Assemblée fédérale et des commissions parlementaires LX
Documents du Conseil fédéral et des départements fédéraux LXV
Document du Contrôle fédéral des finances LXVIII
Document du canton de Berne LXVIII
Documents des gouvernements et parlements étrangers LXVIII
Blogs LXIX
Articles de journaux LXX
Sites internet LXX
Jurisprudence LXXII

---

1. Introduction 1
1.1. La problématique de l'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple 6
1.1.1. Les instruments internationaux de droit souple, une alternative attrayante aux traités 8
1.1.2. Les défis émanant de la réglementation internationale par le droit souple 15
1.1.3. La discussion décennale en Suisse sur le droit souple international 21
1.1.4. Le rapport entre la nature souple d'un instrument international et la portée politique de son contenu 25
1.2. La question de recherche et les contributions de la thèse 29

---

2. Les méthodes de recherche, l'approche évaluative et la structure de la thèse 33
2.1. Les méthodes de recherche 35
2.1.1. La méthode doctrinale 35

2.1.2. La méthode contextuelle **39**
2.2. La double évaluation des modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple **42**
2.2.1. L'objet de l'évaluation : les modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple **44**
2.2.1.1. Le terme clé : mode d'implication parlementaire ... **45**
2.2.1.2. Les cinq modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple **47**
2.2.2. L'évaluation des modes d'implication parlementaire selon leur apport de légitimité aux instruments internationaux de droit souple **51**
2.2.2.1. L'analyse multicritère **54**
2.2.2.2. La notion de légitimité démocratique **57**
2.2.2.3. Les cinq critères de création de légitimité **62**
2.2.2.3.1. Le façonnement de l'instrument international de droit souple **64**
2.2.2.3.2. Le consentement à l'instrument international de droit souple **65**
2.2.2.3.3. La politisation de l'instrument international de droit souple **66**
2.2.2.3.4. La représentation **69**
2.2.2.3.5. La surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple **70**
2.2.2.4. Le score d'apport de légitimité : système d'octroi des points **72**
2.2.3. L'évaluation selon le moment de l'implication : les trois phases temporelles d'un instrument international de droit souple **75**
2.2.4. L'entrecroisement des évaluations selon l'apport de légitimité et selon le moment de l'implication **78**
2.3. La structure de la thèse **79**

---

3. Le droit souple international : un élément de politique extérieure suisse **81**
3.1. Aperçu du partage des compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale en matière de politique extérieure **81**

3.2. Le droit souple international dans le contexte de l'implication de l'Assemblée fédérale en politique extérieure **87**
3.2.1. Le phénomène du droit souple, une contradictio in adiecto ? **88**
3.2.2. La définition de travail du droit souple international **92**
3.2.2.1. Les quatre caractéristiques des instruments internationaux de droit souple **93**
3.2.2.1.1. Impossibilité de qualification de source de droit international **94**
3.2.2.1.2. Nature générale et abstraite de l'instrument **95**
3.2.2.1.3. Force normative de l'instrument **97**
3.2.2.1.4. Participation de l'État **99**
a) Participation de l'État à la création de l'instrument **100**
b) Appropriation ultérieure de l'instrument par l'État **101**
3.2.2.2. Le droit souple exclu de la définition de travail **103**
3.2.2.3. Conclusion intermédiaire sur la définition de travail **105**
3.2.3. La genèse d'un instrument de droit souple **106**

---

4. Les outils généraux de participation parlementaire **109**
4.1. Introduction aux outils généraux de participation parlementaire **111**
4.1.1. Les outils généraux adaptés à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple **111**
4.1.1.1. Les outils d'information généraux **111**
4.1.1.1.1. Les droits d'information individuels et des commissions parlementaires **112**
4.1.1.1.2. Les rapports informatifs **114**
4.1.1.1.3. Les interventions parlementaires d'information **117**
4.1.1.2. Les interventions parlementaires de mandat **118**
4.1.2. Les outils généraux inadaptés à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple : les outils de planification politique **119**
4.1.3. L'apport de légitimité par les outils généraux de participation parlementaire avant, durant et après la création des instruments internationaux de droit souple **122**

4.2. L'évaluation des outils généraux de participation parlementaire selon leur apport de légitimité **123**
4.2.1. Le façonnement indirect de l'instrument international de droit souple par les outils généraux de participation parlementaire **124**
4.2.1.1. Façonnement indirect par les outils d'information généraux **125**
4.2.1.1.1. Limites légales des droits individuels à l'information et des droits généraux à l'information des commissions parlementaires **125**
4.2.1.1.2. Caractère public des interventions parlementaires d'information **127**
4.2.1.1.3. Absence de caractère façonneur des rapports informatifs **127**
4.2.1.2. Façonnement indirect par les interventions parlementaires de mandat **128**
4.2.2. L'absence de consentement à l'instrument international de droit souple au moyen des outils généraux de participation parlementaire **130**
4.2.2.1. Problématique des motions de mesure **131**
4.2.3. La politisation de l'instrument international de droit souple au moyen des outils généraux de participation parlementaire **134**
4.2.3.1. Absence de politisation par la majorité des outils d'information généraux **135**
4.2.3.1.1. Cas particulier du rapport de gestion annuel **136**
4.2.3.1.2. Politisation au moyen de certaines interventions parlementaires d'information **136**
4.2.3.2. Politisation au moyen des interventions parlementaires de mandat **139**
4.2.4. L'absence de représentation par le biais des outils généraux de participation parlementaire **140**
4.2.5. La surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple au moyen des outils généraux de participation parlementaire **140**
4.2.5.1. Caractéristique *Holschuld* des outils généraux de participation parlementaire **141**
4.2.5.2. Surveillance par le biais des outils d'information généraux **142**

4.2.5.3. Surveillance par le biais des interventions parlementaires de mandat 143
4.3. L'évaluation des outils généraux de participation parlementaire selon le moment de l'implication 143
4.3.1. Durant et après la création du droit souple : les droits individuels à l'information, les droits généraux à l'information des commissions et les interventions d'information 145
4.3.2. Avant, durant et après la création du droit souple : les rapports informatifs et les interventions parlementaires de mandat 145
4.3.2.1. Rapports informatifs 146
4.3.2.2. Interventions parlementaires de mandat 147
4.4. Conclusion intermédiaire sur les outils généraux de participation parlementaire 148

---

5. Les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure 153
5.1. Introduction aux droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure 154
5.1.1. L'échange de vues : le principe chapeautant les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure 154
5.1.2. Les droits de participation spécifiques à la politique extérieure adaptés à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple 155
5.1.2.1. Les obligations d'informer et de consulter les commissions de politique extérieure 156
5.1.2.1.1. L'obligation d'informer les commissions de politique extérieure : « événements importants » de politique extérieure 156
5.1.2.1.2. L'obligation de consulter les commissions de politique extérieure 159
a) « Orientations principales » de politique extérieure 160
b) « Négociations internationales importantes » 162
5.1.2.1.3. Seuil matériel des obligations d'informer et de consulter : l'importance des instruments internationaux de droit souple 163

a) Seuil des orientations « principales » **165**
b) Seuil des événements « importants » et des négociations internationales « importantes » **169**
5.1.2.2. Les droits des commissions parlementaires compétentes de demander à être informées ou consultées en matière de politique extérieure **170**
5.1.3. L'apport de légitimité par les droits de participation spécifiques à la politique extérieure avant, durant et après la création des instruments internationaux de droit souple **171**
5.2. L'évaluation des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure selon leur apport de légitimité **172**
5.2.1. Le façonnement indirect de l'instrument international de droit souple par les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure **174**
5.2.1.1. Façonnement indirect par l'information **175**
5.2.1.2. Façonnement indirect par la consultation **176**
5.2.1.2.1. Obligation de consultation allégée dans les cas d'urgence **178**
5.2.1.2.2. Utilité résiduelle du droit des commissions parlementaires compétentes de demander à être consultées **179**
5.2.2. L'absence de consentement à l'instrument international de droit souple au moyen des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure **180**
5.2.2.1. Nature non-contraignante de l'avis consultatif des commissions parlementaires compétentes **180**
5.2.3. La politisation de l'instrument international de droit souple au moyen des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure **183**
5.2.3.1. Politisation indirecte au moyen du droit de demander à être informé **183**
5.2.3.2. Politisation au moyen de la consultation **184**
5.2.4. La représentation indirecte par le biais de la consultation **186**
5.2.5. La surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple au moyen des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure **188**

5.2.5.1. Caractéristique *Bringschuld* des obligations d'informer et de consulter ... 190
5.2.5.2. Mise en œuvre peu conforme à la caractéristique *Bringschuld* de l'obligation d'informer ... 190
5.2.5.3. Caractéristique *Holschuld* des droits de demander à être informé et consulté ... 193
5.3. L'évaluation des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure selon le moment de l'implication ... 193
5.3.1. Avant, durant et après la création du droit souple : les obligations d'informer et de consulter ... 195
5.3.1.1. Obligation d'informer ... 195
5.3.1.1.1. Modalités de l'obligation d'informer : information régulière, rapide et complète 196
5.3.1.1.2. Information en tant que condition préalable à l'exercice des autres outils et droits de participation ... 198
5.3.1.2. Obligation de consulter ... 199
5.3.2. Durant et après la création du droit souple : les droits de demander à être informé et consulté ... 200
5.4. Conclusion intermédiaire sur les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure ... 201

---

6. L'approbation par l'Assemblée fédérale : un droit particulier de participation parlementaire spécifique à la politique extérieure ... 207
6.1. Introduction à l'approbation par l'Assemblée fédérale ... 211
6.1.1. Le cadre juridique en vigueur : L'approbation des traités internationaux par l'Assemblée fédérale ... 211
6.1.1.1. Notion de traité international ... 212
6.1.1.2. Aperçu de la procédure ordinaire : Approbation par l'Assemblée fédérale ... 215
6.1.1.3. Aperçu de la procédure simplifiée : Conclusion par le Conseil fédéral seul ... 216
6.1.1.3.1. Comparaison des seuils : traités de « portée mineure » et droit souple « important » ... 219
6.1.2. L'apport de légitimité par l'approbation par l'Assemblée fédérale durant et après la création des instruments internationaux de droit souple ... 223

6.2. L'évaluation de l'approbation par l'Assemblée fédérale selon son apport de légitimité **224**
6.2.1. Le façonnement indirect de l'instrument international de droit souple par l'approbation par l'Assemblée fédérale **226**
6.2.1.1. Absence de contribution au façonnement au moyen de réserves et d'« enrichissements » dans l'arrêté d'approbation **227**
6.2.2. Le consentement à l'instrument international de droit souple au moyen de l'approbation par l'Assemblée fédérale **228**
6.2.3. La politisation de l'instrument international de droit souple international au moyen de l'approbation par l'Assemblée fédérale **230**
6.2.4. L'absence de représentation par le biais de l'approbation par l'Assemblée fédérale **232**
6.2.5. L'absence de surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple au moyen de l'approbation par l'Assemblée fédérale **233**
6.3. L'évaluation de l'approbation par l'Assemblée fédérale selon le moment de l'implication : durant et après la création de l'instrument international de droit souple **234**
6.4. Conclusion intermédiaire sur l'approbation par l'Assemblée fédérale **236**

---

7. La reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse **241**
7.1. Introduction à la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse **243**
7.1.1. Les deux techniques de reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse **243**
7.1.1.1. Le renvoi à un instrument de droit souple international **244**
7.1.1.1.1. Renvois aux instruments internationaux de droit souple dans les différents actes normatifs **246**
7.1.1.1.2. Problématique des renvois directs et indirects **250**

7.1.1.1.3. Problématique des renvois statiques et dynamiques ... 251
7.1.1.2. La retranscription du contenu d'un instrument international de droit souple ... 253
7.1.2. L'apport de légitimité par la reprise dans l'ordre juridique suisse avant et après la création des instruments internationaux de droit souple ... 256
7.2. L'évaluation de la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse selon son apport de légitimité ... 257
7.2.1. L'absence de façonnement de l'instrument international de droit souple par sa reprise dans l'ordre juridique suisse ... 258
7.2.1.1. Absence de façonnement au moyen de renvois ... 258
7.2.1.2. Absence de façonnement au moyen de retranscriptions ... 261
7.2.1.3. Absence de façonnement indirect au moyen de la reprise ... 262
7.2.2. Le consentement indirect à l'instrument international de droit souple au moyen de sa reprise dans l'ordre juridique suisse ... 263
7.2.2.1. Consentement indirect au moyen de renvois ... 263
7.2.2.1.1. Consentement indirect au moyen de renvois dynamiques ... 265
7.2.2.2. Consentement indirect au moyen de retranscriptions ... 267
7.2.3. L'absence de politisation de l'instrument international de droit souple au moyen de sa reprise dans l'ordre juridique suisse ... 267
7.2.4. L'absence de représentation par le biais de la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse ... 269
7.2.5. L'absence de surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple au moyen de la reprise dans l'ordre juridique suisse ... 269
7.3. L'évaluation de la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse selon le moment de l'implication ... 270
7.3.1. Après la création du droit souple : les renvois et les retranscriptions ... 271
7.3.2. Avant la création du droit souple : les renvois indirects et les renvois dynamiques ... 272

7.4. Conclusion intermédiaire sur la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse **273**

---

8. Les relations extérieures de l'Assemblée fédérale **279**
8.1. Introduction aux relations extérieures de l'Assemblée fédérale **282**
8.1.1. Les types de relations extérieures de l'Assemblée fédérale **283**
8.1.1.1. La participation des parlementaires aux délégations du Conseil fédéral **284**
8.1.1.2. Les activités de diplomatie parlementaire **287**
8.1.1.2.1. Les relations bilatérales de l'Assemblée fédérale avec d'autres parlements **289**
8.1.1.2.2. Les relations multilatérales de l'Assemblée fédérale **290**
a) Activités au sein des organisations interparlementaires **290**
b) Autres relations multilatérales **292**
8.1.2. L'apport de légitimité par les relations extérieures de l'Assemblée fédérale avant, durant et après la création des instruments internationaux de droit souple **293**
8.2. L'évaluation des relations extérieures de l'Assemblée fédérale selon leur apport de légitimité **294**
8.2.1. Le façonnement direct et indirect de l'instrument international de droit souple par les relations extérieures de l'Assemblée fédérale **296**
8.2.1.1. Façonnement direct au moyen de la participation aux délégations du Conseil fédéral **296**
8.2.1.2. Façonnement indirect au moyen des relations bilatérales et multilatérales autres que les activités au sein des organisation interparlementaires **297**
8.2.1.3. Façonnement direct et indirect au moyen des activités au sein des organisations interparlementaires **299**
8.2.2. Le consentement à l'instrument international de droit souple au moyen des relations extérieures de l'Assemblée fédérale **302**
8.2.2.1. Consentement au moyen de la participation aux délégations du Conseil fédéral et de certaines activités au sein des organisations interparlementaires **302**

8.2.2.2. Absence de consentement au moyen des relations bilatérales et multilatérales ... 303
8.2.3. La politisation de l'instrument international de droit souple au moyen des relations extérieures de l'Assemblée fédérale ... 303
8.2.3.1. Politisation au moyen des activités au sein des organisations interparlementaires ... 304
8.2.3.2. Politisation partielle au moyen de la participation aux délégations du Conseil fédéral ... 305
8.2.3.3. Politisation indirecte au moyen des relations bilatérales et autres relations multilatérales ... 306
8.2.4. La représentation par le biais des relations extérieures de l'Assemblée fédérale ... 307
8.2.4.1. Représentation directe par le biais de la participation aux délégations du Conseil fédéral et des activités au sein des organisations interparlementaires ... 307
8.2.4.2. Absence de représentation par le biais des relations bilatérales et autres relations multilatérales ... 309
8.2.5. La surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple au moyen des relations extérieures de l'Assemblée fédérale ... 309
8.3. L'évaluation des relations extérieures de l'Assemblée fédérale selon le moment de l'implication ... 312
8.3.1. Avant et durant la création du droit souple : la participation aux délégations du Conseil fédéral ... 312
8.3.2. Avant, durant et après la création du droit souple : les activités de diplomatie parlementaire ... 313
8.4. Conclusion intermédiaire sur les relations extérieures de l'Assemblée fédérale ... 314

---

9. Discussion des résultats et conclusion ... 319
9.1. Présentation des résultats ... 320
9.1.1. Vue d'ensemble de l'évaluation des modes d'implication parlementaire selon leur apport de légitimité ... 320
9.1.2. Vue d'ensemble de l'évaluation des modes d'implication parlementaire selon le moment de l'implication ... 326

9.1.3. Bilan : Apport de légitimité par les modes d'implication parlementaire avant, durant et après la création des instruments internationaux de droit souple **327**
9.2. Portée des résultats **331**
9.2.1. Les quatre conclusions principales **332**
9.2.1.1. L'existence d'une variété de modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple dans l'ordre juridique suisse **333**
9.2.1.2. L'importance de l'apport de légitimité par les modes d'implication parlementaire durant la création de l'instrument international de droit souple **336**
9.2.1.3. Le potentiel sous-exploité des relations extérieures de l'Assemblée fédérale en tant que mode d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple **338**
9.2.1.4. L'opportunité des mesures de renforcement pratique et cognitif des modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple **344**
9.2.2. Les limites structurelles à l'implication parlementaire en matière de droit souple international **351**
9.2.3. L'absence d'influence des facteurs politiques sur les résultats **356**
9.3. Perspectives **359**

Table des abréviations et des acronymes

§(§)	paragraphe(s)
AELE	Association européenne de libre-échange
al.	alinéa(s)
AMA	Agence mondiale antidopage
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BO	Bulletin officiel
BSK	*Basler Kommentar*
BV/Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
c.	Contre
CEI	Commission électronique internationale
CENELEC	Comité européen de normalisation électrotechnique
CF	Conseil fédéral
CIJ	Cour internationale de justice
consid.	considérant(s)
CPA	Contrôle parlementaire de l'administration
CPE	Commissions de politique extérieure
CPE-E	Commission de politique extérieure du Conseil des États
CPE-N	Commission de politique extérieure du Conseil national
CPS	Commissions de politique de sécurité
CPS-E	Commission de politique de sécurité du Conseil des États
CPS-N	Commission de politique de sécurité du Conseil national
CR	Commentaire romand
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111)
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DDIP	Direction du droit international public du DFAE
éd.	édition(s)
et al.	*et alii*
etc.	*et caetera*
FF	Feuille fédérale
G20	Groupe des vingt
GAFI	Groupe d'action financière
GRINGOs	*Government Run/Inspired NGOs*
IASB	*International Accounting Standards Board*

Ibid.	*Ibidem*
IFRS	*International Financial Reporting Standards*
ISO	Organisation internationale de normalisation
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 6 octobre 1995 (RS 946.51)
lit.	*Littera*
LFPC	Loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération du 22 décembre 1999 (RS 138.1)
LMAP	Loi fédérale du 18 mars 1988 sur les moyens alloués aux membres de l'Assemblée fédérale et sur les contributions allouées aux groupes (RS 171.21)
LOGA	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (RS 172.010)
LParl	Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (RS 171.10)
LPSP	Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger du 27 septembre 2013 (RS 935.41)
LPubl	Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale du 18 juin 2004 (RS 170.512)
LREC	Loi fédérale du 23 mars 1962 sur la procédure de l'Assemblée fédérale, ainsi que sur la forme, la publication et l'entrée en vigueur des actes législatifs (Loi sur les rapports entre les conseils) (RO 1962 811)
N	Note(s) marginale(s)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODiTr	Ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants du 3 décembre 2021 (RS 221.433)
OFR	Ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des maisons de titres du 1er juin 2012 (RS 952.03)
OK	Commentaire en ligne
OLOGA	Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 (RS 172.010.1)
OMC	Organisation mondiale du commerce

OMS	Organisation mondiale de la santé
ONCR	Ordonnance sur les normes comptables reconnues du 12 novembre 2012 (RS 221.432)
ONU	Organisation des Nations unies
ORAT	Ordonnance sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications du 6 octobre 1997 (RS 784.104)
ORInt	Ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les relations internationales du Parlement du 28 septembre 2012 (RS 171.117)
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique nord
p./pp.	page(s)
Pacte mondial sur les migrations	Le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières (A/RES/73/195)
PDC	Parti démocrate-chrétien suisse
PC	Petit commentaire
RCE	Règlement du Conseil des États du 20 juin 2003 (RS 171.14)
RCN	Règlement du Conseil national du 3 octobre 2003 (RS 171.13)
RO	Recueil officiel suisse
RS	Recueil systématique suisse
SGK	*St. Galler Kommentar*
ss	et suivant(es)
Statut CIJ	Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945 (RS 0.193.501)
UDC	Union démocratique du centre suisse
UE	Union européenne
UNESCO	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
UIP	Union interparlementaire
vol.	volume(s)

Liste des figures

Figure 1. Modèle de tableau de satisfaction des critères de création de légitimité par le mode d'implication parlementaire examiné. **53**
Figure 2. Modèle de la dimension temporelle : Intervention du mode d'implication parlementaire dans la vie d'un instrument de droit souple. **75**
Figure 3. Modèle de graphique représentant l'apport de légitimité par un mode d'implication parlementaire fictif avant, durant et après la création de l'instrument international de droit souple. **78**
Figure 4. Satisfaction des critères de création de légitimité par les outils généraux de participation parlementaire. **124**
Figure 5. Dimension temporelle : Intervention des outils généraux de participation parlementaire dans la vie d'un instrument international de droit souple. **144**
Figure 6. Apport de légitimité par les outils généraux de participation parlementaire avant, durant et après la création de l'instrument international de droit souple. **149**
Figure 7. Satisfaction des critères de création de légitimité par les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure. **174**
Figure 8. Dimension temporelle : Intervention des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure dans la vie d'un instrument international de droit souple. **195**
Figure 9. Apport de légitimité par les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure avant, durant et après la création de l'instrument international de droit souple. **203**
Figure 10. Satisfaction des critères de création de légitimité par l'approbation d'un instrument international de droit souple par l'Assemblée fédérale. **225**
Figure 11. Dimension temporelle : Intervention de l'approbation par l'Assemblée fédérale dans la vie d'un instrument international de droit souple. **236**
Figure 12. Apport de légitimité par l'approbation par l'Assemblée fédérale durant et après la création de l'instrument international de droit souple. **237**
Figure 13. Satisfaction des critères de création de légitimité par la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse. **258**

Figure 14. Dimension temporelle : Intervention de la reprise dans l'ordre juridique suisse dans la vie d'un instrument international de droit souple. **271**
Figure 15. Apport de légitimité par la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse avant et après sa création. **275**
Figure 16. Satisfaction des critères de création de légitimité par les relations extérieures de l'Assemblée fédérale. **296**
Figure 17. Dimension temporelle : Intervention des relations extérieures de l'Assemblée fédérale dans la vie d'un instrument international de droit souple. **312**
Figure 18. Apport de légitimité par les relations extérieures de l'Assemblée fédérale avant, durant et après la création de l'instrument international de droit souple. **316**
Figure 19. Scores d'apport de légitimité à l'instrument international de droit souple de tous les modes d'implication parlementaire examinés. **321**
Figure 20. Satisfaction des critères de création de légitimité par tous les modes d'implication parlementaire examinés. **324**
Figure 21. Dimension temporelle : Intervention de tous les modes d'implication parlementaire examinés dans la vie d'un instrument international de droit souple. Lorsqu'une cellule couvre plusieurs phases temporelles, les modes contenus dans cette cellule sont pertinents pour toutes ces phases temporelles. **326**
Figure 22. Apport de légitimité par tous les modes d'implication parlementaire examinés avant, durant et après la création de l'instrument international de droit souple. **328**
Figure 23. Variations d'apport de légitimité à l'instrument international de droit souple par tous les modes d'implication parlementaire examinés à travers le temps. **330**
Figure 24. Deux catégories de modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple. **331**

Bibliographie[1]

Doctrine

ABBOTT KENNETH W. / SNIDAL DUNCAN, *Hard and Soft Law in International Governance,* International Organization 54 no. 3 (2003), 421–56.

ABI-SAAB GEORGES, *Éloge du droit assourdi : quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain,* in Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux, Bruxelles 1993, 59–68.

ALGER CHADWICK F., *Expanding Governmental Diversity in Global Governance: Parliamentarians of States and Local Governments,* Global Governance 16 no. 1 (2010), 59–79.

ALGER CHADWICK F. / KILLE KENT J., *How Are, and Should, Parliamentarians of States Be Involved in Global Governance?,* Journal of International Organizations Studies 5 no. 2 (2014), 71–84.

AMMANN ODILE
- *Domestic Courts and the Interpretation of International Law,* Leiden 2019.
- *Regulating Legislative Lobbying in Switzerland: Superfluous or Overdue?,* Interest Groups and Advocacy 13 (2024), 457–77.
- Le système suisse dans un monde polarisé : chances et risques, Parlament – Parlement – Parlamento 28 no. 3 (2025), 2–8.

ANHEIER HELMUT K., *Global Governance,* in Mark Juergensmeyer / Saskia Sassen / Manfred B. Steger / Victor Faessel (éds.), The Oxford Handbook of Global Studies, Oxford 2018, 769–90.

ARENDT HANNAH
- *On Revolution,* Londres 1963.
- *The Origins of Totalitarianism,* 2ème édition, New York 1958.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS
- *art. 166 Cst.,* in Jean-François Aubert / Pascal Mahon (éds.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève 2003.
- *art. 171 Cst.,* in Jean-François Aubert / Pascal Mahon (éds.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève 2003.

1 Tous les liens dans la présente bibliographie ont été consultés pour la dernière fois le 17 avril 2025.

AUST ANTHONY, *Modern Treaty Law and Practice,* 3ème édition, Cambridge 2013.

AUST HELMUT PHILIPP / KLEINLEIN THOMAS, *Introduction: Bridges under Construction and Shifting Boundaries,* in Helmut Philipp Aust / Thomas Kleinlein (éds.), Encounters between Foreign Relations Law and International Law: Bridges and Boundaries, Cambridge 2021, 1-20.

BAUMANN ROBERT, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, des Vereinigten Königreichs, der Vereinigten Staaten von Amerika, Schwedens und der Schweiz,* Université de Zurich 2002.

BAXTER R. R., *International Law in Her Infinite Variety,* International and Comparative Law Quarterly 29 no. 4 (2008), 549-66.

BAYLIS ELENA, *The International Law Commission's Soft Law Influence,* FIU Law Review 13 (2019), 1007 25.

BAYNE NICHOLAS, *Hard and Soft Law in International Institutions: Complements, Not Alternatives,* in John J. Kirton / Michael J. Trebilcock (éds.), Hard Choices, Soft Law, Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance, Londres 2004, 347-52.

BEETHAM DAVID, *Parlement et démocratie au vingt-et-unième siècle, Guide des bonnes pratiques,* Le Grand-Saconnex (Genève) 2006.

BERMAN AYELET / BÜTHE TIM / MAGGETTI MARTINO / PAUWELYN JOOST, *Introduction, Rethinking Stakeholder Participation in Global Governance,* in Joost Pauwelyn / Martino Maggetti / Tim Büthe / Ayelet Berman (éds.), Rethinking Participation in Global Governance, Voice and Influence after Stakeholder Reforms in Global Finance and Health, Oxford 2022, 3-30.

BERMAN DEMENNO MERCY / BÜTHE TIM, *Voice and Influence in Global Governance: An Analytical Framework,* in Joost Pauwelyn / Martino Maggetti / Tim Büthe / Ayelet Berman (éds.), Rethinking Participation in Global Governance, Voice and Influence after Stakeholder Reforms in Global Finance and Health, Oxford 2022, 31-70.

BESSON SAMANTHA

– The Paradox of Democratic Representation. On Whether and How Disagreement Should be Represented, in Luc J. Wintgens (éd.), The Theory and Practice of Legislation, Londres 2005, 125-161.

– State Consent and Disagreement in International Law-Making, Dissolving the Paradox, Leiden Journal of International Law 29 no. 2 (2016), 289-316.

BESSON SAMANTHA / JOSÉ LUIS MARTÍ, *Legitimate Actors of International Law-Making: Towards a Theory of International Democratic Representation*, Jurisprudence 9 no. 3 (2018), 504-540.

BEYERS JAN / DÜR ANDREAS / WONKA ARNDT, *The Political Salience of EU Policies*, Journal of European Public Policy 25 no. 11 (2018), 1726-37.

BIAGGINI GIOVANNI
– *art. 166 Cst.,* in Giovanni Biaggini (éd.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2017.
– *art. 169 Cst.,* in Giovanni Biaggini (éd.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2017.
– *art. 171 Cst.,* in Giovanni Biaggini (éd.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2017.

BIRCH ANTHONY H., *Representative and Responsible Government An Essay on the British Constitution,* Londres 1964.

BLOMGREN MAGNUS / ROZENBERG OLIVIER, *Legislative Roles and Legislative Studies, The Neo-institutionalist Turning Point?,* in Magnus Blomgren / Olivier Rozenberg (éds.), Parliamentary Roles in Modern Legislatures, Oxford, New York 2012, 8-36.

BLUM NINA / NAEGELI VERA / PETERS ANNE, *Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge,* Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 114 (2013), 527-62.

BLUTMAN LÁSZLÓ, *In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law*, International and Comparative Law Quarterly 59 no. 3 (2010), 605-24.

BODANSKY DANIEL
– *The Concept of Legitimacy in International Law,* in Rüdiger Wolfrum / Röbin Volker (éds.), Legitimacy in International Law, Berlin, Heidelberg, New York 2008, 309-17.
– *Legitimacy in International Law and International Relations,* in Jeffrey L. Dunoff / Mark A. Pollack (éds.), Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations, New York 2012, 321-42.

– *The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?,* The American Journal of International Law 93 no. 3 (1999), 596-624.

BOISSON DE CHAZOURNES LAURENCE, *The International Law Commission in a Mirror–Forms, Impact and Authority*, in Seventy Years of the International Law Commission, Leiden 2020, 133-53.

BOLTON JOHN R., *Should We Take Global Governance Seriously?,* Chicago Journal of International Law 1 no. 2 (2000), 205-21.

BOND MARTYN, *The Council of Europe: Structure, History and Issues in European Politics,* Global Institutions, Abingdon 2012.

BONFADELLI HEINZ / MEIER WERNER, *Switzerland: Highly Concentrated Leading News Media in Austerity and Downsizing Mode,* in Josef Trappel / Tomaz Tales (éds.), The Media for Democracy Monitor 2021: How Leading News Media Survive Digital Transformation, Göteborg 2021, 381-454.

BORER THOMAS G., *Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten,* Université de Bâle 1986.

BOYLE ALAN
– *Soft Law in International Law-Making,* in Malcom Evans (éd.), International Law, Oxford 2018, 119-36.
– *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law,* International and Comparative Law Quarterly 48 no. 4 (1999), 901-13.

BRUNNÉE JUTTA, *Sources of International Environmental Law,* in Samantha Besson / Jean D'Aspremont (éds.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford 2017, 960-83.

BUCHANAN ALLEN / KEOHANE ROBERT O., *The Legitimacy of Global Governance Institutions,* Ethics and International Affairs 20 no. 4 (2006), 405-37.

CAFAGGI FABRIZIO / PISTORM KATHARINA, *Regulatory Capabilities: A Normative Framework for Assessing the Distributional Effects of Regulation,* Regulation and Governance 9 no. 2 (2015), 95-107.

CANAPA DAMIANO / SCHMID EVELYNE / CIMA ELENA, *« Entreprises responsables » : limitations et perspectives,* Revue de droit suisse 140 no. 5 (2021), 557-82.

CANFIELD MATTHEW / DAVIS SARA L. M., *Multistakeholderism and Human Rights: A Call for an Anthropological Approach*, Journal of Human Rights Law 17 no. 3 (2025), 1-14.

CÁRDENAS CASTAÑEDA FABIAN AUGUSTO, *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional 13 (2013), 355-403.

CHASSAGNARD PINET SANDRINE / DELALIEUX GUILLAUME, *La privatisation des normes sociales et environnementales : codes de conduite, chartes privées et mécanismes privés de certification,* Journal européen des droits de l'homme 2013 no. 1 (2013), 83-100.

CHINKIN CHRISTINE
- *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law,* The International and Comparative Law Quarterly 38 no. 4 (1989), 850-66.
- *Normative Development in the International Legal System,* in Dinah Shelton (éd.), Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System, Oxford 2000, 21-42.

COHEN JEAN L., *Globalization and Sovereignty, Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism,* Cambridge 2012.

CORTEN OLIVIER, *Méthodologie en droit international public,* Bruxelles 2017.

COSTA OLIVIER / STAVRIDIS STELIOS / DRI CLARISSA, *Parliamentary Dimensions of Regionalization and Globalization, The Role of Inter-Parliamentary Institutions,* Londres 2013.

COTTIER MICHELLE
- *Activité législative en droit civil et droit comparé : vers une approche socio-juridique*, in Michel Hottelier / Maya Hertig Randall / Alexandre Flückiger (éds.), Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel. Entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique, Genève 2019, 79-85.
- *Adapting Inheritance Law to Changing Social Realities: Questions of Methodology from a Comparative Perspective*, Oñati Socio-Legal Series 4 no. 2 (2014), 194-221.
- *Zur rechtssoziologischen Vermessung der Abschaffung, Transformation und Entformalisierung von Recht. Eröffnungsvortrag zum Vierten Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen « Abschaffung des Rechts? », Universität Basel, 13. September 2018,* Zeitschrift für Rechtssoziologie 40 no. 1-2 (2021), 241-51.

COTTIER THOMAS, *Front-Loading Trade Policy-Making in the European Union: Towards a Trade Act,* in Marc Bungenberg / Markus Krajewski / Christian Tams / Jörg Philipp Terhechte / Andreas R. Ziegler (eds.), European Yearbook of International Economic Law, Cham 2017, 35-59.

COTTIER THOMAS / ACHERMANN ALBERTO / WÜGER DANIEL / ZELLWEGER VALENTIN, *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht,* Berne 2001.

CRAWFORD EMILY, *Non-Binding Norms in International Humanitarian Law: Efficacy, Legitimacy, and Legality,* Oxford 2021.

CRAWFORD LICHTENSTEIN CYNTHIA, *Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy,* International Lawyer 35 no. 4 (2001), 1433-41.

CRUM BEN / FOSSUM JOHN E., *The Multilevel Parliamentary Field: A Framework for Theorizing Representative Democracy in the EU,* European Journal of Political Science 1 no. 2 (2009), 249-71.

CUTLER ROBERT M., *The Emergence of International Parliamentary Institutions: New Networks of Influence in World Society,* in Gordon S. Smith / Daniel Wolfish (éds.), Who Is Afraid of the State? Canada in a World of Multiple Centres of Power, Toronto 2001, 201-29.

D'ASPREMONT JEAN
- *Formalism and the Sources of International Law, A Theory of the Ascertainment of Legal Rules,* Oxford 2011.
- *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials,* European Journal of International Law 19 no. 5 (2008), 1075-93.
- *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Rejoinder to Tony D'Amato,* European Journal of International Law 20 no. 3 (2009), 911-17.

DAHL ROBERT A.
- *Can International Organizations be Democratic? A Skeptic's View,* in Ian Shapiro / Casiano Hacker-Cordòn (éds.), Democracy's Edges, Cambridge 2009, 19-36.
- *A Preface to Economic Democracy,* Berkeley 1986.

DAVARNEJAD LEYLA *The Impact of Non-State Actors on the International Law Regime of Corporate Social Responsibility,* in Math Noortmann / Cedric Ryngaert (éds.), Non-State Actor Dynamics in International Law, From Law-Takers to Law-Makers, Londres 2010.

DE PUIG LLUÍS MARIA
– *International Parliamentarism: An Introduction to its History,* Parliaments, Estates and Representation 24 no. 1 (2004), 13-62.
– *International Parliaments,* Strasbourg 2008.

DEAN MARCO
– *Including Multiple Perspectives in Participatory Multi-Criteria Analysis: A Framework for Investigation,* Evaluation 28 no. 4 (2022), 505-39.
– *Multi-Criteria Analysis,* in Niek Mouter (éd.), Standard Transport Appraisal Methods, Advances in Transport Policy and Planning, Amsterdam 2020, 165-224.

DEPLANO ROSSANA / TSAGOURIAS NICHOLAS, *Introduction,* in Rossana Deplano / Nicholas Tsagourias (éds.), Research Methods in International Law, Cheltenham 2021, 1-7.

DESSUS PHILIPPE / ARNOUX MICHÈLE / BLET NELLY, *Les aide-mémoires, des outils cognitifs pour l'enseignement : un essai de typologie,* Travail et formation en éducation [En ligne] 1 (2008).

DETREKÖY NICULIN / GYSIN LUKAS / KALBERER STEFAN / KNÖPFEL MARION, *Für eine partizipative Aussenpolitik, Drei Empfehlungen zur Stärkung des Whole-of-Switzerland-Ansatzes,* Foraus Policy Brief (2023).

DI CAPUA ROBERTO / PILOTTI ANDREA / MACH ANDRÉ / LASSEB KARIM, *Political Professionalization and Transformations of Political Career Patterns in Multi-Level States: The Case of Switzerland,* Regional and Federal Studies 32 no. 1 (2022), 95-114.

DIGGELMANN OLIVER
– *Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz,* Berne 2005.
– *Verfassung und Völkerrecht,* in Oliver Diggelmann / Maya Hertig Randall / Benjamin Schindler (éds.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, 265-84.
– *Verletzt die « Standardabkommen-Praxis » der Bundesversammlung die Bundesverfassung?,* Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 115 no. 6 (2014), 219-322.
– *Völkerrecht, Geschichte und Grundlagen mit Seitenblicken auf die Schweiz,* Baden 2018.

DOS REIS FELIPE / KESSLER OLIVER, *Legitimacy,* in Jean D'Aspremont / Sahib Singh (éds.), Concepts for International Law, Contributions to Disciplinary Thought, Cheltenham 2019.

DUBEY JACQUES, *art. 164 Cst.,* in Vincent Martenet / Jacques Dubey (éds.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021.

DUDZIŃSKA AGNIESZKA / POYET CORENTIN / COSTA OLIVIER / BERNHARD WESSELS, *Representational Roles,* in Kris Deschouwer / Sam Depauw (éds.), Representing the People, A Survey among Members of Statewide and Sub-state Parliaments, Oxford 2014, 19–38.

DUPUY PIERRE MARIE, *Soft Law and the International Law of the Environment,* Michigan Journal of International Law 12 no. 2 (1991), 420–35.

DUQUET SANDERIJN / PAUWELYN JOOST / WESSEL RAMSES A. / WOUTERS JAN, *Upholding the Rule of Law in Informal International Lawmaking Processes,* Hague Journal on the Rule of Law 6 no. 1 (2014), 77–95.

DURI JORUM / ANGÉLICO FABIANO / FERRI CRISTIANO / VILLENEUVE JEAN-PATRICK, *Overview of Parliamentary Oversight Tools and Mechanisms,* Berlin 2022.

DWORKIN ROLAND, *A New Philosophy for International Law,* Philosophy and Public Affairs 41 no. 1 (2013), 2–30.

EHRENZELLER BERNARD
- *Aussenpolitische Handlungsfähigkeit und Verfassung: Eine Betrachtung aus der Sicht der neuen schweizerischen Bundesverfassung,* in Hans-Joachim Cremer / Thomas Giegerich / Dagmar Richter / Andreas Zimmermann (éds.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Berlin 2002, 703–31.
- *Bundesversammlung,* in Oliver Diggelmann / Maya Hertig Randall / Benjamin Schindler (éds.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, 1699–721.
- *Legislative Gewalt und Aussenpolitik: eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikanischen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung im auswärtigen Bereich,* Bâle, Francfort-sur-le-Main 1993.

EHRENZELLER BERNARD / FASSBENDER BARDO, *art. 166 Cst.,* in Bernhard Ehrenzeller / Patricia Egli / Peter Hettich / Peter Hongler / Benjamin Schindler / Stefan G. Schmid / Rainer J. Schweizer (éds.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Saint-Gall 2023.

ELLIS JAYE, *Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law,* Leiden Journal of International Law 25 no. 2 (2012), 313-34.

EPINEY ASTRID, *art. 166 Cst.,* in Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (éds.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle 2015.

ESTY DANIEL C., *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law,* The Yale Law Journal 115 no. 7 (2006), 1490-562.

FIOTT DANIEL, *On the Value of Parliamentary Diplomacy,* Madariaga Paper 4 no. 7 (2011).

FLEURY ANTOINE / CUENDET SÉVERINE / BULLIARD PASCAL / JÍLEK LUBOR, *L'Assemblée fédérale et la conduite de la politique étrangère de la Suisse de 1848 à nos jours,* NFP Synthesis 42 (2000).

FLÜCKIGER ALEXANDRE
- *Droit souple : quelle place pour les « normes molles » en droit administratif ? Rapport suisse,* Annuaire européen d'administration publique 2021 no. 44 (2023), 247-62.
- *L'unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l'assaut du fédéralisme,* in Véronique Boillet / Anne-Christine Favre / Vincent Martenet (éds.), Le droit public en mouvement : mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève, Bâle, Zurich 2020, 861-69.
- *Le droit souple intercantonal : quand les conférences intercantonales recommandent, les réglementations s'harmonisent,* in Michel Hottelier / Maya Hertig Randall / Alexandre Flückiger (éds.), Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel : entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique, Genève 2019, 109-26.
- *Pourquoi respectons-nous la soft law?,* Revue européenne des sciences sociales XLVII-144 (2009), 73-103.

FORTEAU MATHIAS
- Premier rapport sur les accords internationaux juridiquement non contraignants, Commission du droit international (A/CN.4/772), Genève 2024.
- Deuxième rapport sur les accords internationaux juridiquement non contraignants, Commission du droit internationl (A/CN.4/784), Genève 2025.

FOSTER JOHN W., *The Role of Nongovernmental Organisations and Social Movements in Developing Countries,* in John J. Kirton / Michael J. Trebilcock (éds.), Hard Choices, Soft Law, Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance, Londres 2004, 203-12.

FRANCK THOMAS M., *The Power of Legitimacy among Nations,* New York, Oxford 1990.

FREYBURG TINA / LAVANEX SANDRA / SCHIMMELFENNIG FRANCK, *Just an Illusion? Democratization in the International Realm,* Swiss Political Science Review 23 no. 3 (2017), 246-52.

FRIEDRICH CARL JOACHIM, *Man and His Government: an Empirical Theory of Politics,* New York 1963.

FRIESENHAHN ERNST, *Parlament und Regierung im modernen Staat: Die Organisationsgewalt,* in Ernst Friesenhahn / Arnold Köttgen / Felix Ermacora (éds.), Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Berlin am 10. und 11. Oktober 1957, Berlin 1958, 9-153.

GALBRAITH JEAN / ZARING DAVID, *Soft Law as Foreign Relations Law,* Cornell Law Review 99 no. 4 (2014), 735-94.

GAMMELTOFT-HANSEN THOMAS, *The Normative Impact of the Global Compact on Refugees,* International Journal of Refugee Law 30 no. 4 (2018), 605-10.

GAVA ROY / JAQUET JULIEN M. / SCIARINI PASCAL, *Legislating or Rubber-Stamping? Assessing Parliament's Influence on Law-Making with Text Reuse,* European Journal of Political Research 60 no. 1 (2021), 175-98.

GERTSCHEN ALEX / BÜRGI BONANOMI ELISABETH, *Petit État, grandes entreprises, Réglementer l'économie globalisée – rôle de la Suisse,* Swiss Academies Factsheet 15 no. 2 (2020).

GLASER ANDREAS, *art. 171 Cst.,* in Bernhard Ehrenzeller / Patricia Egli / Peter Hettich / Peter Hongler / Benjamin Schindler / Stefan G. Schmid / Rainer J. Schweizer (éds.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Saint-Gall 2023.

GLASER ANDREAS / MÜLLER CARLA, *Die Mitwirkung der Bundesversammlung beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge,* in Andreas Müller / Werner Schroeder (éds.), Demokratische Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: Perspektiven aus Österreich und der Schweiz, Baden Baden 2017, 25-43.

GOETSCHEL LAURENT / BERNATH MAGDALENA / SCHWARZ DANIEL, *Politique extérieure suisse, Fondements et possibilités,* Lausanne 2004.

GOETSCHEL LAURENT / WASSERFALLEN FABIO, *Aussenpolitik,* in Yannis Papadopoulos / Pascal Sciarini / Adrian Vatter / Silja Häusermann / Patrick Emmeneger / Flavia Fossatti (éds.), Handbuch der Schweizer Politik, Zurich 2022, 677-702.

GOLD JOSEPH, *The Sanctions of the International Monetary Fund,* The American Journal of International Law 66 no. 5 (1972), 737-62.

GOLDMANN MATTHIAS, *We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law,* Leiden Journal of International Law 25 no. 2 (2012), 335-68.

GONIN LUC
- *art. 153 Cst.,* in Vincent Martenet / Jacques Dubey (éds.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021.
- *art. 171 Cst.,* in Vincent Martenet / Jacques Dubey (éds.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021.
- *Droit constitutionnel suisse,* Genève, Zurich 2021.

GOPAKUMAR K M, *The World Health Organization's Engagement with Non-State Actors: The Risk of Corporate Influence',* in Joost Pauwelyn / Martino Maggetti / Tim Büthe / Ayelet Berman (éds.), Rethinking Participation in Global Governance: Voice and Influence after Stakeholder Reforms in Global Finance and Health, Oxford 2022, 421-34.

GRAF MARTIN
- *art. 28 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.
- *art. 120 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.
- *art. 121 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.
- *art. 123 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.
- *art. 125 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.

– *art. 148 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.
– *art. 151 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.
– *Die Grundzüge des neuen Parlamentsrechts – sieben Thesen zur Einführung,* LeGes 14 no. 2 (2003), 9–11.
– *Mitwirkung der Bundesversammlung an der staatsleitenden Politikgestaltung, insbesondere durch Grundsatz- und Planungsbeschlüsse,* in Thomas Sägesser (éd.), Die Bundesbehörden: Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht: Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung, Berne 2000, 111–33.

GRIGLIO ELENA / LUPO NICOLA, *Inter-Parliamentary Cooperation in the EU and outside the Union: Distinctive Features and Limits of the European Experience,* Perspectives on Federalism 10 no. 3 (2018).

GRIGORESCU ALEXANDRU *Democratic Intergovernmental Organizations? Normative Pressures and Decision-Making Rules,* Cambridge 2015.

GUZMAN ANDREW T. / MEYER TIMOTHY, *International Soft Law,* Journal of Legal Analysis 2 no. 2 (2010), 171–225.

HABEGGER BEAT
– *Democratic Accountability of International Organizations: Parliamentary Control within the Council of Europe and the OSCE and the Prospects for the United Nations,* Cooperation and Conflict 45 no. 2 (2010), 186–204.
– *Parlamentarismus in der internationalen Politik, Europarat, OSZE und Interparlamentarische Union,* Baden Baden 2005.

HABERMAS JÜRGEN, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy,* Cambridge 1996.

HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN / THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht,* 10ème édition, Zurich 2020.

HÄGGI FURRER RETO / MERKER MICHAEL, *art. 169,* in Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (éds.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle 2015.

HANDL GUNTHER F. / REISMAN MICHAEL W. / SIMMA BRUNO / DUPUY PIERRE MARIE / CHINKIN CHRISTINE, *A Hard Look at Soft Law,* Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 82 (1988), 371–95.

HANGARTNER YVO / KLEY ANDREAS / BRAUN BINDER NADJA / GLASER ANDREAS, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2ème édition, Zurich 2023.

HAURI MILÈNE, *Soft Law international: Rapport du Conseil fédéral,* Jusletter (2020).

HAURIOU MAURICE, *Précis de droit constituionnel,* Paris 2014.

HERDEGEN MATTHIAS, *Völkerrecht,* 19ème édition, Munich 2020.

HERMANN MICHAEL / BÜHLER GORDON, Wahrheit und Lüge in Zeiten von Fake News, Einstellungen der Schweizer Bevölkerung, Forschungsstelle Sotomo, Zurich 2018.

HIGGINS ROSALYN
- *International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes General Course on Public International Law,* Recueil des cours de l'Académie de La Haye 230 (1993).
- *Problems and Process: International Law and How We Use It,* Problems and Process: International Law and How We Use It, Oxford 1995.

HILLGENBERG HARTMUT, *A Fresh Look at Soft Law,* European Journal of International Law 10 no. 3 (1999), 499–515.

HOLTON ROBERT J., *Globalization and the Nation State,* 2ème édition, Basingstoke 2011.

HOMBERGER HANS PETER, *Grundlagen und Vollzug der privaten Normsetzung im technischen Bereich*, LeGes 17 no. 3 (2006), 59–70.

IKENBERRY JOHN G., *The End of Liberal International Order?,* International Affairs 94 no. 1 (2018), 7–23.

JANČIĆ DAVOR, *Parliamentary Diplomacy in the European Union,* in Henk Kummeling / Paulien de Morree / Remco Nehmelman / Rolf Ortlep / Rob Widdershoven (éds.), De samengestelde besselink: bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht Oisterwijk 2012, 109–20.

JAQUET JULIEN M. / SCIARINI PASCAL / VARONE FRÉDÉRIC, *Policy-Agenda-Setting: Regierung als Hauptinitiator von Entscheidungsprozessen,* in Adrian Ritz / Theo Haldemann / Fritz Sager (éds.), Blackbox Exekutive – Regierungslehre in der Schweiz, Zurich 2019, 213-30.

JÖNSSON CHRISTER / JOHNSSON ANDERS, *Parliaments in Global Governance,* Global Governance 24 no. 3 (2018), 309-20.

JUDGE DAVID, *The Parliamentary State,* Londres 1993.

KAEMPFER CONSTANCE, *Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses, Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE,* Zurich 2023.

KARMEL ROBERTA S. / KELLY CLAIRE R., *The Hardening of Soft Law in Securities Regulation,* Brooklyn Journal of International Law 34 no. 3 (2009), 884-951.

KELLER HELEN / WALTHER RETO, *20 Jahre « neue » Bundesverfassung: Plus ça change, plus c'est la même chose?,* Revue de droit suisse 140 no. 3 (2021), 259-82.

KELSEN HANS, *Théorie pure du droit,* 2ème édition, Bruxelles 1999.

KELSO ALEXANDRA, *Parliament,* in Matthew Flinders / Andrew Gamble / Colin Hay / Michael Kenny (éds.), The Oxford Handbook of British Politics, Oxford 2009, 221-38.

KENNEDY DAVID
- *Background Noise? – The Politics Beneath Global Governance,* Harvard International Law Journal 21 no. 3 (1999), 52-57.
- *Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance,* Sydney Law Review 21 no. 5 (2005), 5-28.
- *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy,* Oxford, Princeton 2016.

KEOHANE ROBERT O., *Decisiveness and Accountability as Part of a Principled Response to Nonstate Threats,* Ethics and International Affairs 20 no. 2 (2006), 219-24.

KILANOWSKI MARCIN, *The Questionable Role of Experts in Global Governance,* in Charlotte Sieber-Gasser / Alberto Ghibellini (éds.), Democracy and Globalization, Cham 2021, 249-63.

KIRTON JOHN J. / TREBILCOCK MICHAEL J., *Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance,* in John J. Kirton / Michael J.

Trebilcock (éds.), Hard Choices, Soft Law, Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance, Londres 2004, 3-29.

KISSLING CLAUDIA, *The Legal and Political Status of International Parliamentary Institutions,* Backgroung Paper no. 4, Berlin 2011.

KLABBERS JAN
- *Conceptualizing Expert Accountability: Towards Virtue,* in Alessandra Arcuri / Kund-Coman Florin (éds.), Technocracy and the Law: Accountability, Governance and Expertise, Londres 2021, 27-43.
- *Informal Agreements in International Law: Towards a Theoretical Framework,* Finnish Yearbook of International Law 5 (1994), 267-387.
- *International Courts and Informal International Law* in Joost Pauwelyn / Ramses A. Wessel / Jan Wouters (éds.), Informal International Lawmaking, Oxford 2012, 219-40.
- *Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law,* Nordic Journal of International Law 70 no. 3 (2001), 403-21.
- *The Redundancy of Soft Law,* Nordic Journal of International Law 65 no. 2 (1996), 167-82.

KLEY ROLAND / PORTMANN ROLAND, *Vorbemerkungen zur Aussenverfassung,* in Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (éds.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Saint-Gall 2014.

KNAUFF MATTHIAS, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem,* Jus Publicum 193, Tübingen 2010.

KOPPELL JONATHAN GS, *World Rule: Accountability, Legitimacy, and the Design of Global Governance,* Chicago 2010.

KOSKENNIEMI MARTTI
- *Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations,* in Michael Byers (éds.), The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law, Oxford 2001, 17-34.
- *The Gentle Civilizer of Nations,* Cambridge 2001.
- *International Law and Hegemony: A Reconfiguration,* Cambridge Review of International Affairs 17 no. 2 (2004), 197-218.

KOSKENNIEMI MARTTI / LEINO PÄIVI, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties,* Leiden Journal of International Law 15 no. 3 (2002), 553-79.

KOVEN LEVIT JANET, *A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Finance Instruments*, Yale Journal of International Law 30 (2005), 125–210.

KU CHARLOTTE / DIEHL PAUL F., *Filling In the Gaps: Extrasystemic Mechanisms for Addressing Imbalances Between the International Legal Operating System and the Normative System*, Global Governance 12 no. 2 (2006), 161–83.

KUMM MATTIAS, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, The European Journal of International Law 15 no. 5 (2004), 907–31.

KÜNZLI JÖRG
- *art. 184 Cst.*, in Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (éds.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle 2015.
- *Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen*, Revue de droit suisse 128 no. 1 (2009), 45–75.

LAGOUTTE STÉPHANIE / GAMMELTOFT-HANSEN THOMAS / CERONE JOHN, *Tracing Soft Law in Human Rights*, Oxford 2016.

LAMMERS GUILLAUME
- *La démocratie directe et le droit international, Prise en compte des obligations internationales de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure*, Berne 2015.
- *Traités internationaux: leur conclusion selon la procédure simplifiée et leur application provisoire suite à la révision législative du 26 septembre 2014*, Jusletter (2015).

LANZ MATTHIAS, *Bundesversammlung und Aussenpolitik: Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung*, Zurich, Saint-Gall 2020.

LAUTERPACHT HERSCH, *Rapport sur le droit des traités, Document A/CN.4/63*, Annuaire de la Commission du droit international II (1953), 90–162.

LE DIVELLEC ARMEL, *Parliament in Constituonal Law*, in Cyril Benoît / Olivier Rozenberg (éds.), Handbook of Parliamentary Studies, Cheltenham 2020, 102–20.

LEACH PHILIP, *The Parliamentary Assembly of the Council of Europe*, in Stefanie Schmahl / Marten Breuer (éds.), The Council of Europe, Its Law and Policies, Oxford 2017, 166–211.

LEFKOWITZ DAVID, *Philosophy and International Law, A Critical Introduction,* Cambridge 2020.

LEFORT CLAUDE, *Essais sur la politique,* Collection Esprit, Paris 1986.

LEY ISABELLE
- *Opposition im Völkerrecht, Ein Beitrag zur Legitimation internationaler Rechtserzeugung,* Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 250, Heidelberg 2015.
- *Opposition in International Law. Alternativity and Revisibility as Elements of a Legitimacy Concept for Public International Law,* Leiden Journal of International Law 28 no. 4 (2015).
- *Zur Politisierung des Völkerrechts: Parlamentarische Versammlungen im Außenverhältnis,* Archiv des Völkerrechts 50 no. 2 (2012), 191-217.

LIJPHART AREND, *Patterns of Democracy,* New Haven 2012.

LILLICH RICHARD, *The Growing Importance of Customary International Human Rights Law,* Georgia Journal of International and Comparative Law 25 no. 1 (1996), 1-30.

LINDELL BENGT, *Multi-criteria Analysis in Legal Reasoning,* Cheltenham 2017.

LINDER WOLF
- *Europe and Switzerland: Europeanization without EU Membership,* in Christine Trampusch / André Mach (éds.), Switzerland in Europe, Continuity and Change in the Swiss Political Economy, Londres, New York 2011, 43-59.
- *Swiss Legislation in the Era of Globalisation: A Quantitative Assessment of Federal Legislation (1983-2007),* Swiss Political Science Review 20 no. 2 (2014), 223-31.

LINDER WOLF / HÜMBELIN OLIVER / SUTTER MICHAEL, Die Entwicklung der eidgenössischen Gesetzgebungstätigkeit 1983-2007: eine quantitative Analyse, Institut für Politikwissenschaft, Université de Berne 2009.

LINDER WOLF / Z'GRAGGEN HEIDI, Professionalisierung der Parlamente im internationalen Vergleich. Studie im Auftrag der Parlamentsdienste der schweizerischen Bundesversammlung, Institut für Politikwissenschaft, Université de Berne 2004.

LÜTHI RUTH
- *art. 153 Cst.,* in Bernard Ehrenzeller / Patricia Egli / Peter Hettich / Peter Hongler / Benjamin Schindler / Stefan G. Schmid / Rainer J. Schweizer (éds.), Bundesverfassung St. Galler Kommentar, Saint-Gall 2023.

– *Die Stellung der Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz*, LeGes 14 no. 2 (2003), 51-66.

MADER LUZIUS, *Normes privées et législation étatique*, LeGes 17 no. 3 (2006), 9-12.

MAHON PASCAL, *Droit constitutionnel*, Vol. 1: Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3ème édition, Neuchâtel 2014-2015.

MALAMUD ANDRÉS / STAVRIDIS STELIOS, *Parliaments and Parliamentarians as International Actors*, in Bob Reinalda (éds.), The Ashgate Research Companion to Non-State Actors, Londres 2011, 101-15.

MALANG THOMAS, *Why National Parliamentarians Join International Organizations*, The Review of International Organizations 14 no. 3 (2019), 407-30.

MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL / HERTIG RANDALL MAYA / FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. 1: L' État, 4ème édition, Berne 2021.

MANTELERO ALESSANDRO, *Rapport sur l'intelligence artificielle*, Intelligence artificielle et protection des données, Strasbourg 2019.

MARCHANT GARY E. / TOURNAS LUCILLE / GUTIERREZ CARLOS IGNACIO, *Governing Emerging Technologies Through Soft Law: Lessons for Artificial Intelligence*, Jurimetrics 61 no. 1 (2020).

MAROONIAN ANAÏS / KOLB ROBERT, *art. 54 Cst.*, in Vincent Martenet / Jacques Dubey (éds.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021.

MARSCHALL STEFAN
– *Parlamentarisums, Eine Einführung*, 2ème édition, Baden Baden 2016.
– *Transnationale Repräsentation in Parlamentarischen Versammlungen, Demokratie und Parlamentarismus jenseits des Nationalstaates*, Baden Baden 2005.

MARTIN SHANE / SAALFELD THOMAS / STRØM KAARE W., *The Oxford Handbook of Legislative Studies*, Oxford 2014.

MATTLE ADRIAN, *Mitwirkung des Parlaments an der politischen Planung*, Studien zum öffentlichen Recht, Zurich, Bâle, Genève 2011.

MAUS DIDIER, *Le cadre institutionnel de la diplomatie parlementaire*, Parlement[s], Revue d'histoire politique 17 no. 1 (2012), 14-36.

MCKEIL AARON
– *Global Disorder: A Blind Spot or Distinct Concept of the International Society Approach?,* Global Studies Quarterly 2 no. 4 (2022), 1-9.
– *On the Concept of International Disorder,* International Relations 35 no. 2 (2020), 197-215.

MENA SÉBASTIEN / PALAZZO GUIDO, *Input and Output Legitimacy of Multi-Stakeholder Initiatives,* Business Ethics Quarterly 22 no. 3 (2012), 527-56.

MERKER MICHAEL / CONRADIN PHILIP
– *art. 171 Cst.,* in Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (éds.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle 2015.
– *art. 173 Cst.,* in Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (éds.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle 2015.

MEYER TIMOTHY, *Alternatives to Treaty-Making-Informal Agreements,* in Duncan B. Hollis (éd.), The Oxford Guide to Treaties, Oxford 2020, 59-81.

MICHAEL LOTHAR, *Private Standardsetter und demokratisch legitimierte Rechtsetzung,* in Hartmut Bauer / Karl-Peter Sommermann / Peter Huber (éds.), Demokratie in Europa, Tübingen 2005, 431-56.

MOERI JACQUELINE BEATRICE, *Die Kompetenzen der schweizerischen Bundesversammlung in den auswärtigen Angelegenheiten,* Hochschule St. Gallen für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaten 1990.

MONIZ PHILIP / WLEZIEN CHRISTOPHER, *Issue Salience and Political Decisions,* Oxford Research Encyclopedia of Politics, Oxford 2020.

MOOR PIERRE / FLÜCKIGER ALEXANDRE / MARTENET VINCENT, *Droit administratif, Les Fondements,* Vol. I, 3ème édition, Berne 2012.

MUCHLINSKI PETER T., *Multinational Enterprises and the Law,* 3ème édition, Oxford 2021.

MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX / HÖFLER STEFAN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre,* 4ème édition, Zurich 2024.

MUNYARADZI MAKWIRAMITI ANTHONY, *The Implementation of the New Capital Accord (Basel II): A Comparative Study of South Africa, Switzerland, Brazil and the United States,* Rhodes University 2008.

MURPHY CRAIG N., *Global Governance: Poorly Done and Poorly Understood,* International Affairs 76 no. 4 (2000), 789-803.

NAEF FRANCESCO, *Soft Law und Gewaltenteilung*, Pratique juridique actuelle 8 (2015), 1109–21.

NEUENSCHWANDER ANOUK, *art. 169 Cst.*, in Vincent Martenet / Jacques Dubey (éds.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021.

NEUHOLD HANSPETH, *The Inadequacy of Law-Making by International Treaties: 'Soft Law' as an Alternative?,* in Wolfrum Rüdiger / Röbin Volker (éds.), Developments of International Law in Treaty Making, New York 2005, 39–52.

NÍ AOLÁIN FIONNUALA, *Soft Law, Informal Lawmaking and New Institutions in the Global Counter-Terrorism Architecture*, European Journal of International Law 32 no. 3 (2021), 919–41.

NORTON PHILIP, *Parliament in British Politics,* 2ème édition, Basingstoke 2013.

NOURSE VICTORIA / SCHAFFER GREGORY, *Empiricism, Experimentalism, and Conditional Theory*, Southern Methodist University Law Review 67 no. 1 (2014), 141–84.

O'CONNELL MARY ELLEN, *The Role of Soft Law in a Global Order,* in Dinah Shelton (éd.), Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System, Oxford 2000, 100–14.

ODERMATT LUZIAN, *Gesetzgebungsmethodische Strategien der Übernahme privater Normen*, LeGes 17 no. 3 (2006), 85–100.

ODERMATT LUZIAN / TOPHINKE ESTHER, *art. 24 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.

OESCH MATTHIAS, *Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung,* in Oliver Diggelmann / Maya Hertig Randall / Benjamin Schindler (éds.), Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, 137–60.

OGBONNAYA UFIEM MAURICE / OGUJIUBA KANAYO, *Regional Parliamentary Assemblies in Africa: Challenges of Legitimacy of Authority and Status of Operation,* The Journal of Legislative Studies 21 no. 4 (2015), 553–73.

OLIVIER MICHÈLE, *The Relevance of Soft Law as a Source of International Human Rights,* Comparative and International Law Journal of Southern Africa 35 no. 3 (2002), 289–307.

OLLINO ALICE, *Due Diligence Obligations in International Law,* Cambridge 2022.

ORTINO MATTEO, *Thirty Years after the Basel Accord and Ten after the Financial Crisis: The Basel Committee on Banking Supervision and its Place in International Economic Law,* Journal of International Economic Law 22 no. 2 (2019), 159-61.

OWADA HISASHI, *Problems of Interaction Between the International and Domestic Legal Orders,* Asian Journal of International Law 5 no. 2 (2014), 246-78.

PAUWELYN JOOST
- *Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions,* in Joost Pauwelyn / Ramses A. Wessel / Jan Wouters (éds.), Informal International Lawmaking, Oxford 2012, 13-35.
- *Is It International Law or Not, and Does It Even Matter?,* in Joost Pauwelyn / Ramses A. Wessel / Jan Wouters (éds.), Informal International Lawmaking, Oxford 2012, 125-61.

PAUWELYN JOOST / WESSEL RAMSES A. / WOUTERS JAN
- *Informal International Lawmaking: An Assessment and Template to Keep It Both Effective and Accountable,* in Joost Pauwelyn / Ramses A. Wessel / Jan Wouters (éds.), Informal International Lawmaking, Oxford 2012, 500-38.
- *When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking,* European Journal of International Law 25 no. 3 (2014), 733-63.

PÉJO PHILIPPE, *La Diplomatie parlementaire,* Paris 2020.

PETERS ANNE
- *Dual Democracy,* The Constitutionalization of International Law, Oxford 2009.
- *The Merits of Global Constitutionnalism,* Indiana Journal of Global Studies 16 no. 2 (2009), 397-411.

PETERS ANNE / PETRIG ANNA, *Völkerrecht,* 6ème édition édition, Zurich, Genève 2023.

PETRIG ANNA
- *Democratic Participation in International Lawmaking in Switzerland after the « Age of Treaties »,* in Helmut Philipp Aust / Thomas Kleinlein (éds.), Encounters between Foreign Relations Law and International Law: Bridges and Boundaries, Cambridge 2021, 180-212.
- *Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts,* Revue suisse de droit international et européen 25 no. 4 (2015), 507-37.

– *Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Außenbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt?*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 78 no. 1 (2018), 93–146.

PETRIG ANNA / SINZ MAREIKE, *Rechtsgutachten zum Thema « Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law » im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle*, Bâle 2021.

PILOTTI ANDREA
– *Entre démocratisation et professionnalisation: le Parlement suisse et ses membres de 1910 à 2016*, Zurich, Genève 2017.
– *Les temporalités du travail parlementaire en Suisse, Entre milice et et professionnalisation politique*, Temporalités de la démocratie 36 (2022).

PILOTTI ANDREA / SCIARINI PASCAL / VARONE FRÉDÉRIC / CAPPELLETTI FABIO, *L'Assemblea federale: un parlamento di milizia in fase di professionalizzazione,* in Andrea Pilotti / Oscar Mazzoleni (éds.), Milizia e professionismo nella politica svizzera, Locarno 2018, 45–71.

POLTIER ETIENNE / MOOR PIERRE, *Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle,* Vol. II, Berne 2011.

POSCHER RALF, *Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung,* Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 67 (2008), 163–96.

POUZET CLÉMENTINE, *Les modes de régulation de l'intelligence artificielle par le droit européen : entre droit souple et droit dur,* Université Jean Moulin Lyon 3 2020.

PROTIC JELENA, *Commentaire de l'art. 166 Cst.* in Stefan Schlegel / Odile Ammann, Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, 2023.

PUTNAM ROBERT D., *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games,* International Organization 42 no. 3 (1988), 427–60.

REILING KATHARINA, *Die Anwendung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auf rechtsunverbindliche internationale Standards*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 78 no. 2 (2018), 311–38.

REINICKE WOLFGANG H. / WITTE JAN MARTIN, *Interdependance, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords,* in Dinah Shelton (éd.), Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System, Oxford 2000, 75–100.

RHINOW RENÉ, *Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung,* Bâle, Genève, Munich 2000.

RIEMER LENA / SCHÄFER SABRINA, *A letter from the Bundestag or How the Global Compact on Migration shed new light on parliamentary participation in informal international lawmaking,* Conférence annuelle de la SEDI sur les « Changements dans la légifération internationale: acteurs, processus, impact » (Agora 9), Stockholm 2021.

RIGAUX FRANÇOIS, *Le droit au singulier et au pluriel,* Revue interdisciplinaire d'études juridiques 9 no. 2 (1982), 1-61.

RITTBERGER BERTHOLD, *Copy and Paste: Parlamentarisierung jenseits des Nationalstaates,* in Nicole Deitelhoff / Jens Steffek (éds.), Was bleibt vom Staat? : Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter, Francfort 2009, 137-59.

ROBERTS ANTHEA / SIVAKUMARAN SANDESH, *The Theory and Reality of the Sources of International Law,* in Malcom D. Evans (éd.), International Law, Oxford 2018, 93-118.

RODILES ALEJANDRO, *Coalitions of the Willing and International Law, The Interplay between Formality and Informality,* Cambridge 2018.

RODRIK DANI, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy,* New York, Londres 2011.

ROSENAU JAMES N., *Along the Domestic-Foreign Frontier, Exploring Governance in a Turbulent World,* Cambridge 1997.

ROTH-ISIGKEIT DAVID, *From Formal to Radical: Tracing the Democratic Argument in Global Law,* in Charlotte Sieber-Gasser / Alberto Ghibellini (éds.), Democracy and Globalization, 37-56.

ROZENBERG OLIVIER, *On the Concepts of Parliament, Parliamentarianism and Parliamentary Democracy,* in Cyril Benoît / Olivier Rozenberg (éds.), Handbook of Parliamentary Studies Cheltenham 2020, 14-31.

ŠABIČ ZLATKO, *Building Democratic and Responsible Global Governance: The Role of International Parliamenty Institutions,* Parliamentary Affairs 61 no. 2 (2008), 255-71.

SÄGESSER THOMAS

– *Die Informationsrechte der Ratsmitglieder und der parlamentarischen Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz*, LeGes 14 no. 2 (2003).

– *Parlamentarische Informations- und Konsultationsrechte,* Pratique juridique actuelle (2002), 382-88.

SALIU HASSAN A. / MUHAMMAD ABDULRASHEED A., *Exploring the Parliament,* African Journal of International Affairs and Development 14 no. 1-2 (2009), 140-59.

SHAFFER GREGORY, *The New Legal Realist Approach to International Law,* Leiden Journal of International Law 28 no. 2 (2015), 189-210.

SCHARPF FRITZ W., *Demokratie in der transnationalen Politik,* in Wolfgang Streeck (éd.), Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie, Francfort-sur-le-Main, New York 1998.

SCHIMMELFENNING FRANK / WINZEN THOMAS / LENZ TOBIAS / ROCABERT JOFRE / CRASNIC LORIANA / GHERASIMOV CRISTINA / LIPPS JANA / MUMFORD DENSUA, *The Rise of International Parliaments: Strategic Legitimation in International Organizations,* Oxford 2020.

SCHMID EVELYNE
– *art. 166 Cst.,* in Vincent Martenet / Jacques Dubey (éds.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021.
– *art. 184 Cst.,* in Vincent Martenet / Jacques Dubey (éds.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021.
– Procédure de consultation concernant l'avant-projet de référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel, Prise de position à destination du Service juridique et législatif du Canton de Vaud, Lausanne 2018.

SCHMID EVELYNE / ALTWICKER TILMANN, *International Law and (Swiss) Domestic Law-Making Processes,* Revue suisse de droit international et européen 25 no. 4 (2015), 501-05.

SCHMITZ THOMAS, *Political Parties and Their Funding in Germany,* Journal of the University of Latvia Law 12 (2019), 86-95.

SCHORKOPF FRANK, *Staatsrecht der internationalen Beziehungen,* Munich 2017.

SCHWAB PHILIPPE
– *General debate: The emergence of parliamentary diplomacy – practice, challenges and risks, Constitutional and Parliamentary Information,* Half-Yearly Review of the Association of Secretaries General of Parliaments 63 no. 206 (2013), 81-85.
– *L'émergence de la diplomatie parlementaire – pratique, défis et risques,* Association des Secrétaires généraux de Parlements, Genève 2013.

– *Le rôle du Parlement dans les négociations internationales,* Association des Secrétaires généraux de Parlements, Genève 2016.
– *Le droit souple international et le rôle des Parlements,* Association des Secrétaires généraux de Parlements, Nusa Dua 2022.

SCIARINI PASCAL
– *Le rôle et la position de l'Assemblée fédérale dans les relations avec la Communauté européenne depuis 1972,* in Le Parlement – « Autorité suprême de la Confédération », Berne 1991, 403-24.
– *Politique suisse,* 2ème édition, Lausanne 2024.

SCIARINI PASCAL / VARONE FRÉDÉRIC / FERRO-LUZZI GIOVANNI / CAPPELLETTI FABIO / GARIBIAN VAHAN / MULLER ISMAIL, Étude sur le revenu et les charges des parlementaires fédéraux, Genève 2017.

SELZNICK PHILIP, *Law in Context Revisited,* Journal of Law and Society 30 no. 2 (2003), 177-86.

SERRURIER ENGUERRAND, *Le Mécanisme COVAX : une tentative d'intégration de principes éthiques dans l'ordre juridique international,* Revue confluence sciences et humanités 1 no. 1 (2022), 59-89.

SHAFFER GREGORY C. / POLLACK MARK A., *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance,* Minnesota Law Review 94 (2010), 706-99.

SHAW MALCOLM N., *International Law,* 6ème édition, Cambridge 2008.

SHELTON DINAH, *Law, Non-Law and the Problem of Soft Law,* in Dinah Shelton (éd.), Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System, Oxford 2000, 1-19.

SHELTON DINAH, *Soft Law,* in David Armstrog (éd.), Routledge Handbook of International Law, Londres, New York 2008, 68-80.

SIEBER-GASSER CHARLOTTE, *Democratic Legitimation of Trade Policy Tomorrow,* Jusletter (2015).

SIMONOVIC IVAN, *Relative Sovereignty of the Twenty First Century,* Hastings International and Comparative Law Review 25 no. 3 (2002), 371-81.

SINZ MAREIKE, *Internationales Soft Law und Fragen nach parlamentarischer Zustimmung, Eine Betrachung im Rahmen eines deutsch-französisch-schweizerischen Rechtsvergleichs,* Zurich 2022.

SLAUGHTER ANNE-MARIE
- *Agencies on the Loose? Holding Government Networks Accountable,* in George A. Bermann / Matthias Herdegen / Peter L. Lindseth (éds.), Transatlantic Regulatory Cooperation, Legal Problems and Political Prospects, Oxford 2001, 520-46.
- *Disaggregated Sovereignty: Towards the Public Accountability of Global Governement Networks,* Government and Opposition 39 no. 2 (2004), 150-90.
- *Governing the Global Economy through Government Networks,* in Michael Byers (éd.), The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law, Oxford 2001, 177-206.
- *A New World Order,* Princeton 2004.

SLAUGHTER ANNE-MARIE / BURKE-WHITE WILLIAM, *The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law),* Harvard International Law Journal 47 no. 2 (2006), 327-52.

SOUCEK ALEXANDER / TAPIO JENNI, *Normative References to Non-Legally Binding Instruments in National Space Laws: A Risk- Benefit Analysis in the Context of Public International and Domestic Law,* Proceedings of the International Institute of Space Law 2018 no. 4 (2018), 553-79.

SPILIOPOULOU ÅKERMARK SIA, *Soft Law and International Financial Institutions – Issues of Hard and Soft Law from a Lawyer's Perspective,* in Ulrika Mörth (éd.), Soft Law in Governance and Regulation: an Interdisciplinary Analysis, Cheltenham 2004, 61-80.

STAGGS KELSALL MICHELLE, *Disordering International Law,* European Journal of International Law 33 no. 3 (2022), 729-59.

STAVRIDIS STELIOS, *Parliamentary Diplomacy: Some Preliminary Findings,* Jean Monnet Working Papers in Comparative and International Politics 48 no. 2 (2002), 22-41.

STAVRIDIS STELIOS / JANČIĆ DAVOR, *The Rise of Parliamentary Diplomacy in International Politics,* The Hague Journal of Diplomacy 11 no. 2 (2016), 105-20.

STEFFEK JENS, *The Democratic Output Legitimacy of International Organizations,* WZB Discussion Paper no. SP IV 2014-101 (2014).

STEIN ERIC, *International Integration and Democracy: No Love at First Sight,* The American Journal of International Law 95 no. 3 (2001), 489-534.

STIRLING ANDREW, *Analysis, Participation and Power: Justification and Closure in Participatory Multi-Criteria Analysis*, Land Use Policy 23 no. 1 (2006), 95-107.

STRANGE SUSAN
- *The Declining Authority of States,* in Frank J. Lechner / John Boli (éds.), The Globalization Reader, Chichester 2015, 232-38.
- *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in World Economy,* Cambridge 1996.

TAEKEMA SANNE / VAN DER BURG WIBREN, *Contextualising Legal Research, A Methodological Guide,* Elgar Studies in Legal Research Methods, Cheltenham 2024.

TALESH SHAUHIN / MERTZ ELIZABETH / HEINZ KLUG, *Introduction to the Research Handbook on Modern Legal Realism*, in Shauhin Talesh / Elizabeth Mertz / Klug Heinz (éds.), Research Handbook on Modern Legal Realism Cheltenham 2021, 1-18.

THÜRER DANIEL
- *The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration,* in O. Jacot-Guillarmod / P. Pescatore (éds.), L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?, Zurich 1990, 131-38.
- *Soft Law,* Max Planck Encyclopedia of International Law, Oxford 2009.

THURNHERR DANIELA, *art. 153 Cst.*, in Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (éds.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle 2015.

TOMUSCHAT CHRISTIAN
- *Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen*, in Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen. Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Basel vom 5. bis 8. Oktober 1977, Berlin, Boston 1978, 8-63.
- *Möglichkeiten und Grenzen der Globalisierung,* in Jürgen Schwarze (éd.), Globalisierung und Enstaatlichung des Rechts, Vol. 1, Tübingen 2008.

TORNAY SCHALLER BÉNÉDICTE, *art. 141 Cst.*, in Vincent Martenet / Jacques Dubey (éds.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021.

TRIPET CORDIER FLORENT
- *art. 152 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.

– *Ein Instrument der parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der schweizerischen Aussenpolitik die Information und Konsultation gemäss Art. 152 Parlamentsgesetz,* Cahier de l'IDHEAP, Chavannes-Lausanne 2012.

TSCHANNEN PIERRE
– *art. 164 Cst.,* in Bernhard Ehrenzeller / Patricia Egli / Peter Hettich / Peter Hongler / Benjamin Schindler / Stefan G. Schmid / Rainer J. Schweizer (éds.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Saint-Gall 2023.
– *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft,* Berne 2021.

VAN GESTEL ROB / MICKLITZ HANS-WOLFGANG, *Why Methods Matter in European Legal Scholarship,* European Law Journal 20 no. 3 (2014), 292-316.

VAN KLINK B. M. J. / LEMBCKE O.W., *A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law,* in Pauline Westernan / Jaap Hage / Stephan Kriste / Anne Ruth Mackor (éds.), Legal Validity and Soft Law, Cham 2018, 145-64.

VATTER ADRIAN
– *Das Parlament in der Schweiz, Macht und Ohnmacht der Volksvertretung,* Zurich 2018.
– *Das politische System der Schweiz,* 4ème édition, Baden Baden 2020.

VERDIER PIERRE-HUGUES / VERSTEEG MILA
– *International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation,* in Anthea Roberts (éd.), Comparative International Law, Oxford 2018, 209-30.
– *Modes of Domestic Incorporation of International Law,* in Wayne Sandholtz / Christopher A. Whytock (éds.), Research Handbook on the Politics of International Law, Cheltenham 2017, 149-75.
– *Separation of Powers, Treaty-Making, and Treaty Withdrawal: A Global Survey,* in Curtis A. Bradley (éd.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, Oxford 2019, 135-55.

VON BOGDANDY ARMIN, *Lawmaking by International Organizations, Some Thoughts on Non-Binding Instruments and Democratic Legitimacy,* in Rüdiger Wolfrum / Röben Volker (éds.), Developments of International Law in Treaty Making, Heidelberg 2005, 171-82.

VON BURG DOMINIQUE, *Réseaux sociaux et Sites d'information : Le Conseil de la presse élargit son champ de compétence,* Revue annuelle 2019 du Conseil suisse de la presse, 22-27.

VON WINTER THOMAS, Die Idee einer Parlamentarisierung der Vereinten Nationen als Beitrag zur Debatte über Global Governance und Demokratie, Info-Brief, Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestages, 2005.

VON WYSS MORITZ
– *art. 7 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.
– *art. 150 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.
– *Maximen und Prinzipien des parlamentarischen Verfahrens: eine Untersuchung über die Schweizerische Bundesversammlung,* Université de Zurich 2001.

VOSOUGHI SOROUSH / ROY DEB / ARAL SINAN, *The Spread of True and False News Online,* Science 359 (2018), 1146-51.

WASSENBERG BIRTE, *History of the Council of Europe,* Strasbourg 2013.

WATTS ARTHUR, *The Importance of International Law,* in Michael Byers (éd.), The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law, Oxford 2001, 5-16.

WEIL PROSPER, *Towards Relative Normativity in International Law?,* American Journal of International Law 77 no. 3 (1983), 413-42.

WEILER JOSEPH H. H., *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy,* Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 64 (2004), 547-62.

WEISGLAS FRANS W. / DE BOER GONNIE, *Parliamentary Diplomacy,* The Hague Journal of Diplomacy 2 no. 1 (2007), 93-99.

WHEATLEY STEVEN, *The Democratic Legitimacy of International Law,* Oxford 2010.

WILDHABER LUZIUS, *Aussenpolitische Kompetenzordnung im schweizerischen Bundesstaat,* in Alois Riklin / Karl Josef Partsch / Raymond Probst (éds.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Berne 1992, 121-49.

WOHLWEND RENATE, *The Role of the Council of Europe's Parliamentary Assembly,* in The Death Penalty: Beyond Abolition, Strasbourg 2004, 65-85.

WOLFRUM RÜDIGER
– *Legitimacy in International Law,* Max Planck Encyclopedia of International Law, Oxford 2011.

– *Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations,* in Rüdiger Wolfrum / Röbin Volker (éds.), Legitimacy in International Law, Berlin, Heidelberg, New York 2008, 1-24.

WOUTERS JAN, *International Law, Informal Law-Making, and Global Governance in Times of Anti-Globalism and Populism,* in Heike Krieger / Georg Nolte / Andreas Zimmermann (éds.), The International Rule of Law: Rise or Decline?, Oxford 2019, 242-64.

WUERTH INGRID B., *Sources of International Law in Domestic Law,* in Samantha Besson / Jean D'Aspremont (éds.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford 2017, 1119-36.

WYSS MARTIN
– *Die schweizerische Bundesversammlung und das Völkerrecht – Spurensuche zwischen Verfassungsrecht und politischer Praxis,* Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 83 no. 4 (2023), 903-23.
– *Lobbyismus – zum Stand der Debatte in der Schweiz,* in Stefanie Lejeune (éd.), Interessengeleitete Gesetzgebung, Baden Baden 2015, 103-15.

WYTTENBACH JUDITH / WYSS KARL-MARC, *art. 164 Cst.,* in Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (éds.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Bâle 2015.

YAMAMOTO HIRONORI, *Tools for Parliamentary Oversight, A Comparative Study of 88 National Parliaments,* Genève 2007.

ZAUM DOMINIK, *Legitimacy,* in Jacob Katz Cogan / Ian Hurd / Ian Johnstone (éds.), The Oxford Handbook of International Organizations, Oxford 2016, 1107-25.

ZEHNDER DANIEL
– *art. 60 LParl,* in Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (éds.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2024.
– *Parlamentarische Tätigkeit im globalen Kontext*, Université de Berne 2007.

ZELLWEGER VALENTIN, *Die demokratische Legitimation von Staatsverträgen*, LeGes 10 no. 3 (1999), 33-38.

ZEMANEK KARL, *Is the Term Soft Law Convenient*, in Alfred Rest / Gerhard Hafner / Gerhard Loibl / Karl Zemanek / Lilly Sucharipa-Behrmann (éds.), Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, Leiden 1998, 843-62.

ZIEGLER ANDREAS R.
– *Introduction au droit international public*, 4ème édition, Précis de droit, Berne 2020.
– *Switzerland and International Investment Law: Why it Matters*, Revue suisse de droit international et européen 31 no. 2 (2021), 179–91.

ZIMMERMANN ANDREAS / JAUER NORA, *Possible Indirect Legal Effects under International Law of Non-Legally Binding Instruments*, KFG Working Paper Series, Berlin Potsdam Research Group The International Rule of Law – Rise or Decline? no. 48 (2021).

ZUIDERVEEN BORGESIUS FREDERIK, *Discrimination, intelligence artificielle et décisions algorithmiques*, Strasbourg 2018.

ZURKIRCHEN JOSEF, *Die Instrumente des parlamentarischen Vorstosses, Ein Beitrag zum Schweizerischen Parlamentsrecht*, Université de Fribourg 1979.

ZÜRN MICHAEL
– *Democratic Governance Beyond the Nation-State: The EU and Other International Institutions*, European Journal of International Relations 6 no. 2 (2000), 183–221.
– *Global Governance and Legitimacy Problems*, Government and Opposition 39 no. 2 (2004), 260–87.

Documents d'organes et d'institutions internationales

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES,
– Rapport de la Commission du droit international, Soixante-dixième session (A/73/10), 2018.
– Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-treizième session (A/77/10), 2022.
– Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quinzième session (A/79/469), 2024.
– Protection des personnes en cas de catastrophe, Rapport de la Sixième Commission (A/79/476), 2024.
– Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, Résolution A/RES/73/195 adoptée par l'Assemblée générale le 19 décembre 2018.
– Nous, peuples : société civile, Organisation des Nations Unies et gouvernance mondiale, Rapport du Groupe de personnalités éminentes sur

les relations entre l'Organisation des Nations Unies et la société civile (A/58/817), 2004.
– Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa onzième session (A/4169), Annuaire de la Commission du droit international II (1959), 89–127.

ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE,
– L'équilibre institutionnel au Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission du Règlement et des Immunités (Doc. 11017), 2006.
– Principes fondamentaux du contrôle parlementaire des normes internationales relatives aux droits de l'homme, annexe à la résolution 1823 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 2011.

COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE, Governance and Public Administration Division, The Role of Parliament in Promoting Good Governance, 2013.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME,
– Contribution des parlements aux travaux du Conseil des droits de l'homme et à son Examen périodique universel, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme de 2018 (A/HCR/38/25), 2018.
– Déclaration des Nations Unies sur les droits des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales, Résolution A/HRC/RES/39/12 adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 28 septembre 2018.

UNION INTERPARLEMENTAIRE,
– Combler le déficit démocratique dans les relations internationales: un plus grand rôle pour les parlements, Déclaration, Deuxième Conférence mondiale des présidents de parlement, 2005.
– Le contrôle parlementaire : Le pouvoir du Parlement de demander des comptes au gouvernement, Rapport parlementaire mondial, 2017.
– Parliamentary Involvement in International Affairs, A Report to the Second World Conference of Speakers of Parliaments, 2005.

Documents de l'Assemblée fédérale et des commissions parlementaires

Arrêté fédéral

Arrêté fédéral du 12 décembre 2024 concernant le Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, FF 2024 3221.

Interventions parlementaires

Initiatives parlementaires

AESCHI THOMAS, Initiative parlementaire 14.433 du 20 juin 2014. Recommandations et décisions de l'OCDE et de ses organismes spécialisés. Obligation d'informer et de consulter la commission législative compétente.

CPE-N, Initiative parlementaire 22.482 du 18 octobre 2022. Droits de participation du Parlement en matière de politique extérieure.

GROUPE DE L'UNION DÉMOCRATIQUE DU CENTRE, Initiative parlementaire 18.466 du 29 novembre 2018, Approbation du droit non contraignant par l'Assemblée fédérale.

ROMANO MARCO, Initiative parlementaire 14.474 du 12 décembre 2014. Sauvegarder les compétences du Parlement en matière de politique étrangère et de législation.

Interpellations

BÉGLÉ CLAUDE, Interpellation 18.4388 du 14 décembre 2018. Soft law. Une interprétation dynamique.

GLARNER ANDREAS, Interpellation 18.3842 du 26 septembre 2018. Pacte de l'ONU sur les migrations. Participation démocratique et validité intraétatique.

GROUPE DU PDC, Interpellation 18.4112 du 29 novembre 2018. Participation du Parlement aux décisions portant sur du droit souple. Absence de ligne claire du Conseil fédéral.

GROUPE DES VERT-E-S, Interpellation 16.4127 du 16 décembre 2016. Mise en oeuvre des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

GROUPE VERT'LIBÉRAL, Interpellation 21.3859 du 17 juin 2021. Une convention pour renforcer et compléter les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

Motions

COMMISSION DU CONSEIL DES INSTITUTIONS POLITIQUES DU CONSEIL DES ÉTATS, Motion 18.4103 du 12 novembre 2018. Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations. Soumettre à l'Assemblée fédérale la décision d'approbation.

COMMISSION DU CONSEIL DES INSTITUTIONS POLITIQUES DU CONSEIL NATIONAL, Motion 18.4093 du 19 octobre 2018. Pacte de l'ONU sur les migrations. Soumettre à l'Assemblée fédérale la décision d'approbation.

CPE-E
- Motion 18.4106 du 8 novembre 2018. Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations. Soumettre à l'Assemblée fédérale la décision d'approbation.
- Motion 22.4264 du 28 octobre 2022. Information et consultation en matière de politique extérieure. Procédures administratives uniformes systématiques.
- Motion 09.3361 du 6 avril 2009. Accords de double imposition. Consultation des Commissions de politique extérieure.
- Motion 18.3378 du 19 mars 2018. Rapports établis par des organisations internationales sur la Suisse. Implication du Parlement dans la procédure de consultation.
- Motion 22.4260 du 18 octobre 2022. Information et consultation en matière de politique extérieure. Procédures administratives uniformes systématiques.
- Motion 24.3474 du 13 mai 2024. Adhésion à European Sky Shield Initiative.

GERMANN HANNES, Motion 18.3935 du 27 septembre 2018. La Suisse ne doit pas signer le pacte de l'ONU sur les migrations.

GROUPE DE L'UNION DÉMOCRATIQUE DU CENTRE, Motion 22.3546 du 7 juin 2022. Pas d'accord de l'OMS sans l'approbation du Parlement.

MINDER THOMAS, Motion 18.4130 du 29 novembre 2018. Garantir la légitimité démocratique en Suisse des accords importants de l'ONU.

REIMANN LUKAS, Motion 21.3341 du 18 mars 2021. Démocratique et efficace, la séparation des pouvoirs ne doit pas être détournée par le droit souple.

ROMANO MARCO, Motion 18.4113 du 29 novembre 2018. Pour une politique étrangère consensuelle. Développer le droit souple en concertation avec le Parlement.

SOMMARUGA CARLO, Motion 12.3367 du 3 mai 2012. Droits des paysans. Pour un engagement complet de la Suisse au Conseil des droits de l'homme.

Postulat

CPE-E, Postulat 18.4104 du 12 novembre 2018. Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple (soft law).

Questions à l'occasion de l'heure des questions du Conseil national

ADDOR JEAN-LUC
- Heure des questions 21.7077. Financement du Pacte mondial sur les migrations.
- Heure des questions 21.7079. Pacte mondial sur les migrations, gouvernance et médias.

AMAUDRUZ CÉLINE, Heure des questions 21.7071. Pacte migratoire mondial et image des migrants.

BÜCHEL ROLAND RINO, Heure des questions 18.5677. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Pourquoi s'escrimer à éviter le Parlement? Pourquoi la Suisse n'a-t-elle pas pris part au vote de la commission de l'ONU?

BUFFAT MICHAËL, Heure des questions 18.5659. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Le rôle de la Suisse.

DETTLING MARCEL, Heure des questions 18.5651. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Quelle contrepartie pour la Suisse?

GEISSBÜHLER ANDREA MARTINA, Heure des questions 18.5662. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Quelle contrepartie pour la Suisse?

GLARNER ANDREAS, Heure des questions 18.5615. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Quel avenir pour les réfugiés en Suisse?

GRIN JEAN-PIERRE, Heure des questions 21.7114. Pacte migratoire mondial et mesures concrètes.

KELLER-INHELDER BARBARA, Heure des questions 18.5683. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Comment planifier les solutions?

NICOLET JACQUES, Heure des questions 21.7171. Mise en oeuvre du pacte migratoire mondial.

PAGE PIERRE-ANDRÉ
- Heure des questions 21.7021. Pacte migratoire mondial et responsabilité.
- Heure des questions 21.7022. Pacte migratoire mondial, facilitation des migrations.

STAMM LUZI
- Heure des questions 18.5648. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Quelles informations?
- Heure des questions 18.5649. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Quelles conséquences?

– Heure des questions 18.5650. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Le Pacte sur les réfugiés va t-il plus loin que le Pacte sur les migrations?

TUENA MAURO, Heure des questions 18.5619. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Rejet par les autres Etats.

ZUBERBÜHLER DAVID, Heure des questions 18.5620. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Etapes suivantes.

Communiqués de presse

COMMISSION DES INSTITUTIONS POLITIQUES DU CONSEIL NATIONAL, Non au Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, Communiqué de presse du 25 octobre 2024.

CONSEIL DES ÉTATS, Nouvelle législature : perspectives en matière de politique extérieure, Communiqué de presse du 14 janvier 2020.

CONSEIL NATIONAL, Pas de référendum obligatoire appliqué aux traités, Dépêche ATS du 6 décembre 2021.

Rapports

COMMISSION DES INSTITUTIONS POLITIQUES DU CONSEIL DES ÉTATS, Rapport sur l'initiative parlementaire Dénonciation et modification des traités internationaux du 14 mai 2018, Répartition des compétences, FF 2018 3591.

COMMISSION DES INSTITUTIONS POLITIQUES DU CONSEIL NATIONAL
– Rapport sur l'initiative parlementaire Loi sur les rapports entre les Conseils, Adaptations à la nouvelle Constitution du 7 mai 1999, FF 1999 IV 4471.
– Rapport sur l'initiative parlementaire 11.443 Landolt Martin. Supprimer l'heure des questions du 17 novembre 2011.
– Rapport sur l'initiative parlementaire Loi sur le Parlement (LParl) du 1er mars 2001, FF 2001 3298.

COMMISSION D'ÉTUDE DES CHAMBRES FÉDÉRALES AVENIR DU PARLEMENT, Rapport final du 29 juin 1978, FF 1978 II 1017.

COMMISSION D'EXPERTS INSTITUÉE PAR LES COMMISSIONS DES INSTITUTIONS POLITIQUES DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport sur la répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral du 15 décembre 1995, FF 1996 II 413.

CONTRÔLE PARLEMENTAIRE DE L'ADMINISTRATION, Rapport à l'intention des Commissions de politique extérieure du Conseil national et du Conseil des

États sur la participation du Parlement dans le domaine du droit souple du 1er décembre 2021.

CPE-E, Rapport sur l'initiative parlementaire Amélioration de l'efficacité et de la coordination des activités internationales de l'Assemblée fédérale du 12 mai 2011, FF 2011 5981.

CPE-N, Rapport sur l'initiative parlementaire Droits de participation du Parlement en matière de politique extérieure du 10 février 2005.

SECRÉTARIAT DES CPE, Note relative à la participation des Chambres fédérales dans le domaine de la politique extérieure.

SERVICES DU PARLEMENT, Secrétariat Relations internationales, Relations extérieures 1949-2022, 29 août 2022.

Documents du Conseil fédéral et des départements fédéraux

Arrêté et messages

CONSEIL FÉDÉRAL

- Arrêté constatant le résultat de la votation populaire du 25 novembre 2018, FF 2019 5651.
- Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1.
- Message relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction) du 23 juin 2004, FF 2004 4223.
- Message concernant la Convention internationale contre le dopage dans le sport du 5 septembre 2007, FF 2007 6133.
- Message relatif à l'arrêté fédéral concernant l'approbation des modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les fonds propres (too big to fail) du 1er juin 2012, FF 2012 6187.
- Message concernant la Loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux (Modification de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration et de la loi sur le Parlement) du 4 juillet 2012, FF 2012 6959.
- Message concernant la Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger du 23 janvier 2013, FF 2013 1573.

– Message concernant le référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel (Modification de l'art. 140 de la Constitution) du 15 janvier 2020, FF 2020 1195.
– Message relatif au Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations du 3 février 2021, FF 2021 359.

Directives

CONSEIL FÉDÉRAL, Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl concernant l'information et la consultation du Parlement dans le domaine de la politique extérieure du 27 novembre 2024, FF 2024 3018.

Communiqués de presse

DFAE
– La Suisse signe la déclaration d'adhésion à l'European Sky Shield Initiative (ESSI), Communiqué de presse du 18 octobre 2024.
– Le Conseil fédéral décide d'approuver le Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, Communiqué de presse du 10 octobre 2018.
– Le conseiller fédéral Ignazio Cassis se rend en Afrique de l'Est, Communiqué de presse du 14 mars 2024.
– Journée du droit international public 2019: la Direction du droit international public du DFAE lance une discussion sur le « soft law », Communiqué de presse du 8 novembre 2019.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ÉNERGIE ET DE LA COMMUNICATION
– La Suisse et la Thaïlande signent une déclaration d'intention pour des projets de protection du climat, Communiqué de presse du 28 mai 2021.
– La Suisse signe la convention du Conseil de l'Europe sur l'IA, Communiqué de presse du 26 mars 2025.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Pas d'entente sur un traité contre la pollution plastique, Communiqué de presse du 15 août 2025.

Rapports et guides

CONSEIL FÉDÉRAL
– Avis sur la réforme du Parlement du 3 juin 1991, FF 1991 III 846.
– Avis sur le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1er mars 2001 sur la Loi sur le Parlement du 22 août 2001, FF 2001 5181.

- Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple («soft law»), Rapport du 26 juin 2019 en réponse au postulat 18.4104 CPE-E du 12 novembre 2018.
- Démocratisation des Nations Unies, Rapport du Conseil fédéral du 4 décembre 2020 en réponse au postulat 18.4111 Jositsch du 27 novembre 2018.
- Rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004. Entreprises privées chargées de tâches de sécurité) du 2 décembre 2005, FF 2006 631.
- Rapport sur la politique extérieure en matière de droits de l'homme: bilan 2011-2014 et perspectives du 3 février 2015, FF 2015 1143.
- Rapport sur la politique extérieure 2018 du 30 janvier 2019, FF 2019 1483.
- Rapport sur la politique extérieure 2019 du 29 janvier 2020, FF 2020 1499.
- Siège de la Suisse au Conseil de Sécurité de l'ONU. Implication du Parlement, Rapport du 11 septembre 2020 en réponse au postulat 19.3967 de la CPE-E du 19 août 2019.
- Rapport 2020 sur les activités de politique migratoire extérieure de la Suisse du 31 mars 2021, FF 2021 801.
- Rapport sur la politique extérieure 2020 du 3 février 2021, FF 2021 230.
- Rapport sur la politique extérieure 2021 du 2 février 2022, FF 2022 366.
- Rapport sur la politique extérieure 2022 du 1er février 2023, FF 2023 507.
- Rapport de gestion 2022 du 15 février 2023.
- Rapport sur la politique extérieure 2023 du 31 janvier 2024, FF 2024 413.
- Stratégie de politique extérieure 2024-2027 du 31 janvier 2024.
- Mandat de la Suisse au Conseil de sécurité de l'ONU, Rapport final sur le mandat de la Suisse au Conseil de sécurité (2023-2024) du 14 mars 2025.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Rapport explicatif concernant la modification de l'ordonnance sur les fonds propres, Application des réformes finales de Bâle III à l'échelle suisse du 4 juillet 2022.

DFAE, DIRECTION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC / OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, La compétence des unités administratives pour conclure et dénoncer des instruments internationaux, Droit et pratique suisses, Communication du 14 juin 2006, JAAC 70.69 (2006 IV).

DFAE, DIRECTION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

- Aide-mémoire sur le droit souple, 2022.
- Guide de la pratique en matière de traités internationaux, 2023.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 2025.

SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, Rapport sur la politique économique extérieure 2022 comprenant des messages concernant des accords économiques internationaux et rapport sur les mesures tarifaires prises en 2022 du 11 janvier 2023, FF 2023 304.

Document du Contrôle fédéral des finances

CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, Transparence du financement de la vie politique : déclaration du financement des partis pour l'année civile 2023, Communiqué de presse du 30 août 2024.

Document du canton de Berne

DIRECTION DE LA JUSTICE DES AFFAIRES COMMUNALES ET DES AFFAIRES ECCLÉSIASTIQUES / CHANCELLERIE D'ÉTAT DU CANTON DE BERNE, Directives du canton de Berne sur la procédure législative de 2014, Module 2 : Aspects méthodologiques et techniques choisis.

Documents des gouvernements et parlements étrangers

BUNDESTAG ALLEMAND

– Unterrichtung durch die Präsidentin des Deutschen Bundestages Bekanntmachung von Rechenschaftsberichten politischer Parteien für das Kalenderjahr 2023 (1. Teil – Bundestagsparteien), Drucksache 20/14930, Berlin 2025.
– Unterrichtung durch die Präsidentin des Deutschen Bundestages, Bekanntmachung der Anpassung der Abgeordnetenentschädigung (§11 Absatz 1 des Abgeordnetengesetzes – AbgG) und der fiktiven Bemessungssätze (§35a Absatz 2 und §35b Absatz 2 AbgG) zum 1. Juli 2024, Drucksache 20/11298, Berlin 2025.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, Étude annuelle 2013 : Le droit souple, Collection Rapports du Conseil d'État, Paris 2013.

GOUVERNEMENT DU ROYAUME-UNI, DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT, Multi-Criteria Analysis: A Manual, Londres 2009.

HEBNER MARTIN, Discours du 29 novembre 2018, 68ème séance, Bundestag allemand.

LINDHOLZ ANDREA, Discours du 29 novembre 2018, 68ème séance, Bundestag allemand.

MELONI GIORGIA, Discours du 2 novembre 2018, 88ème séance, Camera dei Deputati italienne.

Blogs

AMMANN ODILE, Nur vom Volk abhängig? Warum es in der Schweiz wohl eine Volksinitiative braucht, um den parlamentarischen Lobbyismus zu regulieren, Verfassungsblog 2024.

CHRISTENSEN JOHAN, Experts in Global Governance: Powerful Technocrats or Useful Idiots?, The Global 2021.

COHEN JEAN L., Thinking Politically about Global Constitutionalism, EJIL: Talk! 2010.

DIGGELMANN OLIVER, Demokratie und internationale Kooperation, Das tiefere Problem hinter der Selbstbestimmungsinitative, Geschichte der Gegenwart 2017.

DORN NICHOLAS, Financial market systemic regulation: Stability through democratic diversity, VoxEU 2009.

EPPLER ANNEGRET, Legitimation durch interparlamentarische Zusammenarbeit?, Bundeszentrale für politische Bildung, Aus Politik und Zeitgeschichte 2013.

HANSEN ALEXANDRA, AjV-Workshop: International Law and Domestic Law-Making Processes, Völkerrechtsblog 2015.

KUNZ RAFFAELA / PETERS ANNE, Voting Down International Law? Lessons from Switzerland for Compensatory Constitutionalism, Völkerrechtsblog 2018.

NOULAS GEORGE, The Role of Parliamentary Diplomacy, Foreign Policy 2011.

PETERS ANNE
- Dual Democracy, EJIL: Talk! 2010.
- The Global Compact for Migration: to sign or not to sign?, EJIL: Talk! 2018.

SERVICES DU PARLEMENT, L'heure des questions – Les conseillers fédéraux passent leur oral, Blog de l'Assemblée fédérale 2018.

SNYDER FRANCIS, Establishing Law in Context, An Insider's Perspective, Verfassungsblog 2024.

Articles de journaux

La nouvelle directrice de la SSR veut supprimer environ 1000 postes, Le Temps, 21 novembre 2024.

La SRF va supprimer 50 postes à plein temps dès 2026, Le Temps, 6 février 2025.

VATTER ADRIAN, *Demokratie im Nebel: Wie sicher ist die Schweiz vor schleichendem Autoritarismus?*, NZZ am Sonntag, 2 août 2025.

Sites internet

AGENCE MONDIALE ANTIDOPAGE,
- Qui nous sommes.
- Gouvernance.
- Le Code mondial antidopage.
- Révisions du Code et des standards internationaux.

ASSEMBLÉE FÉDÉRALE,
- Lexique du Parlement, Traité international, Procédure.
- Procédre applicable aux projets d'actes.
- Compétences et fonctionnement.
- Objets soumis à délibération et procédure parlementaire, Motion.
- Activités internationales de l'Assemblée fédérale 2022 à l'étranger, état au 1er novembre 2022.
- Registre des collaborateurs personnels, Conseil des États.
- Registre des collaborateurs personnels, Conseil national.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, Invitation to a Panel Discussion on Non-Legally Binding Agreements and Instruments in International Law.

ASSOCIATION DU CODE DE CONDUITE INTERNATIONAL, Code de conduite international des entreprises de sécurité privées du 9 novembre 2010.

BANQUE DES RÉGLEMENTS INTERNATIONAUX,
- About the Basel Committee on Banking Supervision, Membership.
- Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Accord sur les fonds propres adopté en 2004 destiné à appréhender les risques bancaires de façon plus complète et différenciée.
- Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Bâle III : Dispositif réglementaire mondial visant à renforcer la résilience des établissements et systèmes bancaires de décembre 2010.

BUNDESTAG ALLEMAND, Aufwandsentschädigung für die Abgeordneten des Deutschen Bundestages.

COMITÉ DES CONSEILLERS JURIDIQUES SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (CAHDI), Chair's Summary, Expert Workshop on Non-Legally Binding Agreements in International Law du 26 mars 2021.

CODEX ALIMENTARIUM, À propos du Condex, Observateurs du Codex.

DFAE, Document de Montreux.

EXPLOSIVE WEAPONS IN POPULATED AREAS, The Political Declaration.

FORUM DU DOCUMENT DE MONTREUX, Le Document de Montreux sur les entreprises militaires et de sécurité privées.

GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE, La liste « noire » et la liste « grise ».

GLOBAL COALITION TO PROTECT EDUCATION FROM ATTACK, Safe Schools Declaration and Guidelines on Military Use.

INTERNATIONAL FINANCIAL REPORTING STANDARDS, Use of IFRS Standards around the World 2018.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES,
- Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque du 7 avril 2016.
- Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises du 8 juin 2023.

ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION, À propos de l'ISO.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, WHO's Engagement with Non-State Actors.

OUR WORLD IN DATA, Democracy Index, Switzerland.

REPORTERS SANS FRONTIÈRES,
- Classement mondial de la liberté de la presse 2024.
- Suisse, 2024.

RTS INFO, La RTS supprimera une cinquantaine de postes en 2025 dans le cadre d'un nouveau plan d'économies, 12 septembre 2024.

PROCESSUS DE KIMBERLEY, About KP, What is the KP?.

UNION INTERPARLEMENTAIRE, Histoire de l'UIP.

UN REFUGEES AND MIGRANTS, Multi-stakeholder Hearing, Informal Interactive Multi-stakeholder Hearing, 21 février et 26 juillet 2017.

Jurisprudence

Arrêts et avis consultatifs de la Cour internationale de justice

- CIJ, Avis consultatif, Réserves à la Convention sur le Génocide, Rec. 1951, p. 15.
- CIJ, Affaire du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas), 20 février 1969, Rec. 1969, p. 3.
- CIJ, Opinion individuelle du vice-président Ammoun, Avis consultatif, Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Rec. 1971, p. 16.
- CIJ, Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran), 24 mai 1980, Rec. 1980, p. 3.
- CIJ, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), 26 novembre 1984, Rec. 1984, p. 392.
- CIJ, Affaire de l'Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie v. Chili), 1er octobre 2018, Rec. 2018, p. 507.
- CIJ, Avis consultatif, Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, Rec. 2019, p. 95.

Arrêts du Tribunal fédéral suisse

- ATF 116 Ia 359, 1990.
- ATF 124 II 293, 1998.
- ATF 131 III 314, 2005.
- ATF 133 II 331, 2007.
- ATF 136 I 316, 2010.
- ATF 139 V 263, 2013.
- ATF 140 V 458, 2014.
- ATF 143 II 87, 2016.

1. Introduction

Imaginons Anne, une conseillère nationale fictive. Anne est membre de la Commission de politique extérieure du Conseil national (CPE-N), de la Commission de la politique de sécurité du Conseil national (CPS-N) et fait partie de la délégation de l'Assemblée fédérale auprès de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Anne est régulièrement exposée, depuis le début de son premier mandat, aux instruments internationaux de droit souple autant dans le cadre de ses activités au sein de la CPE-N et de la CPS-N que de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Le droit souple ou le *soft law* se réfère ici au concept de droit international non-contraignant, c'est-à-dire aux instruments internationaux qui ne peuvent pas être rattachés à une autre source de droit international, qui sont de nature générale et abstraite et qui font preuve d'une force normative sans toutefois déployer des effets contraignants[2]. L'architecture de la gouvernance mondiale et des relations internationales contemporaines repose sur un échafaudage composé d'innombrables instruments de ce type, en plus des traités internationaux. Au vu de la panoplie de thématiques que ces instruments peuvent concerner, la compétence pour traiter les questions relatives au droit souple ne se limite pas aux commissions de politique extérieure (CPE) et aux commissions de la politique de sécurité (CPS), mais s'étend à la majorité des commissions parlementaires. À ce sujet, Anne se préoccupe du fait que l'emploi croissant du droit souple puisse faire progressivement perdre à l'Assemblée fédérale son influence sur le droit international. Elle se demande si le droit souple est dépourvu de légitimité démocratique faute de possibilités pour une participation suffisante de l'Assemblée fédérale. Anne n'est pas la seule députée craignant l'affaiblissement du rôle du parlement national dans le domaine international causé par l'emploi du droit souple. Plusieurs de ses collègues en Suisse, mais également ailleurs en Europe s'interrogent sur les mêmes conséquences potentielles du recours accru au droit international souple[3]. Même si Anne est un personnage fictif, la problématique et la question de recherche qui occupent la présente thèse sont bel et

2 Voir point 3.2.2 pour à la définition de travail des instruments internationaux de droit souple.

3 Des parlementaires allemands et italiens ont indirectement soulevé ces questions au sein de leurs parlements nationaux respectifs. À titre d'exemple, Discours de Andrea Lindholz du 29 novembre 2018, 68ème séance, Bundestag allemend, p. 7740; Discours de Giogia Meloni du 2 novembre 2018, 88ème séance, Camera dei Deputati italienne, p. 38.

bien réelles ; nous nous interrogeons comment les modes d'implication parlementaire (potentiellement) disponibles en droit suisse contribuent à la légitimité démocratique des instruments internationaux de droit souple avant, durant et après leur création.

L'usage de l'exemple d'Anne dans le cadre de la présente thèse vise deux objectifs. Dans un premier temps, celui-ci nous permet de mettre en scène le sujet de notre recherche, à savoir l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple ainsi que d'introduire l'historique de la problématique en Suisse. Tandis qu'Anne est un personnage fictif conçu pour les besoins de la présente thèse, les références aux instruments et aux situations concrètes qui suivront ne le sont pas. Dans un second temps, cet exemple servira de fil rouge tout au long de la présente thèse, nous permettant ainsi d'illustrer notre démarche et certains termes abstraits, tels que les « modes d'implication parlementaire », avant d'apporter une vision plus pratique de nos conclusions.

L'historique de l'implication d'Anne en matière de droit international souple peut être résumé comme suit. En sa qualité de membre de la CPE-N, Anne est régulièrement **informée et consultée** sur les projets de droit souple importants par le Conseil fédéral. À titre d'exemple, entre 2020 et 2021, elle s'est prononcée à trois reprises sur le projet d'imposition de l'économie numérique du Groupe des vingt (G20) et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), consultations qui ont eu lieu en raison du fait qu'il s'agissait de l'élaboration d'un instrument politiquement important dans le domaine de la fiscalité internationale[4]. De plus, Anne saisit **les outils généraux** à sa disposition pour s'informer et se prononcer au sujet du droit souple notamment au moyen des divers droits d'information, interventions parlementaires et rapports à sa disposition. Lors de sa première législature, elle a soutenu la motion d'un collègue, certes issu d'un parti politique à l'opposé de l'échiquier politique, appelant le Conseil fédéral à soutenir un processus relatif aux droits des paysans et des personnes vivant en milieu rural au Conseil des droits de l'homme[5]. L'issue de ce processus a été l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales en 2018[6]. Anne saisit également l'opportunité de poser des questions aux membres du Conseil fédéral au sujet des

4 Contrôle parlementaire de l'administration, Rapport à l'intention des Commissions de politique extérieure du Conseil national et du Conseil des États sur la participation du Parlement dans le domaine du droit souple du 1er décembre 2021, p. 68.

5 Motion 12.3367 Carlo Sommaruga du 3 mai 2012. Droits des paysans. Pour un engagement complet de la Suisse au Conseil des droits de l'homme.

6 Résolution A/HRC/RES/39/12 adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 28 septembre 2018.

instruments internationaux de droit souple à l'occasion de l'heure des questions du Conseil national. Tel a notamment été le cas en 2018, lorsqu'elle s'est particulièrement intéressée au Pacte mondial sur les réfugiés et les conséquences d'une éventuelle signature de celui-ci par la Suisse[7]. Anne obtient des informations sur le droit souple international au moyen des rapports annuels sur la politique extérieure du Conseil fédéral. Grâce à ceux-ci, elle a, par exemple, pris connaissance du « Plan d'action de Lausanne »[8] ou encore de l'adoption du premier instrument mondial portant sur l'éthique de l'intelligence artificielle dans le cadre de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO)[9]. En outre, en tant que **membre de la délégation de l'Assemblée fédérale auprès de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe**, Anne a directement pris part à l'élaboration et l'adoption des instruments internationaux de droit souple par celle-ci, notamment la Résolution 2383 (2021) « Pass ou certificats covid: protection des droits fondamentaux et implications légales » et la Recommandation 2217 (2021) « L'impact de la pandémie de Covid-19 sur l'éducation et la culture ». Elle a également accompagné des conseillers fédéraux lors de voyages diplomatiques, à l'occasion desquels elle a profité pour échanger avec ses collègues étrangers, y compris au sujet des instruments internationaux de droit souple en émergence. Enfin, en 2013, Anne a voté en faveur de l'adoption de la Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger du 27 septembre 2013 (LPSP)[10] qui contient **un renvoi** à un instrument de droit souple à son article (art.) 7, alinéa (al.) 1, exigeant des entreprises concernées « d'adhérer au Code de conduite international des entreprises de sécurité privées (code de conduite) dans sa teneur du 9 novembre 2010 ».

Lorsqu'en 2018 des voix se sont élevées en faveur d'une approbation du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières (Pacte mondial sur les migrations)[11] par l'Assemblée fédérale ainsi que de l'introduction de **l'approbation parlementaire** systématique pour les instruments internationaux de droit souple importants, Anne a commencé à s'interroger si ces derniers ne manqueraient pas de légitimité démocratique faute d'implication

7 Heure des questions 18.5649 Stamm Luzi. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Quelles conséquences?

8 Conseil fédéral, Rapport sur la politique extérieure 2020 du 3 février 2021, FF 2021 230, p. 20.

9 Conseil fédéral, Rapport sur la politique extérieure 2021 du 2 février 2022, FF 2022 366, p. 25.

10 RS 935.41.

11 Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, Résolution A/RES/73/195 adoptée par l'Assemblée générale le 19 décembre 2018.

parlementaire suffisante[12]. L'approbation parlementaire doit être comprise ici de la même manière qu'en matière de traités internationaux, à savoir l'expression d'un consentement explicite à travers un acte de droit national rendu dans le cadre de la procédure de décision interne[13]. Depuis, Anne s'intéresse aux possibilités d'une meilleure implication de l'Assemblée fédérale dans la politique extérieure, notamment au moyen d'un renforcement des droits de participation spécifiques à la politique extérieure dont bénéficient les CPE. Elle estime, plus généralement, qu'une perte de l'influence de l'Assemblée fédérale sur la politique extérieure suisse et le droit international peut être attribuée à la prolifération de l'usage des instruments internationaux de droit souple[14].

L'exemple fictif d'Anne illustre un certain malaise existant dans les ordres juridiques internes vis-vis du droit international souple et constitue le point de départ de la problématique qui occupe la présente thèse de doctorat. Ce malaise découle de l'estompement des frontières entre la politique intérieure et la politique extérieure conjugué aux changements structurels de l'ordre juridique international, tels que l'arrivée de nouveaux acteurs, notamment privés, et le recours à de nouveaux processus de création du droit international sur lesquels les États n'ont plus le monopole[15]. Dans cette perspective, les agissements de l'exécutif dans la conduite de la politique extérieure doivent également s'adapter à la diversité, à la complexité et au dynamisme nouveaux de la création du droit international. Il y a presque un demi-siècle, TOMUSCHAT observait que l'intensification de l'interdépendance internationale conduisait, du point de vue de la structure constitutionnelle, à une prépondérance du rôle de l'exécutif dans la politique extérieure[16]. Par conséquent, l'absence d'une

12 Initiative parlementaire 18.466 Groupe de l'UDC du 29 novembre 2018, Approbation du droit non-contraignant par l'Assemblée fédérale ; Motion 18.4130 Thomas Minder du 29 novembre 2018. Garantir la légitimité démocratique en Suisse des accords importants de l'ONU.

13 EHRENZELLER, *Legislative Gewalt und Aussenpolitik: eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikanischen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung im auswärtigen Bereich* (Bâle, Francfort-sur-le-Main : 1993), pp. 456 ss; SCHMID, *art. 166 Cst.* in Commentaire romand de la Constitution fédérale (Bâle : 2021) N 32.

14 Initiative parlementaire 22.482 CPE-N du 18 octobre 2022. Droits de participation du Parlement en matière de politique extérieure ; Motion 22.4260 CPE-N du 18 octobre 2022. Information et consultation en matière de politique extérieure. Procédures administratives uniformes systématiques.

15 COHEN, *Globalization and Sovereignty, Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism* (Cambridge : 2012), p. 4; DIGGELMANN, *Verfassung und Völkerrecht in Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse* (Zurich: 2020), pp. 267-268 ; ZÜRN, *Global Governance and Legitimacy Problems*, p. 260.

16 TOMUSCHAT, *Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen* in Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen. Gemeinden und

adaptation similaire de l'implication du législatif dans ce domaine peut soulever des enjeux de légitimité démocratique des normes produites dans cet ordre juridique international restructuré. Plus généralement, le droit international souple en tant que tel peut présenter des problèmes de légitimité démocratique notamment lorsque le pouvoir de décision est transféré des États négociateurs vers des experts techniques[17].

Nous abordons la question de la légitimité démocratique du droit souple international du point de vue de la participation parlementaire. Plus précisément, nous nous intéressons à la question de savoir si, comment et quand l'implication des parlementaires nationaux contribue à la légitimité démocratique des instruments internationaux de droit souple. Ce travail de recherche évalue les quatre modes d'implication parlementaire existants dans l'ordre juridique suisse, qui sont utilisés par Anne, ainsi que le cinquième réclamé par ses collègues. Au vu de ce qui précède, Anne a employé quatre modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, à savoir les outils généraux de participation parlementaire, les droits de participation spécifiques à la politique extérieure, la reprise du droit souple dans l'ordre juridique interne et les relations extérieures des membres de l'Assemblée fédérale. L'introduction du cinquième, soit de l'approbation du droit souple par l'Assemblée fédérale, permettrait, selon certains, de combler le déficit de légitimité démocratique présumé inhérent aux instruments internationaux de droit souple[18]. En termes employés par la présente thèse, nous évaluons si Anne a pu, tout au long de la vie des différents instruments internationaux de droit souple auxquels elle s'est intéressée, apporter de la légitimité en contribuant au façonnement et à la politisation de leurs contenus, en leur accordant son consentement, en exerçant son rôle de représentante démocratique et en surveillant le comportement du Conseil fédéral en la matière.

Les résultats de cette évaluation constateront notamment l'applicabilité des quatre modes d'implication parlementaires aux instruments internationaux de droit souple. Ils démontreront ensuite que ces modes habilitent effectivement l'Assemblée fédérale à exercer, dans une plus ou moins large mesure, ses différentes fonctions, contribuant ainsi à la légitimité démocratique des

Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Basel vom 5. bis 8. Oktober 1977 (Berlin, Boston : 1978), p. 27.

17 OLLINO, *Due Diligence Obligations in International Law* (Cambridge : 2022), p. 241 ; KOSKENNIEMI, *International Law and Hegemony: A Reconfiguration*, pp. 18-19 ; BERMAN et al., *Introduction, Rethinking Stakeholder Participation in Global Governance* in Rethinking Participation in Global Governance, Voice and Influence after Stakeholder Reforms in Global Finance and Health (Oxford : 2022), p. 10.

18 Initiative parlementaire 18.466 ; Motion 18.4130.

instruments internationaux de droit souple, et qu'ils correspondent fidèlement à la répartition constitutionnelle des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral en matière de politique extérieure. Finalement, ces constats nous permettront de mener des réflexions au sujet des défis structurels inhérents à la gouvernance mondiale contemporaine dans le cadre de laquelle la prolifération des instruments internationaux de droit souple s'inscrit et qui constituent des obstacles aux effets de tout aménagement de la participation des parlementaires nationaux. Ce chapitre introductif expose plus amplement la problématique dans laquelle notre question de recherche s'inscrit (point 1.1), puis approfondit cette dernière et énumère les contributions du présent travail de recherche (point 1.2). La démarche utilisée est, quant à elle, abordée dans le deuxième chapitre.

1.1. La problématique de l'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple

Depuis le début du XXI[ème] siècle, la réglementation internationale au moyen de traités internationaux telle qu'on la connaît est entrée dans une période de stagnation tant en termes de qualité que de quantité et est de plus en plus remplacée dans des domaines très variés par ce que PAUWELYN, WESSEL et WOUTERS appellent en anglais *informal international lawmaking*. Ces auteurs qualifient ce mode de réglementation internationale par trois caractéristiques principales, à savoir l'informalité des acteurs, l'informalité des processus et l'informalité des résultats[19]. En effet, ils ont démontré l'hypothèse de la stagnation du recours aux traités internationaux au profit du *informal international lawmaking* à travers un projet de recherche de deux ans, impliquant plus de 40 chercheurs et 30 études de cas[20]. Les instruments internationaux de droit

19 PAUWELYN et al., *Informal International Lawmaking* (Oxford : 2012), p. 1 ; PAUWELYN et al., *When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking*, pp. 733-763. D'autres auteurs parviennent à des constats similaires. AUST et KLEINLEIN, *Introduction: Bridges under Construction and Shifting Boundaries* in Encounters between Foreign Relations Law and International Law: Bridges and Boundaries (Cambridge : 2021), p. 11; PETRIG, *Democratic Participation in International Lawmaking in Switzerland after the « Age of Treaties »* ibid., pp. 180-181; FORTEAU, Premier rapport sur les accords internationaux juridiquement non contraignants, pp. 9-10, 32; ZIMMERMANN et JAUER, *Possible Indirect Legal Effects under International Law of Non-Legally Binding Instruments*, p. 5.

20 PAUWELYN et al., Shackles, pp. 734-738; WOUTERS, *International Law, Informal Law-Making, and Global Governance in Times of Anti-Globalism and Populism* in The International Rule of Law: Rise or Decline? (Oxford : 2019), p. 251.

souple, qui sont inclus dans ce concept[21], deviennent donc des nouveaux moyens de réglementation internationale pour relever les défis complexes et souvent en évolution rapide découlant de l'intensification de l'interdépendance internationale[22]. Ils sont même qualifiés par certains auteurs de « développement caractéristique » de la gouvernance mondiale contemporaine[23]. FORTEAU, quant à lui, a considéré, dans l'Annexe I au Rapport de la Commission du droit international de 2022, que la pratique « des accords internationaux juridiquement non-contraignants s'est considérablement densifiée, complexifiée et diversifiée ces dernières décennies »[24]. Leur prolifération s'inscrit dans le contexte d'une lassitude générale à l'égard des traités internationaux (*treaty fatigue*). Ces termes font référence à la réticence croissante ou au manque de volonté des États à négocier, adopter ou ratifier de nouveaux accords internationaux contraignants, en particulier dans les domaines où le consensus politique est difficile à atteindre[25].

La problématique de la légitimité démocratique émerge du fait de cet élargissement de la portée et de l'étendue du droit souple et de la gouvernance internationale[26]. En premier lieu, se pose donc la question de savoir pourquoi les États optent pour une réglementation internationale au moyen du droit souple, c'est-à-dire pourquoi les instruments internationaux semblent constituer une alternative attrayante aux traités (point 1.1.1), puis à quels défis nationaux et internationaux le recours à ce type d'instruments mène (point 1.1.2). Ensuite, il convient de présenter les origines de la problématique en Suisse (point 1.1.3) avant d'aborder les liens entre la nature juridique d'un instrument international et les enjeux politiques qu'il soulève (point 1.1.4).

21 Voir point 3.2.

22 BERMAN et al., Stakeholder Participation, p. 3.

23 GALBRAITH et ZARING, *Soft Law as Foreign Relations Law*, p. 745.

24 FORTEAU, Les accords internationaux juridiquement non-contraignants, Annexe I au Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-treizième session, A/77/10, p. 376. Dans cette annexe ainsi que dans son premier rapport de 2024 au sujet des accords internationaux non-contraignants, FORTEAU fait l'inventaire des efforts internationaux pour expliquer cette pratique, y compris les travaux à ce propos de la Commission du droit international. À ce propos, voir ibid., pp. 376-377 ; FORTEAU, Rapport 2024, pp. 12-32.

25 PAUWELYN et al., Shackles, p. 733 ; BOISSON DE CHAZOURNES, *The International Law Commission in a Mirror – Forms, Impact and Authority* in Seventy Years of the International Law Commission (Leiden : 2020), p. 141.

26 COHEN, Thinking Politically about Global Constitutionalism, EJIL: Talk! 2010.

1.1.1. Les instruments internationaux de droit souple, une alternative attrayante aux traités

Les motivations à l'origine du choix d'élaborer un instrument de droit souple international plutôt que de conclure un traité international sont nombreuses. Certes, le droit souple est parfois conçu comme une étape vers une légalisation plus dure, mais offre de nombreux avantages par rapport au droit contraignant, évite certains de ses coûts et présente certains atouts qui lui sont propres[27]. Le droit souple international est donc souvent préférable en soi et les acteurs internationaux optent fréquemment intentionnellement pour des formes plus souples de légalisation internationale[28]. Dans d'autres cas, le recours aux instruments de droit souple constitue la solution disponible en raison du fait que, par exemple, des acteurs internationaux autres que des États et des organisations internationales, y sont inclus[29]. Nous proposons sept raisons principales derrière la motivation des États à opter pour des instruments juridiques internationaux non-contraignants, à savoir la flexibilité et l'adaptabilité de ceux-ci, leurs rapidité et coûts moindres, la possibilité de parvenir à un contenu spécifique et précis, les chances d'arriver à un consensus, les *lower sovereignty costs*, l'accessibilité à une large panoplie d'interlocuteurs ainsi que leur qualité d'étape intermédiaire vers le droit international contraignant.

Premièrement, le droit souple fait preuve d'un degré élevé de flexibilité et d'adaptabilité[30]. Ces instruments sont bien plus simplement adaptés, complétés et remplacés que les traités qui exigent le respect de certaines règles procédurales lourdes[31]. Cette plus grande flexibilité permet aux États et aux organisations internationales de faire face plus facilement à l'incertitude et d'apprendre au fil du temps[32]. Le droit souple est donc moins exigeant et plus flexible que le droit dur, facilitant ainsi l'innovation et l'expérimentation[33]. À

27 ABBOTT et SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, p. 423.

28 Ibid., p. 423.

29 PETERS et PETRIG, *Völkerrecht* (Zurich, Genève : 2023), p. 37.

30 SINZ, *Internationales Soft Law und Fragen nach parlamentarischer Zustimmung, Eine Betrachung im Rahmen eines deutsch-französisch-schweizerischen Rechtsvergleichs* (Zurich : 2022), pp. 43-44; BOYLE, *Soft Law in International Law-Making* in International Law (Oxford : 2018), p. 123; MEYER, *Alternatives to Treaty-Making-Informal Agreements* in The Oxford Guide to Treaties (Oxford : 2020), pp. 67-73.

31 ZIMMERMANN et JAUER, Indirect Legal Effects, p. 5; AUST, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge : 2013), pp. 40-43.

32 SHAFFER et POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*, p. 719.

33 BAYNE, *Hard and Soft Law in International Institutions: Complements, Not Alternatives* in Hard Choices, Soft Law, Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance (Londres : 2004), p. 351; WOUTERS, Anti-Globalism and Populism, p. 253.

titre d'exemple, il peut être avancé que la réglementation par le droit souple est privilégiée aux traités dans des domaines en rapide et constante évolution comme l'intelligence artificielle, en raison d'un risque d'adoption de textes facilement obsolètes, du fait de la lenteur des procédures des instruments contraignants[34]. Ce constat peut toutefois être contrebalancé par l'adoption récente de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur l'intelligence artificielle et les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit, ouverte à signatures depuis le 5 septembre 2024 et signée par la Suisse le 27 mars 2025[35].

Deuxièmement, un instrument de droit souple est généralement plus simple, plus rapide et moins coûteux à négocier et à conclure[36] qu'un traité, quand bien même ses procédures d'élaboration peuvent prendre un certain temps, notamment en cas de processus hautement formalisés[37]. Tout accord au sens large du terme implique des coûts de négociation (se réunir, s'informer sur la question, la négociation proprement dite et autres)[38]. Ces coûts sont plus élevés dans le cas d'une législation contraignante, car les États y accordent une attention accrue en raison des conséquences potentiellement graves à la suite des éventuelles violations[39]. Les processus de création des instruments internationaux de droit souple peuvent, en général, permettre de finaliser plus rapidement le document sans les procédures d'approbation nationales habituellement lourdes[40]. Dans un système international en évolution permanente, des actions rapides sont également nécessaires au niveau normatif. Les instruments juridiques non-contraignants peuvent répondre à ce besoin, étant

34 MANTELERO, *Rapport sur l'intelligence artificielle* (Strasbourg : 2019), p. 3 ; ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Discrimination, intelligence artificielle et décisions algorithmiques* (Strasbourg : 2018), p. 35 cités dans POUZET, *Les modes de régulation de l'intelligence artificielle par le droit européen : entre droit souple et droit dur* (Université Jean Moulin Lyon 3, 2020), p. 30.

35 Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, La Suisse signe la convention du Conseil de l'Europe sur l'IA, Communiqué de presse du 26 mars 2025.

36 Nous reconnaissons ici que le verbe « conclure » fait référence au droit des traités. Lorsque nous l'utilisons en lien avec les instruments internationaux de droit souple, nous visons la même signification qu'en matière de traités conclus en procédure simple, c'est-à-dire l'expression du consentement à être lié.

37 CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, p. 860.

38 ABBOTT et SNIDAL, Hard and Soft Law, p. 434.

39 Ibid.

40 HILLGENBERG, *A Fresh Look at Soft Law* p. 501; CHINKIN, Challenge of Soft Law p. 860; BOYLE, Soft Law, p. 123; KLABBERS, *Informal Agreements in International Law: Towards a Theoretical Framework*, p. 361 cité dans ELLIS, *Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law*, p. 320.

donné que les étapes menant à l'entrée en vigueur d'un traité conclu en procédure complexe peuvent en effet être chronophages[41].

Troisièmement, en raison de l'absence d'une contrainte juridique directe, le droit souple permet d'élaborer un contenu plus spécifique et plus précis, auquel il n'aurait peut-être pas été possible d'arriver dans le cadre d'un traité[42]. À ce propos, il est avancé que le droit souple permet aux États d'être plus ambitieux quant au contenu et de s'engager dans une coopération plus poussée que s'ils devaient se préoccuper de l'application des dispositions contraignantes[43]. Cela explique les nombreux exemples de normes souples dans des domaines très spécialisés tels que le droit de l'environnement, les règles générales du droit international privé, les opérations bancaires internationales, la réglementation de l'énergie atomique ou encore la gestion des déchets radioactifs[44].

Quatrièmement, le droit souple peut favoriser le consensus[45]. La conclusion d'un instrument de droit souple est parfois le seul moyen de trouver un consensus et de permettre une coopération plus large, lorsqu'il s'avère impossible de s'entendre sur un texte contraignant pour des raisons de disparité d'intérêts, de valeurs, d'horizons temporels ou de degrés de pouvoir[46]. À titre d'exemple, lors d'un atelier sur la thématique du droit souple international organisé par le *British Institute of International and Comparative Law* et la *Society of Legal Scholars*[47], le Professeur HAINES, l'un des auteurs de la Déclaration de Genève sur les droits de l'Homme en mer, a affirmé qu'il aurait été impossible pour les États de s'accorder à ce sujet dans le cadre d'un traité international. Un autre exemple récent, à savoir l'échec des négociations concernant un traité contre la pollution plastique à Genève en août 2025[48], soulève

41 NEUHOLD, *The Inadequacy of Law-Making by International Treaties: Soft Law as an Alternative?* in Developments of International Law in Treaty Making (New York : 2005), pp. 40-41; O'CONNELL, *The Role of Soft Law in a Global Order* in Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System (Oxford : 2000), p. 105.

42 BOYLE, Soft Law, p. 122; SINZ, Internationales Soft Law, p. 43.

43 SHAFFER et POLLACK, Hard vs. Soft Law, p. 719; KIRTON et TREBILCOCK, *Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance* in Hard Choices, Soft Law, Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance (Londres : 2004), p. 9.

44 CÁRDENAS CASTAÑEDA, *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin*, p. 389.

45 KU et DIEHL, *Filling In the Gaps: Extrasystemic Mechanisms for Addressing Imbalances Between the International Legal Operating System and the Normative System*, p. 178.

46 ABBOTT et SNIDAL parlent alors de *tool of compromise*, ABBOTT et SNIDAL, Hard and Soft Law, pp. 423, 444 ; CHINKIN, Challenge of Soft Law, p. 861.

47 Le programme de l'atelier est disponible sur le site du *British Institute of International and Comparative Law*.

48 Office fédéral de la santé publique, Pas d'entente sur un traité contre la pollution plastique, Communiqué de presse du 15 août 2025.

la question légitime de savoir si cette problématique pourrait être régulée, dans un avenir proche ou lointain par des instruments juridiques souples. Il est évident qu'un consensus, surtout en temps de crise du multilatéralisme, est plus facilement atteint en présence de dispositions qui ne sont pas directement contraignantes. Cette dernière notion qui sous-entend l'absence de possibilité d'engagement de la responsabilité internationale de l'État est discutée au chapitre 3 de la présente thèse[49]. L'approche de *soft law* permet ainsi aux États de s'attaquer collectivement à un problème, à un moment où ils ne souhaitent pas entraver leur liberté d'action[50]. Pour certains, le manque d'effet contraignant du droit souple est apprécié comme un important avantage politique par rapport aux traités[51]. Ce quatrième point cache cependant un revers de la médaille. En effet, la seule possibilité de se satisfaire d'un instrument de droit souple peut permettre aux États d'éviter des engagements internationaux plus fermes, puis cette caractéristique non-contraignante peut servir plus facilement de prétexte à l'État non respectueux de l'instrument conclu[52].

Cinquièmement et dans la même foulée, le droit souple peut paraître comme occasionnant une réduction de coûts en matière de souveraineté par rapport aux traités[53]. Les conséquences d'un instrument de droit souple sont plus limitées et celles de sa rupture moins graves, en ce sens que les États optent pour ces derniers, car ils ne désirent pas un traité à part entière qui, en cas d'inexécution, entraînerait une violation du droit international[54], ce qui est en général plus avantageux pour les États puissants[55]. Comme nous le verrons au point 1.1.2, le recours aux instruments internationaux de droit souple

49 Voir point 3.2.2.1.3.

50 BOYLE, Soft Law, p. 122.

51 REILING, *Die Anwendung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auf rechtsunverbindliche internationale Standards*, p. 318.

52 BAYNE compare le droit dur à un mariage et le droit souple à du concubinage, BAYNE, International Institutions, p. 351. RODILES va jusqu'à dire que les coalitions informelles (concept plus large que les instruments internationaux de droit souple) « [...] serve the evasion of legal constraints on transnational executive action », RODILES, *Coalitions of the Willing and International Law, The Interplay between Formality and Informality* (Cambridge : 2018), p. 257.

53 En anglais, *lower sovereignty costs*, ABBOTT et SNIDAL, Hard and Soft Law, pp. 436 ss; REINICKE et WITTE, *Interdependance, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords* in Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System (Oxford : 2000), p. 94.

54 REILING, Standards, p. 318; HILLGENBERG, A Fresh Look at Soft Law, p. 504.

55 Sur la marginalisation des pays du *Global South* dans la gouvernance informelle, voir BERMAN et al., Stakeholder Participation, pp. 13-17; Sur les raisons pour lesquelles ces pays sont rattachés à une culture de formalisme, voir RODILES, Coalitions of the Willing, pp. 86-87.

n'est, au contraire, pas moins susceptible de porter atteinte à l'idéal de la souveraineté étatique, mais renforce la tension existante entre cette dernière et l'internationalisation en dépassant l'État comme législateur principal. Par ailleurs, il est particulièrement curieux de témoigner de la prolifération d'instruments qui reposent largement sur la bonne foi des partenaires dans un monde polarisé où la coopération et la communication internationales suscitent de plus en plus de réticences.

Sixièmement, les instruments de droit souple ne sont pas exclusivement négociés par les États et les organisations internationales, mais offrent la possibilité aux acteurs non-étatiques de prendre part dans le processus d'élaboration et de devenir partie au même titre[56]. Ainsi, le processus de création ouvert du Pacte mondial sur les migrations, un instrument de *soft law* constituant un cadre pour une migration sûre et ordonnée notamment au moyen du principe de responsabilité partagée en matière de coopération, de transit et d'accueil des personnes migrantes élaboré, a impliqué une multitude d'acteurs tels que les organisations de la société civile, le secteur privé ou encore les communautés de la diaspora et les organisations de migrants et constitue un exemple important du *thick consensus*[57]. En outre, le droit souple permet également d'inclure les parties que les autres participants ne souhaitent pas reconnaître en tant que sujet de droit international[58]. Même si les instruments internationaux de droit souple peuvent sembler permettre un consensus social plus large grâce à l'ouverture des processus aux acteurs non-étatiques, il convient de ne pas omettre les inégalités qui peuvent en découler, notamment en présence de l'influence des lobbies et des acteurs non-étatiques puissants autres que « la société » dans sa conception large. BERMAN, BÜTHE, MAGGETTI et PAUWELYN ont considéré que certains acteurs, à savoir les pays du *Global*

56 SHAFFER et POLLACK, Hard vs. Soft Law, p. 719; REINICKE et WITTE, International Legal Accords, pp. 76, 94-95; O'CONNELL, Non-binding International Legal Accords, pp. 104-105, 113.

57 PAUWELYN différencie le *thick consent* en cas de procédure impliquant une panoplie d'acteurs étatiques et non-étatiques du *thin consent* en présence d'une participation purement étatique, PAUWELYN, *Is It International Law or Not, and Does It Even Matter?* in Informal International Lawmaking (Oxford : 2012), pp. 149 ss ; SCHORKOPF parle d'un « pont vers la société civile », SCHORKOPF, *Staatsrecht der internationalen Beziehungen* (Munich : 2017), p. 233 ; RIEMER et SCHÄFER, *A letter from the Bundestag or How the Global Compact on Migration shed new light on parliamentary participation in informal international lawmaking* (présenté à la Conférence annuelle de la SEDI sur « Changements dans la légifération internationale : Acteurs, Processus, Impact » (Agora 9), Stockholm, 2021). Plus généralement, sur les avantages et les critiques du *multistakeholderism* en matière de droits humains, voir CANFIELD et DAVIS, *Multistakeholderism and Human Rights: A Call for an Anthropological Approach*.

58 HILLGENBERG, A Fresh Look at Soft Law, p. 501.

South et les acteurs non-étatiques non-commerciaux restent tout de même marginalisés malgré l'ouverture de ces processus[59]. Par exemple, le Conseil international pour l'harmonisation des exigences techniques relatives aux produits pharmaceutiques à usage humain a été critiqué pour avoir inclus l'industrie pharmaceutique dans le processus d'élaboration des normes, tout en excluant les organisations de patients ou de consommateurs[60]. De nombreux exemples illustrent également la manière dont le secteur privé et l'industrie tentent d'influencer les normes, leurs processus d'élaboration et plus généralement, les politiques de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) pour favoriser leurs intérêts commerciaux[61]. En 2016, l'organe décisionnel suprême de l'OMS, a même adopté le « Cadre d'engagement avec les acteurs non-étatiques », un document qui reconnaît les risques liés à l'engagement avec des acteurs non-étatiques et qui prévoit des mécanismes pour éviter ou gérer ces risques[62].

Dans une perspective plus vaste, ce sixième avantage des instruments internationaux de droit souple constitue cependant un frein à l'implication parlementaire à leur égard. En effet, de nombreux instruments internationaux de droit souple, dans divers domaines, sont élaborés sans participation étatique, mais exclusivement par des acteurs privés. Cependant, en l'absence de la participation des États, la question de l'implication des parlements nationaux devient caduque. Par conséquent, ce type d'instruments a dû être exclu de notre champ d'étude[63]. En présence de tels instruments, la reprise dans l'ordre juridique national constitue le seul mode d'implication parlementaire disponible qui, comme nous le verrons, ne permet toutefois pas de contribuer de manière significative à leur légitimité démocratique[64]. Nous constatons donc, dans la conclusion de ce travail, que l'ampleur de l'influence exercée par les acteurs non-étatiques dans la gouvernance mondiale contemporaine constitue un obstacle structurel notable à l'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple[65].

Dernièrement, le droit souple peut constituer une étape sur le chemin de la formation du droit contraignant, à savoir la conclusion d'un traité ou la

59 BERMAN et al., Stakeholder Participation, pp. 13-17.

60 PAUWELYN et al., Shackles, p. 738.

61 À ce propos, voir GOPAKUMAR, *The World Health Organization's Engagement with Non-State Actors: The Risk of Corporate Influence* in Rethinking Participation in Global Governance: Voice and Influence after Stakeholder Reforms in Global Finance and Health (Oxford : 2022).

62 Organisation mondiale de la santé, WHO's engagement with non-State actors.

63 Voir point 3.2.2.2.

64 Voir point 7.2.

65 Voir point 9.2.2.

cristallisation de la coutume internationale[66]. On parle à ce propos de « prédroit »[67], de précurseur du droit dur[68] ou de catalyseur[69]. Plusieurs traités internationaux retrouvent leurs origines dans du droit souple. À titre d'exemple, déjà le Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes de 1967[70] constituait l'évolution d'un instrument souple, à savoir la Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et de l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique de 1962. En outre, une convention internationale sur la protection des personnes en cas de catastrophe, un domaine largement réglementé par le droit souple pour l'heure, devrait être élaborée au plus tard à la fin de 2027[71]. Il convient également de mentionner à ce stade que les instruments de droit souple peuvent exercer une influence sur l'interprétation des traités, par exemple sous l'angle de l'art. 31, § 3 a) et b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (CVDT)[72], voire conduire à leur modification[73].

Quant à la coutume, pour faire partie du droit international coutumier, une règle doit remplir deux conditions, en ce sens qu'elle doit consister en une pratique générale, uniforme et constante acceptée comme étant le droit, c'est-à-dire comme juridiquement contraignante par les États (*opinio juris*)[74]. Utilisé en l'absence d'une réglementation contraignante ou lorsque l'*opinio juris* ou la pratique étatique font défaut, il est vrai que le droit souple peut refléter parfois, notamment après un certain temps, un discours en émergence[75]. La

66 « La *soft law* d'aujourd'hui est ou énonce la *hard law* de demain », ABI-SAAB, *Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain* in Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux (Bruxelles : 1993) p. 66 ; PETERS, The Global Compact for Migration: to sign or not to sign?, EJIL: Talk! 2018 ; WOUTERS, Anti-Globalism and Populism, p. 262.

67 HILLGENBERG, A Fresh Look at Soft Law, p. 502; PETERS, Global Compact for Migration.

68 SHELTON, *Law, Non-Law and the Problem of Soft Law* in Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System (Oxford : 2000), p. 10.

69 REILING, Standards, p. 318.

70 Entré en vigueur pour la Suisse le 18 décembre 1969, RS 0.790.

71 Protection des personnes en cas de catastrophe, Rapport de la Sixième Commission, A/79/476.

72 RS 0.111 ; Rapport de la Commission du droit international, Soixante-dixième session, A/73/10, p. 79.

73 À ce propos, voir GOLDMANN, *We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law* ; BOYLE, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, p. 905 ; CÁRDENAS CASTAÑEDA, Sources of International Law, pp. 392-393.

74 CIJ, Affaire du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas), 20 février 1969, Rec. 1969, p. 3.

75 SINZ, Internationales Soft Law, pp. 46-47; BOYLE, Reflections, p. 906; BAYLIS, *The International Law Commission's Soft Law Influence*, p. 1010.

jurisprudence de la Cour internationale de Justice (CIJ) montre comment l'interaction entre la Charte des Nations unies et les résolutions de l'Assemblée générale fonctionne pour fournir des preuves de l'*opinio juris*[76]. ZEMANEK considère que les instruments de droit souple reflètent le consensus qui existe sur la manière dont le droit devrait évoluer, mais que ce sont les actions des États à l'avenir qui confirment l'*opinio juris* exprimée[77]. À ce propos, LILLICH[78], OLIVIER[79] et SINZ[80] ont observé un exemple intéressant de normes de droit souple devenues coutumières. Plusieurs dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, un instrument non-contraignant, ont ultérieurement été reconnues comme coutumières par la CIJ[81]. Il en va de même de la Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux » que la CIJ a considérée comme coutumière dans son Avis consultatif sur les Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965[82]. Dans ces cas où le droit souple se transformerait en droit international contraignant, la participation des parlements nationaux qui interviendrait en lien avec le droit souple assurerait ainsi une précocité et une continuité de l'implication parlementaire même dans le cadre du droit international contraignant.

1.1.2. Les défis émanant de la réglementation internationale par le droit souple

Malgré les sept motivations favorisant le choix d'un instrument de droit souple que nous venons d'exposer, le recours aux instruments internationaux de droit souple se trouve à l'origine de nouveaux défis présents tant à l'échelle internationale que nationale. D'une part, au niveau international, ces derniers

76 Par exemple, CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), 26 novembre 1984, Rec. 1984, p. 431 ; BOYLE, Reflections, p. 906.

77 ZEMANEK, *Is the Term Soft Law Convenient* in Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern (Leiden : 1998), p. 859 cité dans CÁRDENAS CASTAÑEDA, Sources of International Law, p. 393.

78 LILLICH, *The Growing Importance of Customary International Human Rights Law*, pp. 3-4.

79 OLIVIER, *The Relevance of Soft Law as a Source of International Human Rights*, pp. 301-305.

80 SINZ, Internationales Soft Law, pp. 32-33

81 Par exemple, CIJ, Avis consultatif, Réserves à la Convention sur le Génocide, Rec. 1951, p. 15 et CIJ, Opinion individuelle du vice-président Ammoun, Avis consultatif, Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Rec. 1971, p. 76; CIJ, Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran), 24 mai 1980, Rec. 1980, p. 42.

82 CIJ, Avis consultatif, Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, 25 février 2019, Rec. 2019, p. 41.

renforcent la tension déjà existante entre la souveraineté étatique et la coopération internationale[83], en ce sens que l'usage accru du *soft law* international entraîne un dépassement de l'État en tant que législateur principal. SIEBER-GASSER et STRANGE argumentent ce changement dans l'équilibre du pouvoir réglementaire dans le domaine commercial en considérant qu'un « [w]hile it was the state that defined the rules in the market before, it is now the market that dictates its rules to the state »[84], tandis que d'autres estiment qu'il découle des influences mutuelles entre les États et le marché[85]. Deux visions non-exhaustives du phénomène de l'internationalisation méritent d'être brièvement évoquées à ce stade. La première voit l'essor de la gouvernance mondiale et les règles qu'elle produit comme la réponse nécessaire aux problèmes mondiaux à caractère transnational qui ne peuvent être résolus dans le cadre de l'ancienne structure internationale d'États souverains[86]. Par conséquent, l'État devrait abandonner la notion classique de souveraineté étatique en raison de ce détachement du rôle du créateur principal de normes et de la prolifération de nouveaux ordres juridiques transnationaux et supranationaux ainsi que des sources de droit non-étatiques[87]. Selon la seconde approche, cette restructuration du système international serait intentionnelle et découlerait d'une volonté basée sur la politique de puissance[88]. Plus concrètement, la souveraineté de certains États, notamment des États puissants, n'est en aucun cas menacée, car ceux-ci encouragent eux-mêmes la déformalisation du droit international

83 SIEBER-GASSER, *Democratic Legitimation of Trade Policy Tomorrow*, p. 6 ; ROTH-ISIGKEIT, *From Formal to Radical: Tracing the Democratic Argument in Global Law* in Democracy and Globalization , pp. 37-38; SIMONOVIC, *Relative Sovereignty of the Twenty First Century*, p. 378; KOSKENNIEMI et LEINO, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, p. 557 : « The crisis of domestic sovereignty is paralleled by the collapse of the image of the international world as a single, hierarchical structure at the top of which the United Nations governs a world of tamed sovereigns through public law and diplomacy. The new global configuration builds on informal relationships between different types of units and actors while the role of the state has been transformed from legislator to a facilitator of self-regulating systems ».

84 SIEBER-GASSER, Trade Policy, p. 2 ; STRANGE, *The Declining Authority of States* in The Globalization Reader (Chichester : 2015), p. 233.

85 Voir par exemple, CAFAGGI et PISTORM, *Regulatory Capabilities: A Normative Framework for Assessing the Distributional Effects of Regulation*, pp. 95-104.

86 COHEN, Globalization and Sovereignty, p. 1 ; ANHEIER, *Global Governance* in The Oxford Handbook of Global Studies (Oxford : 2018), p. 785.

87 COHEN, Globalization and Sovereignty, p. 1 ; ANHEIER, Global Governance, p. 786 ; WATTS, *The Importance of International Law* in The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law (Oxford : 2001), p. 10.

88 KOSKENNIEMI, *Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations* in The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law (Oxford : 2001), p. 29 ; SLAUGHTER, *Governing the Global Economy through Government Networks*, p. 180.

existant, créant ainsi de nouvelles règles internationales qui leur conviennent sans limiter ou orienter leur pouvoir par le droit[89]. Ainsi, la gouvernance mondiale et la création de normes dans ce cadre habilitent de nouvelles hiérarchies et gradations de souveraineté rappelant celles de l'impérialisme du XIX^{ème} siècle[90]. Sans considérer qu'il fut un temps où la souveraineté étatique était absolue et inconditionnelle, nous ne pouvons pas ignorer le défi que la globalisation pose pour la souveraineté étatique[91], notamment du point de vue de l'élaboration du droit. La création de normes internationales est réellement devenue plus diverse, dynamique et complexe[92], les États ont perdu le monopole sur cette création[93] et les raisons derrière les choix politiques, puis les résultats se situent souvent en dehors de la sphère d'influence de la représentation élue au niveau national[94]. Ainsi, ces changements structurels ne font que contribuer à la complexité de la relation entre l'ordre juridique international et le législateur national[95].

D'autre part, à l'échelle interne, le recours aux instruments internationaux de droit souple pose le défi de recherche d'équilibre délicat entre le besoin de l'exécutif étatique d'un certain degré de flexibilité et de rapidité dans la conduite de la politique étrangère et la légitimité démocratique. L'existence de cette tension est soutenue par GOETSCHEL, BERNATH, SCHWARZ et RHINOW qui constataient au début des années 2000 que « [...] un nouveau champ de tension entre la légitimité démocratique, d'une part, et la capacité d'agir, d'atteindre des objectifs et de faire preuve de crédibilité, d'autre part »[96], mais

89 COHEN, Globalization and Sovereignty, p. 3 ; KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations* (Cambridge : 2001), pp. 494-517. Au contraire, BOLTON, par exemple, regrette le phénomène d'internationalisation en estimant que les coûts pour les États en termes de réduction de l'autonomie constitutionnelle, d'atteinte à la souveraineté populaire, de réduction de la puissance internationale des États-Unis et la limitation des options et solutions en matière de politique intérieure et étrangère sont trop importants. Voir BOLTON, *Should We Take Global Governance Seriously?*, p. 221.

90 COHEN, Globalization and Sovereignty, p. 4.

91 HOLTON, *Globalization and the Nation State* (Basingstoke : 2011), p. 103.

92 PETRIG, *Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts*, p. 1 ; WOUTERS, Anti-Globalism and Populism, pp. 252-253.

93 COHEN, Globalization and Sovereignty, p. 21.

94 RITTBERGER, *Copy and Paste: Parlamentarisierung jenseits des Nationalstaates* in Was bleibt vom Staat? : Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter (Francfort : 2009), p. 138.

95 HANSEN ALEXANDRA, AjV-Workshop: International Law and Domestic Law-Making Processes, Völkerrechtsblog 2015.

96 GOETSCHEL et al., *Politique extérieure suisse, Fondements et possibilités* (Lausanne: 2004), p. 70 ; RHINOW, *Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung* (Bâle, Genève, Munich : 2000), p. 373.

aussi par le Conseil fédéral qui a affirmé en 2024 que « l'importance croissante du droit souple entraîne des questions de légitimité démocratique »[97]. Une implication des parlements nationaux suffisante devrait toujours être garantie afin d'assurer la légitimité démocratique dans le domaine de la politique extérieure[98].

À l'occasion de la Conférence de l'Association des professeurs allemands de droit public en 1997, TOMUSCHAT a considéré que ces tensions ne pouvaient être résolues « vom Boden des Verfassungsrechts aus »[99]. Une telle proposition pourrait s'expliquer par le fait qu'au niveau interne, les mécanismes démocratiques permettant une participation appropriée du législatif dans le domaine de la politique étrangère et visant à assurer ainsi la légitimité du droit international, sont toujours en grande partie calqués sur les instruments traditionnels de droit international, à savoir les traités. Dans sa réponse à une initiative parlementaire, le Conseil fédéral a lui-même considéré que « le droit souple constitue un défi en politique intérieure », car « lors de la création du droit souple, le processus de formation de l'opinion n'est pas toujours exploité entièrement »[100]. Selon PETRIG et EHRENZELLER, la dynamique de l'internationalisation ne peut certes pas être arrêtée, mais une intégration appropriée du pouvoir législatif national est possible[101]. Au sens de cette approche, afin de se maintenir fonctionnels, les mécanismes démocratiques internes nécessitent une adaptation à la lumière des nouvelles réalités complexes de la diversification des méthodes de création du droit international, y compris la présence et l'importance du droit souple international, notamment dans les domaines qui relevaient auparavant uniquement du droit interne[102]. Nous revenons sur ces mécanismes démocratiques permettant la participation parlementaire en Suisse, appelés modes d'implication parlementaire dans la présente thèse, notamment les droits de participation parlementaires spécifiques à la politique extérieure, aux chapitres 5 et 6 et démontrons qu'ils permettent déjà en leur

97 CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie de politique extérieure 2024-2027 du 31 janvier 2024, p. 36.

98 KLEY et PORTMANN, *Vorbemerkungen zur Aussenverfassung* in Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar (Saint-Gall : 2014), N 3 ss ; LAMMERS, *La démocratie directe et le droit international, Prise en compte des obligations internationales de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure* (Berne : 2015), p. 141.

99 « Sur le terrain des constitutions nationales » [traduction libre], TOMUSCHAT, Verfassungsstaat, p. 33.

100 Initiative parlementaire 14.474 conseiller national Marco Romano du 12 décembre 2014. Sauvegarder les compétences du Parlement en matière de politique étrangère et de législation, Initiative parlementaire 14.474 conseiller national Marco Romano du 12 décembre 2014. Sauvegarder les compétences du Parlement en matière de politique étrangère et de législation.

101 PETRIG, Mitwirkung, p. 31 ; EHRENZELLER, Aussenpolitik, p. 530.

102 PETRIG, Democratic Participation, pp. 182, 191; PETRIG, Mitwirkung, p. 2.

état actuel, dans une plus ou moins large mesure, de contribuer à la légitimité démocratique des instruments internationaux de droit souple[103].

Ce travail de thèse s'inscrit dans ces dimensions domestiques de la problématique plus générale des défis soulevés par le recours à la réglementation par des instruments internationaux de droit souple, à savoir l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple international. Dans ce cadre, nous réfléchissons au monde juridique globalisé, au moyen d'une question de recherche qui se focalise sur l'interaction entre l'ordre juridique national et les normes internationales, l'interaction qui ne cessera de gagner en importance[104]. Ce sujet de recherche nous invite à faire face aux frontières floues, notamment entre le droit et la politique car, comme considéré par KLABBERS, le concept de droit souple lui-même estompe la frontière entre le droit et la politique : « [...] where law becomes too purposive, and too little formalistic, it looses its distinctly legal character : it can no longer be separated from politics »[105]. Comme nous venons de l'exposer, le phénomène de l'internationalisation prédominant, y compris sous forme de *soft law,* exerce une pression sur le rôle du législateur national causant ainsi un malaise et une vigilance d'au moins certains parlementaires vis-à-vis des solutions internationales. Cette problématique est d'autant plus pertinente dans le cas de la Suisse, car la prévision de KLABBERS selon laquelle « if [informal international law-making] continues to grow in popularity, it is only a matter of time before parliaments will start to demand a right of approval of [informal international law-making] as well »[106] s'est, comme nous le verrons dans la section suivante, bel et bien réalisée dans notre pays[107]. Il n'est pas exclu que les préoccupations relatives au déficit de légitimité démocratique soient ressenties plus intensément en Suisse en raison de l'importance accordée à la souveraineté du peuple[108].

103 Voir points 5.1.3 et 6.1.2.

104 SELZNICK, *Law in Context Revisited*, p. 178; HANSEN, AjV-Workshop.

105 KLABBERS, *Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law*, p. 419.

106 KLABBERS, *International Courts and Informal International Law* in Informal International Lawmaking (Oxford : 2012), p. 219.

107 À titre d'exemple, Initiative parlementaire 18.466 ; Motion 18.4106 CPE-E du 8 novembre 2018. Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations. Soumettre à l'Assemblée fédérale la décision d'approbation ; Motion 18.4103 CPE-E du 12 novembre 2018. Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations. Soumettre à l'Assemblée fédérale la décision d'approbation ; Motion 18.4093 CPE-N du 19 octobre 2018. Pacte de l'ONU sur les migrations. Soumettre à l'Assemblée fédérale la décision d'approbation ; Motion 21.3341 Reimann Lukas du 18 mars 2021. Démocratique et efficace, la séparation des pouvoirs ne doit pas être détournée par le droit souple.

108 KUNZ et PETERS, Voting Down International Law? Lessons from Switzerland for Compensatory Constitutionalism, Völkerrechtsblog 2018.

Malgré cela, il convient également de souligner brièvement que certaines spécificités du système suisse, tout particulièrement le faible niveau de professionnalisation des parlementaires et les ressources modestes à leur disposition, restreignent les possibilités de contribution à cette légitimité démocratique par l'implication parlementaire, avant d'en approfondir l'analyse dans le chapitre conclusif[109]. Le semi-professionnalisme des membres de l'Assemblée fédérale[110] repose sur le principe de milice selon lequel « [...] le mandat parlementaire [est] exercé à titre secondaire, en complément d'une activité professionnelle principale »[111]. Aujourd'hui, pour la majorité des membres de l'Assemblée fédérale, il semblerait que l'activité parlementaire occupe toutefois une importante partie de leur temps de travail, en plus des activités professionnelles exercées à titre principal et de nombreuses activités accessoires liées aux groupes d'intérêts[112]. La Confédération estime que les membres de l'Assemblée fédérale consacrent en moyenne 60% de leur temps de travail à leurs mandats parlementaires sans prendre en compte les activités accessoires[113]. Une lourde charge de travail et un temps réduit pour la réalisation du travail législatif pèsent donc sur les parlementaires semi-professionnels[114]. De plus, les revenus et les contributions pour des dépenses de personnel et de matériel des parlementaires suisses sont particulièrement faibles en comparaison avec les activités professionnelles exercées à titre principal en Suisse, mais aussi avec les revenus de leurs collègues internationaux[115]. VATTER décrit alors l'Assemblée fédérale en tant que « formell stark », mais « praktisch limitiert »[116].

109 Voir notamment point 9.2.1.3.

110 Sur la professionnalisation de l'Assemblée fédérale et les raisons pour lesquelles nous ne pouvons plus la qualifier de parlement de milice, voir SCIARINI, *Politique suisse* (Lausanne : 2024), pp. 289-295 ; PILOTTI et al., *L'Assemblea federale : un parlamento di milizia in fase di professionalizzazione* in Milizia e professionismo nella politica svizzera (Locarno : 2018), pp. 45-71 ; PILOTTI, *Entre démocratisation et professionnalisation: le Parlement suisse et ses membres de 1910 à 2016* (Zurich, Genève : 2017), pp. 140-178 ; DI CAPUA et al., *Political Professionalization and Transformations of Political Career Patterns in Multi-Level States: The Case of Switzerland*, pp. 95-114.

111 SCIARINI, Politique suisse, p. 282.

112 AMMANN, *Regulating legislative lobbying in Switzerland: superfluous or overdue?*, p. 465 ; WYSS, *Lobbyismus – zum Stand der Debatte in der Schweiz* in Interessengeleitete Gesetzgebung (Baden Baden : 2015), p. 107.

113 L'Assemblée fédérale, Compétences et fonctionnement. Des chiffres plus élevées ont été rapportés dans des études, voir SCIARINI et al., Étude sur le revenu et les charges des parlementaires fédéraux.

114 AMMANN, Legislative Lobbying, p. 465.

115 Pour une comparaison avec les membres du *Bundestag* allemand, voir point 9.2.1.3.

116 VATTER, Demokratie im Nebel: Wie sicher ist die Schweiz vor schleichendem Autoritarismus?, NZZ am Sonntag, 2 août 2025.

La présente thèse ne prétend donc pas arriver à un constat selon lequel le malaise entre les membres de l'Assemblée fédérale et la tendance vers l'internationalisation puisse entièrement être solutionné « vom Boden des Verfassungsrechts aus »[117], c'est-à-dire par les modes d'implication parlementaire au niveau interne et leur éventuelles adaptations, mais elle vise à faire l'état des lieux de la situation concrète en Suisse tout en identifiant les pistes les plus prometteuses en vue de l'atténuation dudit malaise. En d'autres termes, nous rejoignons PETRIG et EHRENZELLER sur l'idée qu'une intégration des parlements nationaux est possible au moyen de mécanismes démocratiques disponibles au niveau interne, sans toutefois considérer que cette solution puisse faire disparaître la tension existante dans son entièreté en raison des limites structurelles inhérentes à l'ordre international contemporain et des spécificités du système suisse[118]. Ayant exposé les bases des défis que la réglementation par le droit souple soulève en lien avec l'implication parlementaire, nous tournons à présent notre attention vers les origines et le développement de cette problématique en Suisse.

1.1.3. La discussion décennale en Suisse sur le droit souple international

En Suisse, la discussion sur l'implication parlementaire en matière de droit souple s'est développée en trois temps. Dans un premier temps, le débat s'est ouvert sur le sujet des conséquences en droit interne des recommandations de l'OCDE et du Groupe d'action financière (GAFI). Dans un deuxième temps, elle s'est focalisée sur le Pacte mondial sur les migrations avant de s'élargir, dans un troisième temps, à la problématique du rôle de l'Assemblée fédérale en politique extérieure. La présente section contextualise la genèse de ce débat en Suisse et les questions conceptuelles que celui-ci a soulevé.

Les membres de l'Assemblée fédérale ont commencé à s'intéresser aux questions de politique extérieure de manière plus approfondie depuis le moment où les conséquences de l'importance accrue de la réglementation internationale se sont ressenties en politique intérieure[119]. La problématique de l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, quant à elle, occupe les autorités fédérales en tout cas depuis 2014. Les premières initiatives parlementaires en la matière ont vu le jour en 2014 lorsque les conseillers nationaux Aeschi et Romano ont demandé une meilleure association des

117 TOMUSCHAT, Verfassungsstaat, p. 33.

118 Voir point 9.2.2.

119 GOETSCHEL et al., Politique extérieure suisse, p. 94.

commissions parlementaires aux processus de droit souple international, sur la base des droits de participation spécifiques à la politique extérieure de l'art. 152 de la Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (LParl)[120]. En réponse, le Conseil fédéral a adopté l'art. 5*b* de l'Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 (OLOGA)[121], en précisant la notion d'orientations principales de politique extérieure sur lesquelles les CPE doivent être consultées, y incluant expressément le droit souple important.

Après l'entrée en vigueur de cette modification le 1er août 2016, la problématique de l'implication parlementaire aux instruments internationaux de droit souple a ressurgi en 2018, avec le Pacte mondial sur les migrations. Cet instrument de droit souple a été élaboré entre 2016 et 2018 et la Suisse occupait un rôle important lors des négociations, en ce sens que l'ambassadeur suisse était l'un des co-facilitateurs des négociations[122]. Suite à la décision du Conseil fédéral d'« approuver » le Pacte[123], les deux conseils de l'Assemblée fédérale ont adopté trois motions de mesure qui chargeaient le Conseil fédéral de « ne pas approuver le Pacte mondial sur les migrations, les 10 et 11 décembre 2018 au Maroc, et de soumettre au Parlement la proposition d'approbation sous la forme d'un arrêté fédéral », car celui-ci, même si juridiquement non-contraignant, a « une portée large » et « engage la Suisse sur le plan politique », c'est-à-dire implique l'adoption d'une « législation ultérieure » sur un « sujet [...] sensible »[124]. Plusieurs autres interventions parlementaires individuelles ou de groupe ont soulevé le même point et certaines sont allées jusqu'à demander une approbation systématique de certains instruments internationaux de droit souple par l'Assemblée fédérale[125]. Il convient de rappeler ici le contexte politique européen marqué par le scepticisme envers toute question migratoire à la suite de la crise migratoire de 2015-2016. Ainsi, comme nous le discutons dans la suivante section (point 1.1.4), il ne peut être exclu que la deuxième étape du développement du débat sur le droit souple en Suisse ait été motivée par la thématique du Pacte, à savoir la migration, plutôt que par sa nature souple.

120 RS 171.10. Initiative parlementaire 14.433 conseiller national Thomas Aeschi du 20 juin 2014. Recommandations et décisions de l'OCDE et de ses organismes spécialisés. Obligation d'informer et de consulter la commission législative compétente ; Initiative parlementaire 14.474.

121 RS 172.010.1.

122 DFAE, Le Conseil fédéral décide d'approuver le Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, Communiqué de presse du 10 octobre 2018.

123 Ibid.

124 Motion 18.4093 ; Motion 18.4103 ; Motion 18.4106.

125 Initiative parlementaire 18.466 ; Motion 18.4130 ; Motion 21.3341.

Malgré les motivations fortement rattachées au contenu de l'instrument, le débat s'est étendu pour englober tous les instruments internationaux de droit souple. Le Conseil fédéral a publié un rapport sur la consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple, en réponse à un postulat de la Commission de politique extérieure du Conseil des États (CPE-E)[126]. Dans ce contexte fortement marqué par la problématique, une sous-commission parlementaire spécifiquement dédiée à la question de la « Participation du Parlement dans le domaine du droit souple (*soft law*) » à la CPE-E a été constituée afin d'examiner de manière plus approfondie le rôle de l'Assemblée fédérale dans le domaine du droit souple et de déterminer s'il y a lieu de légiférer en la matière[127]. Dans ce cadre, le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) a élaboré un rapport[128] sur la base d'un avis de droit externe[129]. Parallèlement, en février 2021, le Conseil fédéral a soumis à l'Assemblée fédérale le message relatif au Pacte mondial sur les migrations. Il s'est fondé sur l'art. 28, al. 3 LParl pour soumettre le Pacte sous forme d'arrêté fédéral simple à l'approbation de l'Assemblée fédérale sur la base des motions 18.4093, 18.4103 et 18.4106, tout en soulignant le caractère *sui generis* de cette démarche[130]. Après une suspension de l'objet pendant quelques années en raison de l'attente des résultats des études susmentionnées, le Conseil des États a voté en faveur d'une non-acceptation du Pacte le 17 septembre 2024[131] et la Commission des institutions politiques du Conseil national a recommandé à celui-ci de se rallier à la décision du Conseil des États le 25 octobre 2024[132]. Finalement, le 12 décembre 2024, le Conseil national a également opté pour la non-acceptation par une majorité claire de 124 voix contre 66[133].

La discussion en Suisse ne s'est pas limitée au Pacte mondial sur les migrations et aux instruments internationaux de droit souple, mais a mis en évidence un malaise plus général, en cela qu'elle s'est étendue à la question plus

126 Conseil fédéral, Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple (« soft law »), Rapport du 26 juin 2019 en réponse au postulat 18.4104 CPE-E du 12 novembre 2018.

127 Conseil des États, Nouvelle législature : perspectives en matière de politique extérieure, Communiqué de presse du 14 janvier 2020.

128 Rapport CPA.

129 PETRIG et SINZ, *Rechtsgutachten zum Thema « Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law » im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle* (Bâle 2021).

130 Message du 3 février 2021 relatif au Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, FF 2021 359, p. 36.

131 Délibérations du Conseil des États du 17 septembre 2024, BO 2024 E 808.

132 Commission des institutions politiques du Conseil national, Non au Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, Communiqué de presse du 25 octobre 2024.

133 Délibérations du Conseil national du 12 décembre 2024, BO 2024 N 2342 ; Arrêté fédéral concernant le Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, FF 2024 3221.

générale de l'implication parlementaire en politique extérieure. WYSS qualifie la problématique de *soft law* de *Kampfzone* des prérogatives de définition de la politique extérieure entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral[134]. Actuellement, une initiative parlementaire est pendante[135]. Elle vise, premièrement, la modification des bases légales en la matière, notamment l'élévation du contenu de l'art. 5*b* OLOGA au niveau de la loi, deuxièmement, la formulation des demandes de consultation et d'information soumises sur la base de l'art. 152, al. 5 LParl en tant que contraignantes et troisièmement, la prévision des procédures claires et contraignantes pour le traitement des avis consultatifs des commissions parlementaire donnés sur la base de l'art. 152 LParl. En outre, d'autres mesures de renforcement non-législatives de la mise en œuvre des droits d'information et de consultation de l'art. 152 LParl ont été récemment adoptées. Deux motions ont chargé le Conseil fédéral d'édicter un acte « […] visant à garantir que des procédures uniformes soient introduites et systématiquement mises en œuvre dans tous les départements de l'administration fédérale pour l'information et la consultation des commissions parlementaires compétentes en matière de politique extérieure en vertu de l'art. 152 LParl »[136]. Entre-temps, l'administration fédérale a développé un aide-mémoire sur le droit souple, comprenant également des instructions sur l'implication parlementaire. De plus, elle a adopté trois autres mesures de renforcement des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure, à savoir la qualification de provisoire d'une décision du Conseil fédéral lorsque la consultation des commissions parlementaires est pendante, l'obligation pour le département fédéral compétent de fournir une réponse aux commissions parlementaires consultées et l'adaptation de la liste des actualités de politique extérieure afin d'accroître la transparence sur les questions de *soft law*[137]. Finalement, en réponse aux motions précitées, le Conseil fédéral a édicté les Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl concernant l'information et la consultation du Parlement dans le domaine de la politique extérieure en novembre 2024[138].

134 WYSS, *Die schweizerische Bundesversammlung und das Völkerrecht – Spurensuche zwischen Verfassungsrecht und politischer Praxis*, pp. 907-908.

135 Le 21 mars 2025, le Conseil national a prolongé le délai de traitement de l'initiative de deux ans, jusqu'à la session de printemps 2027. Initiative parlementaire 22.482.

136 Motion 22.4260 ; Motion 22.4264 CPE-E du 28 octobre 2022. Information et consultation en matière de politique extérieure. Procédures administratives uniformes systématiques.

137 Délibérations du Conseil national du 9 mars 2023, BO 2023 N 358.

138 Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl concernant l'information et la consultation du Parlement dans le domaine de la politique extérieure du 27 novembre 2024, FF 2024 3018.

La prise de ces différentes mesures législatives et pratiques fait preuve de tentatives d'adaptation du rôle de l'Assemblée fédérale à la diversité, au dynamisme et à la complexité croissantes de la création du droit international. Dans sa stratégie de politique extérieure 2024-2027, le Conseil fédéral note que « [...] des bases légales pour garantir la participation du Parlement dans les projets de droit souple importants existent en Suisse », qu'« une législation complémentaire à ce sujet est en cours d'élaboration » et « qu'une attention particulière continuera d'être accordée à la mise en œuvre efficace de ces bases »[139]. Ces démarches démontrent, toutefois, également une vision restreinte de son implication dans ce domaine. Plus précisément, les renforcements discutés ne visent qu'un seul, certes important, mode d'implication parlementaire, à savoir l'information et la consultation des CPE. Comme nous le verrons dans le développement de la présente thèse, d'autres modes d'implication parlementaire prometteurs disponibles dans l'ordre juridique suisse semblent être ignorés par toutes les autorités concernées. Au vu de ce qui précède, le débat suisse sur l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple et en matière de politique extérieure plus généralement est loin d'être clos ; très concrètement, nous attendons les modifications législatives de la LParl dont le délai de traitement a été prolongé jusqu'à la session parlementaire de printemps 2027[140].

1.1.4. Le rapport entre la nature souple d'un instrument international et la portée politique de son contenu

Au-delà des questionnements juridiques qu'elle soulève tels que l'applicabilité des différents modes d'implication parlementaire existants dans l'ordre juridique suisse au droit souple[141] ou encore la détermination du seuil qu'un instrument de droit souple doit atteindre pour déclencher cette application[142], la problématique de l'implication parlementaire en politique extérieure, y compris en matière de droit souple a une portée éminemment politique. Ces enjeux juridiques font l'objet de la présente étude et sont donc plus amplement exposés dans la prochaine section qui porte sur notre question de recherche. Au vu de cet enchevêtrement du droit et de la politique, il est important de présenter d'emblée l'interaction des forces politiques derrière cette problématique. La question qui occupe la présente thèse réunit aujourd'hui les différentes

139 CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie de politique extérieure 2024-2027 du 31 janvier 2024, p. 36.

140 BO 2025 N 518.

141 Voir points 4.1, 5.1, 6.1, 7.1 et 8.1.

142 Voir point 5.1.2.1.3.

forces politiques au sein de l'Assemblée fédérale. À notre avis, la question de l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple a pu concerner plutôt des divergences de conception entre les différentes branches du pouvoir, notamment l'exécutif et le législatif, qu'un conflit entre partis politiques. En d'autres termes, les différents partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale semblent s'accorder sur le fait qu'une meilleure implication de ce dernier dans le domaine du droit souple serait appropriée en raison du recours de plus en plus fréquent à ce type d'instruments pour la réglementation internationale. Le désaccord sur cette question a donc pu être observé entre l'Assemblée fédérale d'une part et le Conseil fédéral et son administration d'autre part. C'est également dans ce constat que réside l'intérêt de son étude.

Malgré le fait qu'il peut paraître difficile de séparer le poids politique lié au contenu de l'instrument de la nature de celui-ci, le sujet plus général qui intéresse la présente thèse n'est pas limité à la portée politique du fond de l'instrument et dépasse le clivage gauche-droite. La question de l'implication parlementaire dans l'élaboration du droit souple international, comme d'autres en politique extérieure, a toutefois été instrumentalisée pour servir certains objectifs politiques[143]. KELLER et WALTHER estiment, tout en soulignant l'exagération de ce propos, que l'imposition de contraintes de plus en plus fortes au Conseil fédéral dans ses actions de politique étrangère émane de l'expression suisse d'un contre-mouvement (populiste) face à la mondialisation et au sentiment de perte de souveraineté démocratique qui en découle[144]. Tandis que la discussion autour du Pacte mondial sur les migrations a été marquée par ce clivage politique, tel n'est pas le cas de la problématique plus générale de l'implication parlementaire en politique extérieure, qui a intéressée toutes les fractions politiques du Parlement. À titre d'illustration, dans le cadre de l'initiative parlementaire 22.482, la CPE-N a décidé à l'unanimité d'élaborer un projet d'acte pour élever le contenu de l'art. 5*b* OLOGA[145]. Cette décision a par la suite été approuvée par la CPE-E par onze voix contre deux[146]. De plus, les motions identiques 22.4260 et 22.4264 exigeant des procédures administratives d'information et consultation en matière de politique extérieure uniformes et systématiques ont été adoptées au sein des commissions à l'unanimité

143 Pour d'autres exemples d'instrumentalisation des questions de politique extérieure, voir GOETSCHEL et al., Politique extérieure suisse, p. 95.

144 KELLER et WALTHER, *20 Jahre « neue » Bundesverfassung: Plus ça change, plus c'est la même chose?*, pp. 277-278.

145 CPE-N, Rapport sur l'initiative parlementaire Droits de participation du Parlement en matière de politique extérieure du 10 février 2005, p. 3.

146 Ibid.

respectivement par onze voix contre une[147]. Il convient de rappeler ici que la question de l'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple n'est qu'une manifestation de cette problématique plus générale du rôle des parlements nationaux dans la réglementation internationale changeante qui dépasse le clivage droite-gauche et rallie tous les partis politiques.

Il est donc regrettable que la discussion sur l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple ait été dominée ces dernières années par le Pacte mondial sur les migrations, un instrument qui ne représente pas fidèlement les enjeux juridiques et politiques au fond, mais dont le sujet particulièrement sensible, la migration, a déclenché des débats politiques tendus. Si nous revenons à 2014, les initiatives parlementaires demandant un renforcement des droits de participation de l'Assemblée fédérale en matière de droit souple étaient déposées par des membres des partis conservateurs, à savoir le Parti démocrate-chrétien (PDC)[148] et de l'Union démocratique du centre (UDC)[149]. Les parlementaires se sont satisfaits, à ce moment, de l'introduction de l'art. 5*b* OLOGA et des majorités importantes des CPE ont rejeté les deux initiatives en 2017[150]. Les parlementaires du groupe de l'UDC ont renoncé à faire de nouvelles propositions dans un esprit de pragmatisme, restant cependant peu convaincus de la compétence du Conseil fédéral de définir lui-même les compétences des commissions parlementaires[151]. C'est en 2018 que la droite s'est à nouveau emparée d'un instrument international de droit souple, à savoir le Pacte mondial sur les migrations. Comme susmentionné, les nombreuses contestations parlementaires à son propos, notamment de la droite, n'ont pas été motivées uniquement par la nature juridique dudit instrument, mais également par sa portée politique dans le cadre de la campagne relative à l'initiative populaire « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » de l'UDC qui visait à introduire la primauté du droit suisse sur le droit international dans la Constitution fédérale[152]. Ainsi, si nous observons les interventions parlementaires individuelles ou de groupe déposées fin 2018 au sujet du Pacte mondial sur les migrations ou au sujet plus général du droit souple, leurs auteurs sont issus des partis se situant à droite de l'échiquier

147 Délibérations du Conseil des États du 17 septembre 2024, BO 2024 E 805, 806.

148 Initiative parlementaire 14.474.

149 Initiative parlementaire 14.433.

150 Délibérations du Conseil des États du 9 mars 2017, BO 2017 E 185.

151 Ibid., p. 186.

152 L'initiative a finalement été rejetée par le peuple et par tous les cantons, Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 25 novembre 2018, FF 2019 5651.

politique[153]. De plus, trois motions demandant la soumission du Pacte mondial sur les migrations ont été adoptées par des majorités de droite au sein des commissions parlementaires[154]. Dans le cadre de la motion 18.4106 de la CPE-E par exemple, les membres du Parti socialiste et un membre du PDC se sont expressément prononcés en faveur du rejet de la motion[155]. Finalement, lors des dernières délibérations du Conseil des États au sujet du Pacte, la minorité de gauche s'est prononcée en faveur de l'acception de ce dernier, tandis que la majorité de droite a voté pour la non-acceptation de celui-ci[156]. La même tendance a également pu être observée au sein du Conseil national[157].

Les manifestations parlementaires au sujet du Pacte sur les migrations méritent toutefois d'être observées dans le contexte européen de 2018, année à laquelle la finalisation du document a eu lieu. Premièrement, le continent a été particulièrement marquée par la crise migratoire de 2015-2016. À notre avis, la réticence envers le Pacte sur les migrations, y compris sous forme de contestations parlementaires, constitue indirectement une réponse des politiques à cette crise et s'inscrit plus généralement dans l'aversion du public à l'égard de l'internationalisation dans les situations de crise qui s'est étendue au domaine du droit international[158]. Secondement, il convient de ne pas sous-estimer ladite « contagion interparlementaire », autrement dit la diffusion d'idées et l'influence entre les parlements nationaux. Par exemple, lors des débats à la *Camera dei Deputati* italienne, Giogia Meloni, députée à l'époque, s'est appuyée sur tous les autres pays (la Suisse y compris) qui ont renoncé à signer le Pacte[159]. Une référence similaire a été faite par Martin Hebner lors des débats sur le Pacte sous la coupole du *Bundestag* allemand[160]. En Suisse, les situations dans les autres États européens ont également été soulevées de

153 Une liste illustrative des interventions parlementaires individuelles ou de groupe au courant de l'année 2018 : Interpellation 18.4388 Claude Béglé du 14 décembre 2018. Soft law. Une interprétation dynamique ; Motion 18.4113 Marco Romano du 29 novembre 2018. Pour une politique étrangère consensuelle. Développer le droit souple en concertation avec le Parlement ; Motion 18.4130 ; Motion 18.3935 Hannes Germann du 27 septembre 2018. La Suisse ne doit pas signer le pacte de l'ONU sur les migrations ; Interpellation 18.4112 Groupe PDC du 29 novembre 2018. Participation du Parlement aux décisions portant sur du droit souple. Absence de ligne claire du Conseil fédéral.

154 Motion 18.4103 ; Motion 18.4106 ; Motion 18.4093.

155 Délibérations du Conseil des États du 29 novembre 2018, BO 2018 E 881, 882.

156 Délibérations du Conseil des États du 17 septembre 2024, BO 2024 E 805, 806.

157 Délibérations du Conseil national du 12 décembre 2024, BO 2024 N 2342.

158 WOUTERS, Anti-Globalism and Populism, p. 255.

159 Discours de Giogia Meloni du 2 novembre 2018, 88ème séance, Camera dei Deputati italienne, p. 38.

160 Discours de Martin Hebner du 29 novembre 2018, 68ème séance, Bundestag allemend, p. 7739.

manière récurrente dans le cadre des débats sur la motion 18.3838 de Thomas Aeschi au sein du Conseil national[161]. Au vu de ce qui précède, nous ne pouvons pas considérer la polémique autour du Pacte sur les migrations comme représentative de la problématique qui occupe la présente thèse, car il semblerait que le sujet de l'instrument plutôt que sa nature se trouve à son origine. Néanmoins, le Pacte sur les migrations a permis, sans aucun doute, de mettre en lumière cette problématique relative à la réglementation internationale au moyen du droit souple. Après avoir planté le décor dans lequel elle s'inscrit, nous élaborons désormais la question de recherche de cette thèse et présentons ses principales contributions.

1.2. La question de recherche et les contributions de la thèse

Notre question de recherche s'inscrit dans le cadre des discussions décennales non résolues en Suisse que nous venons d'exposer. Cette thèse suit la piste de la recherche internationale sur l'interaction entre les législatures nationales, d'une part, et la législation internationale, d'autre part. Ce travail vise donc à répondre à la question de recherche suivante : *Comment les modes d'implication parlementaire (potentiellement) disponibles en droit suisse contribuent à la légitimité démocratique des instruments internationaux de droit souple avant, durant et après leur création ?*

Cette question de recherche peut être décortiquée en trois sous-questions. Premièrement, nous nous demandons **par quels moyens l'Assemblée fédérale s'implique en matière de droit souple.** Nous visons ici à identifier les modes d'implication parlementaire pertinents pour les instruments internationaux de droit souple. Deuxièmement, si et comment ces modes d'implication parlementaire lui permettent de contribuer à la légitimité desdits instruments, c'est-à-dire **dans quelle mesure l'usage de ces modes d'implication permet-il à l'Assemblée fédérale d'exercer ses différentes fonctions ?** Troisièmement, quand, ou **à quel moment de vie d'un instrument international de droit souple, ces modes d'implication parlementaire permettent à l'Assemblée fédérale de contribuer à sa légitimité ?** Il s'agit donc de déterminer le rôle que l'Assemblée fédérale peut jouer au cours de la vie d'un instrument international de droit souple. Les réponses à ces questions nous permettent d'évaluer la situation actuelle à la lumière de la légitimité démocratique, de discuter la nécessité et l'utilité d'éventuels changements et d'observer si le

161 Délibérations du Conseil des États du 6 décembre 2018, BO 2018 N 2012 ss.

problème de la participation parlementaire dans le domaine du droit souple international peut même être réglé « vom Boden des Verfassungsrechts aus »[162]. Plus généralement, grâce à ces résultats, nous sommes en mesure de prendre position sur la caractérisation des parlementaires nationaux en tant qu'acteurs marginalisés de la réglementation internationale par le droit souple.

Par conséquent, cette thèse a pour objectif de clarifier comment l'utilisation des modes d'implication parlementaire disponibles au niveau national apporte de la légitimité aux processus de droit souple international. Nous tâchons d'évaluer la légitimité apportée par ces différents modes d'implication parlementaire lors des différentes phases de vie d'un instrument de droit souple, à l'aide de critères issus de la doctrine sur la légitimité démocratique et la raison d'être d'un parlement national.

Six contributions majeures se dégagent du présent travail de recherche. Premièrement, notre thèse démontre que la Suisse est déjà bien équipée « vom Boden des Verfassungsrechts aus »[163]. Nous identifions les modes d'implication parlementaire actuellement applicables aux instruments internationaux de droit souple dans l'ordre juridique suisse, mais aussi ceux dont l'introduction future est déjà réclamée ou prévisible. Cet exercice de *mapping* large vise à rendre visible une variété de solutions juridiques disponibles au niveau national et à les rendre utiles sur le plan analytique. Ainsi, grâce à cette sélection de modes, nous sommes en mesure de présenter et d'analyser de manière exhaustive une variété d'options visant à permettre l'engagement de l'Assemblée fédérale avec le droit souple international. L'ordre juridique suisse étant déjà équipé d'une variété d'outils pour l'implication parlementaire y compris dans le domaine du droit souple, il n'est pas nécessaire, à notre avis, d'introduire de nouveaux modes d'implication parlementaire.

Deuxièmement, nous identifions que l'Assemblée fédérale dispose non seulement des outils pour être impliquée (comportement passif) mais également pour s'impliquer (comportement actif) en matière d'instruments internationaux de droit souple. Autrement dit, elle assume une part de responsabilité pour sa propre participation dans ce domaine et dans la politique extérieure plus généralement. Cette observation s'inscrit dans la conception d'une compétence proactive de l'Assemblée fédérale en politique extérieure[164]. À ce propos, comme nous le verrons notamment au chapitre 9, la conclusion

162 TOMUSCHAT, Verfassungsstaat, p. 33.

163 Ibid., p. 33.

164 AUBERT, *art. 166 Cst.* in Petit commentaire Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Zurich, Bâle, Genève : 2003), N 8 ; EHRENZELLER et FASSBENDER, *art. 166 Cst.* in Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar (Saint-Gall : 2023) N 18.

que les relations extérieures de l'Assemblée fédérale présentent un potentiel sous-exploité en tant que mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple constitue l'une des contributions majeures de notre travail. Il serait souhaitable de recourir davantage aux relations extérieures de l'Assemblée fédérale dans le cadre des instruments internationaux de droit souple, car ce mode d'implication parlementaire mène à l'apport de légitimité le plus important.

Troisièmement, à la différence de ce qui a été fait jusqu'à présent, nous avons considéré la reprise des instruments internationaux de droit souple dans l'ordre juridique suisse en tant que mode d'implication parlementaire. La doctrine et les autorités concernées n'ont étudié le phénomène de la reprise des instruments internationaux de droit souple dans l'ordre juridique suisse qu'en tant que critère déterminant le droit souple pertinent pour la participation parlementaire (appropriation ultérieure d'un instrument par l'État)[165]. Nous avons considéré, de surcroît, qu'en reprenant un instrument international de droit souple ou une partie de celui-ci dans un acte législatif suisse, l'Assemblée fédérale interagit avec celui-ci et s'implique à son sujet.

Quatrièmement, notre thèse démontre que l'implication parlementaire constitue un facteur qui contribue à la légitimité démocratique du droit souple international sans pour autant considérer qu'elle permet la résolution pleine et entière du malaise général existant entre les législatures nationales et le phénomène d'internationalisation lié notamment à la structure du système international contemporain et, en ce qui concerne l'Assemblée fédérale, aux particularités d'un parlement semi-professionnel. Si les parlementaires nationaux peuvent intervenir à différents moments de vie d'un instrument international de droit souple, une approche large à ces différents moments nous permet d'identifier celui qui stimule au mieux cette implication. À l'issue de notre analyse, nous arrivons à la conclusion que l'apport de légitimité le plus conséquent se produit lorsque l'implication parlementaire intervient durant la création du droit souple[166]. Pour une contribution optimale à la légitimité démocratique du droit souple, il sied donc de privilégier les modes permettant l'implication parlementaire durant la création de l'instrument.

Cinquièmement, les mesures de renforcement d'ordre pratique et cognitif sont plus propices au renforcement de la légitimité démocratique du droit souple que celles qui visent des renforcements législatifs. Les développements de la présente thèse nous permettent de prendre position sur les mesures de renforcement des modes d'implication parlementaire examinés. En d'autres

165 Par exemple, PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 61-63 ; Rapport CPA, p. 13.

166 Voir point 9.2.1.2.

termes, nous nous prononçons sur les mesures déjà prises telles que l'adoption de l'art. 5*b* OLOGA et les récentes adaptations de l'application des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure susmentionnées, sur celles qui sont annoncées, à savoir la future modification de la LParl et sur celles qui pourraient être envisageables, par exemple l'introduction de l'approbation par l'Assemblée fédérale des instruments internationaux de droit souple importants ou encore l'élaboration d'un rapport annuel sur les instruments internationaux de droit souple, à l'image de celui existant pour les traités conclus selon la procédure simplifiée. Les autorités qui visent à renforcer les modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple devraient privilégier les adaptations d'ordre pratique et cognitif aux modifications du cadre légal. Malgré les avantages des renforcement pratiques et cognitifs de l'implication parlementaire, cette dernière se voit, comme nous le discuterons, limitée par les caractéristiques inhérentes au fonctionnement de l'ordre international contemporain, la répartition des forces au sein de celui-ci et les ressources restreintes dont dispose l'Assemble fédérale semi-professionnelle[167]. Autrement dit, la tension entre les parlements nationaux et les tendances de la réglementation internationale contemporaine ne peut pas être entièrement résolue « vom Boden des Verfassungsrechts aus »[168].

Sixièmement, la dernière contribution du présent travail de recherche réside dans l'outil d'évaluation développé et utilisé pour analyser l'apport à la légitimité démocratique du droit souple international. Une réutilisation de cette méthode d'évaluation est envisageable pour saisir la contribution parlementaire à d'autres décisions prises par le Conseil fédéral. Par exemple, elle permettrait d'analyser comment le recours aux outils de planification parlementaire habiliterait l'Assemblée fédérale à exercer ses fonctions dans un domaine où elle partage les compétences avec le Conseil fédéral. Plus généralement, cette matrice d'évaluation constitue un cadre analytique novateur pour la participation des acteurs au processus d'élaboration du droit. Nous pouvons ainsi envisager son emploi pour apprécier les moyens de participation de tout autre acteur en déterminant en amont ses fonctions principales, puis en examinant si, comment et à quel moment du processus celles-ci peuvent être exercées. À titre d'exemple, l'analyse du rôle des différents acteurs de société civile dans les processus législatifs nationaux et/ou internationaux pourrait être réalisée à l'aide de cet outil. Le prochain chapitre décrit en détail cet outil d'évaluation et les méthodes de recherche qui nous permettent de répondre à la question de recherche posée, puis annonce la structure de la thèse.

167 Voir point 9.2.2.

168 TOMUSCHAT, Verfassungsstaat, p. 33.

2. Les méthodes de recherche, l'approche évaluative et la structure de la thèse

Nous avons entrepris la démarche suivante pour répondre à notre question de recherche et ses sous-questions. Tout d'abord, après une phase exploratoire, nous avons, sur la base de la littérature en droit parlementaire suisse, identifié cinq modes d'implication de l'Assemblée fédérale dans le domaine du droit souple[169]. Nous avons, par la suite, conçu un outil d'évaluation multicritère, nous permettant de déterminer si, comment et quand l'Assemblée fédérale apporte de la légitimité aux instruments internationaux de droit souple en utilisant les modes d'implication parlementaire identifiés. Cette approche s'inspire du tournant empirique dans la recherche juridique internationale[170]. Pour analyser la satisfaction aux critères d'évaluation, nous avons adopté deux approches. Plus précisément, nous avons combiné l'approche doctrinale pour l'interprétation des dispositions du droit public suisse, avec une approche plus empirique se basant sur les méthodes dites « sociojuridiques »[171]. Tandis que la première nous a permis de déterminer le contenu et les contours des règles de droit telles qu'elles existent dans l'ordre juridique suisse[172], grâce à la seconde nous avons pu confronter « des règles juridiques ou des concepts de droit [international] à la réalité sociale existante »[173]. Une évaluation spécifiquement conçue, réalisée au moyen d'une combinaison de la méthode doctrinale et de l'approche contextuelle constitue donc notre propre démarche nous permettant de déterminer comment l'Assemblée fédérale participe dans le domaine du droit souple.

Pour illustrer concrètement notre démarche, nous revenons brièvement à l'exemple d'Anne. Pour rappel, Anne et ses collègues membres de la CPE-N ont été consultés sur le projet d'imposition de l'économie numérique du G20 et de l'OCDE, un instrument international de droit souple important. Tout

169 Voir point 2.2.1.2.

170 BERMAN et al., Stakeholder Participation, p. 6.

171 CORTEN, *Méthodologie en droit international public* (Bruxelles : 2017), p. 25.

172 Ibid.

173 Ibid., p. 27.

d'abord, nous identifions ici que le mode d'implication parlementaire utilisée est la consultation des CPE au sens de l'art. 152, al. 3 LParl et constatons, au moyen de la recherche doctrinale, que celui-ci s'applique aux instruments internationaux de droit souple. Ensuite, nous analysons si, comment et quand la consultation de la CPE-N contribue à la légitimité démocratique de l'instrument concerné. Cette analyse est effectuée au moyen d'une double évaluation. D'une part, nous utilisons l'analyse multicritère pour évaluer si et comment cette contribution intervient. Plus concrètement, nous examinons si la consultation par le Conseil fédéral permet à Anne et ses collègues de la CPE-N de façonner le contenu du projet d'imposition de l'économie numérique du G20 et de l'OCDE, d'y consentir, d'en politiser, de surveiller le comportement du Conseil fédéral relatif à ce projet et d'agir en tant que représentants démocratiques dans ce cadre. Comme nous le verrons au chapitre 5, la consultation de la CPE-N sur la base de l'art. 152, al. 3 LParl peut permettre à ses membres de façonner et de politiser du contenu ainsi que de surveiller le comportement du Conseil fédéral et d'exercer leur rôle de représentant[174]. En fonction de la satisfaction de ces différents critères, nous accordons un score d'apport de légitimité de quatre points sur cinq à l'obligation de consultation de l'art. 152, al. 3 LParl. D'autre part, nous étudions si la consultation de la CPE-N permet l'implication d'Anne et de ses collègues avant, durant et/ou après la création du projet d'imposition de l'économie numérique du G20 et de OCDE. Nous observons que la consultation peut être enclenchée à tout moment de vie de l'instrument. Un entrecroisement final entre les résultats des deux volets de la double évaluation nous permet de constater que le façonnement et la politisation du contenu de l'instrument ne peuvent avoir lieu que si la consultation intervient avant ou durant sa création. Par conséquent, nous observons dans ce cas illustratif une variation en termes d'apport de légitimité à travers le temps. En d'autres mots, si Anne et ses collègues sont consultés avant ou durant la création du projet, ils peuvent contribuer à sa légitimité en exerçant quatre des cinq fonctions principales qui leur appartiennent. Si cette consultation intervient, toutefois, une fois que le projet est créé, cet apport de légitimité baisse de deux points, en ce sens qu'Anne et ses collègues ne sont en mesure que d'exercer deux de leurs fonctions.

Dans ce qui suit, nous fournissons une description détaillée de cette démarche. Dans un premier temps, nous expliquons les raisons pour lesquelles les deux méthodes de recherche en droit précitées sont utiles pour répondre à notre question de recherche (point 2.1). Dans un deuxième temps, nous présentons de manière approfondie la double évaluation multicritère que les deux

174 Voir point 5.1.3.

méthodes de recherche nous permettent de conduire ainsi que l'objet de cette évaluation, à savoir les modes d'implication parlementaire (point 2.2). Finalement, nous annonçons la structure de la présente thèse (point 2.3).

2.1. Les méthodes de recherche

Deux méthodes de recherche se sont imposées pour étudier les modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple international. La présente thèse se trouve à l'intersection du droit international public et du droit public suisse. Elle analyse, du point de vue de l'ordre juridique national, l'interaction entre un acteur national et un phénomène de droit international. En d'autres termes, elle aspire à évaluer la prise en compte d'un phénomène de droit international, à savoir le droit international souple, dans l'ordre juridique suisse, mais elle apprécie également la contribution des moyens disponibles dans cet ordre au dudit phénomène de droit international. Ainsi, dans son intégralité, cette évaluation nous permet d'observer, d'un côté, si et comment les modes d'implication parlementaire disponibles habilitent l'Assemblée fédérale à exercer ses différentes fonctions dans le domaine du droit souple et de l'autre, comment leur utilisation par les parlementaires suisses apporte de la légitimité aux instruments internationaux de droit souple. Un tel sujet touchant à plusieurs branches du droit nécessite une approche transversale ; nous évaluons donc les modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple au moyen de la méthode doctrinale en droit (point 2.1.1) et de la méthode contextuelle (point 2.1.2)[175].

2.1.1. La méthode doctrinale

Tout d'abord, nous adoptons la méthode de recherche doctrinale en droit afin de définir les contours et le fonctionnement des règles de droit étudiées. Nous l'utilisons pour déterminer si les modes d'implication parlementaire s'appliquent à la participation parlementaire dans le domaine du droit souple[176], mais aussi pour apprécier la satisfaction des modes d'implication parlementaire à certains critères d'évaluation[177]. Plus concrètement, il s'agit ici d'une interprétation des dispositions légales pertinentes de droit suisse et de droit international. Nous utilisons les méthodes d'interprétation reconnues en droit public suisse, en les appliquant les unes à côté des autres selon le pluralisme

175 TAEKEMA et VAN DER BURG, *Contextualising Legal Research, A Methodological Guide* (Cheltenham : 2024), pp. 93 ss.

176 Par exemple, voir point 4.1.2.

177 Par exemple, voir point 5.2.2.1.

méthodologique pragmatique tel qu'observé par le Tribunal fédéral[178] et en soutenant notre recherche par des ouvrages de doctrine et des documents issus de l'administration fédérale et de l'Assemblée fédérale. Le pluralisme méthodologique pragmatique réside principalement dans le refus du Tribunal fédéral d'instaurer une quelconque hiérarchie entre les différentes méthodes d'interprétation, que nous exposons dans le prochain paragraphe, et sa prise de décision axée sur les résultats[179]. En faisant un parallèle entre les méthodes d'interprétation du droit national et international par le Tribunal fédéral, AMMANN identifie qu'il s'agit, en effet, des mêmes méthodes d'interprétation[180]. La différence se trouve au niveau des processus législatifs nationaux et internationaux, mais pas au niveau des méthodes d'interprétation[181].

Le point de départ est l'interprétation grammaticale ou littérale, c'est-à-dire que l'examen primaire porte sur le texte et le sens des mots et comprend une comparaison des différentes versions linguistiques[182]. Ensuite, la disposition doit être lue dans son contexte normatif (interprétation systématique) ; premièrement celui de l'acte normatif duquel elle est issue, puis celui des autres actes législatifs et normes constitutionnelles relatives à la participation du Parlement en matière de droit international. Puis, l'interprétation historique permet, sous son volet subjectif, d'identifier la volonté subjective du législateur ainsi que de déterminer la signification objective d'une norme au moment de son élaboration, sous son volet objectif. Par la suite, l'interprétation contemporaine s'intéresse au sens de la norme tel qu'il apparaît au moment de son application. Enfin, le sens et le but (*ratio legis*) de la norme doivent être déterminés dans le cadre de l'interprétation téléologique. Lorsque les méthodes d'interprétation aboutissent à des résultats contradictoires, il convient de procéder à une évaluation et donner la priorité à la solution qui reflète le mieux le « sens véritable » de la norme en fonction des circonstances de l'espèce[183]. C'est dans ce dernier aspect que nous retrouvons l'élément *pragmatique* du pluralisme méthodologique pragmatique suivi par le Tribunal fédéral[184].

178 ATF 131 III 314, consid. 2.2.

179 AMMANN, *Domestic Courts and the Interpretation of International Law* (Leiden : 2019), p. 124. Pour les forces et les faiblesses du pluralisme méthodologique pragmatique, voir ibid., pp. 124-126.

180 Ibid., pp. 265-266.

181 Ibid.

182 Par souci d'exhaustivité, les méthodes d'interprétation sont brièvement présentées ici. Pour plus de détails à propos des méthodes d'interprétation en droit suisse, voir GONIN, *Droit constitutionnel suisse* (Genève, Zurich : 2021), pp. 285-304 ; HÄFELIN et al., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (Zurich : 2020), pp. 24-32.

183 ATF 140 V 458, consid. 5.1.

184 AMMANN, Domestic Courts, p. 123.

Même si le Tribunal fédéral refuse de soumettre les différentes méthodes d'interprétation à un ordre de priorité[185], l'interprétation historique peut se trouver dans un rapport de tension avec l'interprétation contemporaine, car la première détermine le sens de la norme au moment de son adoption et la seconde priorise sa compréhension au moment de l'interprétation[186]. Ce débat est particulièrement important pour notre démarche, car les dispositions pertinentes pour le présent travail de recherche peuvent être considérées, d'une part comme récentes et d'autre part, comme ouvertement formulées en présence d'une évolution des circonstances. Nous verrons donc qu'il convient de tenir compte de la tendance vers la réglementation internationale par le droit souple ainsi que du dynamisme du partage des compétences dans l'interprétation des dispositions relatives à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. Dans le cas des normes récentes, HÄFELIN et al. considèrent que l'interprétation historique prime sur l'interprétation contemporaine, sauf si la disposition est formulée de manière ouverte et si les circonstances ont évolué (développements techniques ou sociétaux), ou la conception du droit a changé depuis l'adoption de la disposition[187]. Dans le même sens, TSCHANNEN considère que l'interprétation contemporaine est particulièrement adaptée pour les dispositions constitutionnelles ouvertes car, dans ces cas, le constituant a déjà lui-même admis l'intégration des circonstances actuelles[188].

Nous rejoignons PETRIG, SINZ et LANZ sur le constat que tel peut être le cas des dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes pour la participation parlementaire dans le domaine du droit souple international, notamment les art. 166 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. féd.)[189], 152 LParl et 5*b* OLOGA adoptés en 2002 et 2016 respectivement[190]. En effet, malgré l'existence de longue date du droit souple et de sa prise en compte lors de l'élaboration de ces différentes dispositions, il n'était pas possible d'anticiper la croissance quantitative de ces instruments, ni leur gain en importance exponentiel dans la réglementation internationale en défaveur de la législation internationale

185 ATF 131 III 314, consid. 2.2.

186 HÄFELIN et al., Bundesstaatsrecht, p. 28; GONIN, Droit constitutionnel, p. 294; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 52.

187 HÄFELIN et al., Bundesstaatsrecht, p. 28; À titre d'exemple, le Tribunal fédéral a recouru à l'interprétation contemporaine dans un arrêt portant sur le droit de vote des femmes, ATF 116 Ia 359, consid. 5c cité dans GONIN, Droit constitutionnel, p. 296.

188 TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Berne : 2021), p. 66.

189 RS 101.

190 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 52-53 ; LANZ, *Bundesversammlung und Aussenpolitik: Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung* (Zurich, Saint-Gall : 2020), pp. 48-50.

formelle[191]. De plus, le contenu de ces dispositions n'a pas été formulé de manière rigide. Au contraire, comme nous le verrons, elles contiennent de nombreuses notions juridiquement indéterminées et des listes uniquement exemplatives[192]. En outre, la Constitution fédérale conçoit le partage des compétences en matière de politique extérieure entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale de manière dynamique, en ce sens que celui-ci repose sur une réévaluation constante de leur collaboration et la redéfinition de leurs rôles à la lumière des développements actuels[193]. Ainsi, il convient de garder à l'esprit les circonstances changeantes quant à la popularité du droit souple international, ainsi que la conception dynamique du partage horizontal des compétences en politique extérieure lors de l'interprétation historique des dispositions pertinentes.

Dans le cadre de l'interprétation de certaines dispositions du droit suisse pertinentes pour l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, nous nous appuyons sur l'avis de droit de PETRIG et SINZ. En 2021 sur mandat du CPA, ces autrices ont réalisé un avis de droit portant sur le cadre juridique suisse relatif à la participation parlementaire dans le domaine du droit souple en comparaison avec quelques autres pays sélectionnés. Cet avis de droit s'inscrivait dans une démarche plus large de la sous-commission « Participation du Parlement dans le domaine de droit souple (soft law) » des CPE visant à mener une évaluation de la pratique de l'administration fédérale sur l'information et la consultation de l'Assemblée fédérale dans le domaine du droit souple[194]. Dès lors, l'avis de droit s'est fortement focalisé sur les droits de participation parlementaires spécifiques à la politique extérieure, dont l'information et la consultation font partie, et PETRIG et SINZ ont effectué une interprétation minutieuse de certaines normes du cadre juridique suisse pertinentes pour notre question de recherche, notamment les art. 152 LParl[195] et 5*b* OLOGA[196]. Comme nous le verrons, les droits de participation parlementaires spécifiques à la politique extérieure constituent l'un des cinq modes d'implication parlementaire que nous avons identifiés et que nous évaluons[197]. Il convient donc d'interpréter ces dispositions également dans le contexte de la présente thèse. Nous ne répéterons pas l'analyse déjà réalisée par PETRIG et SINZ, mais

191 PAUWELYN et al., Shackles, p. 734.

192 Voir point 5.1.2.

193 LANZ, Bundesversammlung, p. 49; EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 21.

194 Rapport CPA, p. 3.

195 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 82 ss.

196 Ibid., pp. 122 ss.

197 Voir point 2.2.1.2.

nous nous appuyons sur celle-ci afin de mener à bien notre double évaluation. En d'autres termes, nous ferons des renvois à l'étude de PETRIG et SINZ concernant l'interprétation juridique de certaines dispositions, tout en développant d'éventuels points de désaccord avec ces autrices. À titre d'exemple, nous nous éloignons de l'interprétation téléologique effectuée par PETRIG et SINZ en considérant qu'une obligation de justifier son choix pèse sur le Conseil fédéral lorsqu'il s'écarte de l'avis consultatif de la commission parlementaire au sens de l'art. 152, al. 3 ou al. 5 LParl[198].

2.1.2. La méthode contextuelle

Afin de répondre à notre question de recherche, nous devons également adopter une méthode de recherche additionnelle, à savoir l'appréciation du droit dans le contexte et ce, sous deux aspects. L'approche contextuelle consiste à aborder une question juridique dans une perspective large, en utilisant des éléments provenant d'autres sciences humaines et sociales, ainsi que de toute autre discipline permettant d'expliquer le fonctionnement pratique du phénomène juridique étudié[199]. Cette approche est particulièrement adéquate pour notre thèse qui s'intéresse au monde juridique globalisé, dont la question de recherche se focalise sur l'interaction du système juridique international avec les normes internationales[200] et qui nous invite à faire face aux

198 Voir point 5.2.2.1.

199 Selon CORTEN, « L'objet de la sociologie du droit est de confronter des règles juridiques ou des concepts de droit international à la réalité sociale existante » et « [ ] questionnements intermédiaires, qui serviront en définitive à répondre à des questions plus larges, questions qui renverront souvent à une explication politique ou sociologique », CORTEN, Méthodologie, pp. 27, 29. Voir aussi DEPLANO et TSAGOURIAS, *Introduction* in Research Methods in International Law (Cheltenham : 2021), pp. 2-3; NOURSE et SCHAFFER, *Empiricism, Experimentalism, and Conditional Theory*, p. 150; SCHAFFER, *The New Legal Realist Approach to International Law*, p. 195; SNYDER, Establishing Law in Context, An Insider's Perspective, Verfassungsblog 2024.

En Suisse, COTTIER étudie ces mouvements, notamment l'approche sociojuridique dans le domaine du droit de la famille, voir COTTIER, *Adapting Inheritance Law to Changing Social Realities: Questions of Methodology from a Comparative Perspective*, COTTIER, *Activité législative en droit civil et droit comparé : vers une approche socio-juridique* in Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel. Entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique (Genève : 2019), pp. 79-85 et COTTIER, *Zur rechtssoziologischen Vermessung der Abschaffung, Transformation und Entformalisierung von Recht. Eröffnungsvortrag zum Vierten Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen «Abschaffung des Rechts?», Universität Basel, 13. September 2018*, pp. 241-251 cités dans KAEMPFER, *Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses, Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE* (Zurich : 2023), p. 14.

200 VAN GESTEL et MICKLITZ, *Why Methods Matter in European Legal Scholarship*, p. 310.

frontières floues, notamment entre le droit et la politique[201]. Comme soulevé par TAEKEMA et VAN DER BURG, dans le cadre de cette approche, bien que la méthode principale reste la recherche doctrinale, l'utilisation de disciplines complémentaires contribue à une compréhension plus riche du droit[202]. Plus précisément, ces auteurs identifient trois contextes généraux : empirique, théorique et normatif. Selon eux, un travail de recherche d'évaluation, tel que le nôtre[203], devrait, pour être convaincant, adopter non seulement une approche de recherche normative mais aussi de recherche empirique[204]. La méthode doctrinale qui vient d'être exposée à la section précédente s'inscrit dans cette approche de recherche normative. Dans le cadre du contexte empirique qui nous intéresse ici, ces auteurs identifient quatre contextes plus spécifiques pertinents pour comprendre le droit : les contextes **socio-politique, économique, historique** et **pratique**[205]. Deux parmi ces quatre contextes sont reflétés dans notre choix méthodologique, à savoir les contextes socio-politique et pratique. Nous abordons brièvement les deux contextes exclus de notre méthode contextuelle et les raisons derrière leur exclusion avant de présenter les deux contextes retenus et comment nous les utilisons concrètement.

Les contextes **historique** et **économique** sont exclus de la méthode contextuelle utilisée dans la présente thèse. Le contexte historique qui consiste à étudier la situation historique à un moment pertinent, par exemple lors de l'adoption d'une nouvelle législation, ou à retracer les différentes versions des règles de droit[206] rejoint, en fait, une partie de la méthode doctrinale, à savoir l'interprétation historique d'une disposition. En d'autres termes, le contexte historique est déjà pris en compte en utilisant la méthode doctrinale. Le contexte économique, quant à lui, constitue une extension du contexte politique (ou socio-politique) notamment dans les domaines du droit privé et commercial, en ce sens que les considérations économiques peuvent présenter un lien direct avec la manière dont le droit est appliqué ou avec les raisons de son existence[207]. Même si certaines considérations économiques en lien avec l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple sont abordées dans la conclusion, notamment comment le manque de ressources peut limiter l'engagement parlementaire[208], nous ne pouvons pas les considérer comme

201 SELZNICK, Law in Context Revisited, p. 178.
202 TAEKEMA et VAN DER BURG, Methodological Guide, p. 93.
203 Voir point 2.2.
204 TAEKEMA et VAN DER BURG, Methodological Guide, p. 94.
205 Ibid., pp. 98-99.
206 Ibid., p. 99.
207 Ibid., pp. 98-99.
208 Voir point 9.2.1.3.

directement et suffisamment influentes sur la manière dont les dispositions légales sont appliquées pour adopter une perspective économique de leur interprétation.

La méthode contextuelle se manifeste principalement de trois manières dans la présente thèse. Notre modèle d'évaluation repose, en premier lieu, sur l'approche de l'analyse multicritère, un outil méthodologique principalement élaboré dans des disciplines extérieures au droit, mais dont l'application tend à se développer progressivement au sein de la recherche juridique[209]. Ensuite, comme nous le verrons dans la prochaine section, les critères de cette analyse sont issus d'une autre branche, à savoir les sciences politiques, car ils reposent sur la littérature relative à la raison d'être d'un parlement[210]. La prise en compte du **contexte socio-politique** conduit à une meilleure compréhension du droit, en ce sens qu'elle vise à observer les choix politiques qui sous-tendent les dispositions légales ainsi que les évolutions sociales qui ont influencé ces choix politiques[211]. En visant à apprécier l'apport de légitimité des modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, cette évaluation s'inscrit donc dans l'étude du contexte socio-politique autour des règles de droit étudiées. En outre, la perspective socio-politique est surtout adoptée dans la discussion de nos résultats, tels que la sous-exploitation des relations extérieures de l'Assemblée fédérale en tant que mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple[212], mais aussi dans l'examen d'adoption de nouvelles dispositions légales pertinentes, par exemple l'art. 5b OLOGA[213] ou encore de modifications de la pratique[214]. Deuxièmement, l'analyse doctrinale ne suffit pas pour déduire la satisfaction à certains critères de création de légitimité de certains modes d'implication parlementaire, ou pour déterminer la phase temporelle de l'instrument de droit souple lors de laquelle ils s'avèrent pertinents. C'est dans ces cas qu'il convient de confronter un concept juridique, en l'occurrence le mode d'implication parlementaire, à la réalité sociale existante[215]. Le **contexte pratique** vise à apprécier la manière dont les acteurs de la pratique, juridique ou sociale, utilisent et perçoivent le droit, les politiques des acteurs et des institutions, ainsi que les activités et les points de

209 Voir LINDELL, *Multi-criteria Analysis in Legal Reasoning* (Cheltenham : 2017) et point 2.2.2.1.

210 La diversité méthodologique est l'une des caractéristiques du courant *New Legal Realism*. TALESH et al., *Introduction to the Research Handbook on Modern Legal Realism* in Research Handbook on Modern Legal Realism (Cheltenham : 2021), p. 2.

211 TAEKEMA et VAN DER BURG, Methodological Guide, p. 98.

212 Voir point 9.2.1.3.

213 Voir point 5.1.2.1.3.

214 Voir point 9.2.1.4.

215 CORTEN, Méthodologie, p. 27.

vue des personnes concernées[216]. Cette prise en compte du contexte pratique intervient notamment en étudiant certains documents, par exemple des documents internes à l'administration fédérale[217], des débats parlementaires, des interventions parlementaires et des prises de position publiques, ou encore en échangeant directement avec les acteurs concernés[218]. De plus, cette appréciation des modes d'implication parlementaire dans le contexte pratique est également réalisée par l'intermédiaire du rapport du CPA dans le cadre duquel des entretiens avec les principaux acteurs de la problématique qui nous occupe ont été effectués[219].

Au vu de ce qui précède, la présente thèse s'appuie sur l'approche doctrinale comme méthode de recherche principale, tout en utilisant un modèle d'évaluation s'inspirant des matériaux et des concepts de sciences politiques. Elle intègre, en outre, une analyse contextuelle, une sous-catégorie des approches sociojuridiques, puisque la méthode doctrinale s'avère insuffisante pour conclure à la (absence de) satisfaction des critères de création de légitimité ou pour déterminer la phase temporelle pertinente. L'usage combiné de ces méthodes nous permet non seulement de constater ce qui est juridiquement possible, mais également de comprendre comment les modes d'implication parlementaire à disposition pourraient être exploités par les acteurs et d'observer des éventuels potentiels d'optimisation. Après avoir exposé nos méthodes de recherche, nous procédons désormais à la définition de l'objet de notre recherche, à savoir les modes d'implication parlementaire et à la présentation détaillée de notre modèle d'évaluation multicritère, spécifiquement conçu pour l'appréciation de ces derniers. La définition du droit souple, quant à elle, fait l'objet du chapitre 3.

2.2. La double évaluation des modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple

Afin d'apprécier la légitimité démocratique que la participation de l'Assemblée fédérale apporte au droit souple international, nous avons développé un outil de double évaluation des modes d'implication à sa disposition dans le domaine du droit souple. Le premier volet de notre évaluation vise à observer

216 TAEKEMA et VAN DER BURG, Methodological Guide, p. 99 ; KAEMPFER, Mécanismes, p. 14.

217 Par exemple, Direction du droit international public, Aide-mémoire sur le droit souple.

218 Cette approche se concrétise notamment par « l'analyse de documents et la réalisation d'entretiens », COTTIER, Activité législative en droit civil et droit comparé : vers une approche socio-juridique, p. 81 cité dans KAEMPFER, Mécanismes, p. 14.

219 Rapport CPA, pp. 58-59.

si et comment un mode d'implication permet à l'Assemblée fédérale d'exercer ses différentes fonctions et d'apporter ainsi de la légitimité à l'instrument international de droit souple. Par la suite, l'objectif du second volet est de déterminer à quel moment de la vie d'un instrument de droit souple, le mode en question permet à l'Assemblée fédérale d'intervenir. Afin de mener à bien cette double évaluation, nous utilisons les méthodes de recherche précédemment exposées. Finalement, la conclusion de l'évaluation de chaque mode est consacrée à l'entrecroisement des deux volets, nous permettant d'établir ainsi comment l'exercice desdites fonctions, et donc l'apport de légitimité par l'Assemblée fédérale, varie durant la vie d'un instrument de droit souple[220].

Pour rappel, Anne a été consultée sur le projet d'imposition de l'économie numérique du G20 et de l'OCDE en tant que membre de la CPE-N. Dans ce cadre, la CPE-N a émis un avis consultatif. En l'espèce, il s'agit de l'obligation de consultation des CPE qui s'inscrit dans les droits de participation parlementaires spécifiques à la politique extérieure, un mode d'implication parlementaire découlant de l'art. 152 LParl. Le premier volet de notre double évaluation examine si et comment la consultation des CPE apporte de la légitimité au projet d'imposition de l'économie numérique du G20 et de l'OCDE **(évaluation selon l'apport de légitimité).** Pour effectuer cette première évaluation nous nous demandons si cette consultation répond à cinq critères, c'est-à-dire si elle permet aux membres de l'Assemblée fédérale de façonner ledit projet, d'y consentir, de politiser à son sujet, de jouer leur rôle de représentant démocratique dans ce cadre et de surveiller le comportement du Conseil fédéral en la matière. En l'espèce, la consultation de la CPE-N permet à ses membres de façonner le contenu du projet, de surveiller le comportement du Conseil fédéral en la matière, de politiser son contenu et d'agir en tant que représentants démocratiques. Par conséquent, un score d'apport de légitimité de quatre points doit lui être accordé. Le second volet de la double évaluation nous permet de déterminer à quel moment de vie du projet d'imposition de l'économique numérique du G20 et de l'OCDE la consultation de la CPE-N permet à ses membres d'intervenir **(évaluation selon le moment de l'implication).** Nous observons que la consultation a eu lieu, en l'espèce, durant la création de l'instrument, mais que cette obligation peut également être déclenchée avant ou après la création de droit souple. Dès lors, l'obligation de consultation peut intervenir avant, durant ou après la création de l'instrument international de droit souple. Dans le présent exemple, l'entrecroisement des résultats des deux volets de notre double évaluation nous permet d'arriver à la conclusion principale suivante. L'obligation de consulter peut permettre à Anne et ses collègues membres de la CPE-N

220 Points 4.4, 5.4, 6.4, 7.4, 8.4.

de façonner l'instrument de droit souple objet de la consultation, de politiser à son sujet, d'exercer leur rôle de représentants démocratiques et de surveiller les agissements du Conseil fédéral avant et durant la création dudit instrument. Si, toutefois, la consultation a lieu après cette création, Anne et ses collègues ne sont en mesure que de représenter et de surveiller.

Comme nous venons de l'exposer, cet outil de double évaluation nous permettra de procéder à une analyse d'apport de légitimité et de pertinence temporelle pour chacun des cinq modes d'implication parlementaire identifiés. Grâce aux résultats qui découleront de ces évaluations individuelles, nous serons, par la suite, en mesure de déterminer le moment optimal pour l'implication parlementaire, c'est-à-dire la phase temporelle lors de laquelle l'implication de l'Assemblée fédérale permet l'apport le plus important en termes de légitimité, ainsi que de comparer les modes d'implication parlementaire, de les pondérer et de proposer des solutions de cumul.

Cette section présente notre outil d'évaluation en quatre étapes. Premièrement, nous définissons l'objet de notre évaluation, à savoir la notion de « mode d'implication parlementaire » au sens de la présente thèse, et énumérons les cinq modes d'implication parlementaire identifiés comme pertinents pour le domaine du droit souple (point 2.2.1). Deuxièmement, nous expliquons de manière minutieuse comment nous évaluons l'apport de légitimité de ces modes d'implication parlementaire aux instruments internationaux de droit souple (point 2.2.2). Troisièmement, nous faisons de même pour le second volet de notre évaluation en présentant notre conception des phases de vie d'un instrument de droit souple (point 2.2.3). Quatrièmement, nous expliquons comment nous effectuons l'entrecroisement de ces deux volets de l'évaluation pour chaque mode d'implication parlementaire (point 2.2.4).

2.2.1. L'objet de l'évaluation : les modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple

L'objet de notre évaluation est déterminé en deux temps. Dans un premier temps, nous définissons le terme « mode d'implication parlementaire » au sens de la présente thèse (point 2.2.1.1). Dans un second temps, nous énumérons les cinq modes identifiés comme pertinents pour l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple et expliquons les raisons derrière ces choix (point 2.2.1.2). La notion de droit souple fait également partie des termes clés de notre travail de recherche. Elle n'est pas traitée dans la présente section, car une importante partie du chapitre 3 est consacrée à sa définition[221].

221 Voir point 3.2.2.

2.2.1.1. Le terme clé : mode d'implication parlementaire

La présente section traite des modes d'implication parlementaire *(Modi der parlamentarischen Beteiligung / modi d'implicazione parlamentare / modes of parliamentary implication)* en examinant les termes un à un (« mode », « d'implication » et « parlementaire ») afin de parvenir à une définition de la notion globale. Comme nous le verrons dans la section suivante, ce terme inclut, par exemple, les différentes interventions parlementaires[222], les renvois à d'autres textes contenus dans les dispositions légales[223] ou encore les activités internationales des membres de l'Assemblée fédérale[224].

Il convient tout d'abord d'expliquer la notion d'« implication » parlementaire. Les dispositions constitutionnelles et légales[225], la doctrine[226] et les acteurs concernés[227] utilisent la terminologie de « participation » parlementaire dans le contexte de la politique extérieure. Le concept sur lequel nous nous penchons ici est identique, or nous considérons le terme « implication » plus approprié, car le verbe « participer » à l'art. 166 Cst. signifie prendre part à quelque chose, à une action, ici à la définition de la politique extérieure[228]. L'art. 166, al. 1 établit ainsi un droit et une obligation de participation de l'Assemblée fédérale. EHRENZELLER parle alors de cette dernière en tant que *mitverantwortlicher Entscheidungsträger* en politique extérieure[229]. En « participant » au sens de l'art. 166 al. 1 Cst., l'Assemblée fédérale ne doit pas simplement légitimer l'action du Conseil fédéral sur le plan de la politique extérieure, mais faire preuve d'un comportement proactif en agissant sur sa propre initiative et selon les procédures en vigueur[230]. Autant la Constitution fédérale que la LParl se fondent sur une conception large de la notion de « participation » qui peut comprendre un comportement actif de l'Assemblée fédérale, par exemple la remise d'une prise de position dans le cadre d'une consultation ou un comportement passif de celle-ci, comme la simple réception d'une information[231].

222 Voir points 4.1.1.1.3 et 4.1.1.2

223 Voir point 7.1.1.1.

224 Voir point 8.1.1.

225 Notamment l'art. 166 Cst. et les art. 24 et 152 LParl.

226 À titre d'exemple, PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 75 ss.

227 Rapport CPA, p. 1 ss; Rapport CF Soft Law, pp. 1 ss.

228 PROTIC, *Commentaire de l'art. 166 Cst.* in *Commentaire en ligne de la Constitution fédérale* (2023), N 8.

229 « Décideur coresponsable » [traduction libre]. EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166, N 17.

230 Ibid. N 18.

231 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 75.

Malgré cette vision élargie de la « participation », ce terme sous-entend, à notre avis, surtout un comportement actif dans la terminologie française. Selon le dictionnaire Larousse, ce verbe veut dire « assumer une partie d'une action, d'une tâche »[232]. Le verbe « impliquer » signifie, quant à lui, « attribuer à quelqu'un une part de responsabilité dans une affaire » et sa version pronominale « mettre beaucoup de soi-même dans ce qu'on fait »[233]. Nous privilégions ainsi le terme « implication », car celui-ci représente de manière plus adaptée, au niveau linguistique, les aspects actifs et passifs de la « participation » ; l'Assemblée fédérale peut s'impliquer dans le domaine du droit souple de son propre gré ou elle peut y être impliquée par le Conseil fédéral.

Il est également question ici de l'implication « parlementaire ». Pour qu'une implication soit « parlementaire », celle-ci peut provenir de toutes les formations de l'Assemblée fédérale (les membres individuels, les président d'une commission, les groupes politiques, les sous-commissions, les commissions, les conseils ou le plénum). Un seul ou les deux conseils de l'Assemblée fédérale peuvent être impliqués, on parle alors d'une implication « globale » ou des instruments « globaux » à sa disposition[234]. Parfois, l'implication dite « globale » peut se limiter aux collèges présidentiels des conseils. Quant à l'implication des commissions parlementaires, notre question de recherche est particulièrement concernée par les CPE et leurs présidents, mais également par d'autres commissions thématiques qui participent à la politique extérieure selon le domaine concerné. Les CPE remplissent la fonction de charnière entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale notamment grâce aux droits spécifiques qui leur sont octroyés en vertu de l'art. 152 LParl[235]. Enfin, l'implication des députés individuels est également prise en compte dans la présente thèse. Celle-ci peut prendre la forme de l'exercice des outils d'implication « individuels » ou de toute autre situation où le parlementaire agit de manière individuelle dans le domaine de la politique extérieure. Il convient ici de préciser que les actions de ces différents acteurs ne sont pas mutuellement exclusives, mais peuvent bel et bien se cumuler. Une telle cumulation est propice à renforcer l'implication parlementaire, mais risque parfois de produire des chevauchements[236].

232 « Participer » in Larousse en ligne.

233 « Impliquer, s'impliquer » in Larousse en ligne.

234 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 76.

235 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 34 ; SÄGESSER, *Die Informationsrechte der Ratsmitglieder und der parlamentarischen Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz*, p. 72 ; LÜTHI, *Die Stellung der Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz*, p. 62.

236 Voir point 9.2.1.1.

Les différentes possibilités d'implication parlementaire sont regroupées ici sous le terme général de « modes » d'implication. Au sens de la présente thèse, cette notion va au-delà de ce qui est classifié sous le terme général d'« instrument de participation ». Dans la loi et la doctrine actuelle, ces derniers englobent des instruments généraux de participation parlementaire tels que des interventions parlementaires[237] ainsi que les droits de participation spécifiques à la politique extérieure, notamment les droits à l'information et à la consultation figurant à l'art. 152 LParl[238]. Le CPA qualifie également d'« instrument » de participation à disposition de l'Assemblée fédérale les délégations auprès des assemblées parlementaires internationales et l'entretien des relations avec les parlements étrangers au sens de l'art. 24, al. 4 LParl[239]. Notre thèse, quant à elle, vise un objet d'évaluation plus large tout en incluant les instruments et droits de participation précités. Nous tâchons ainsi d'observer tout engagement que l'Assemblée fédérale peut avoir avec le droit souple international (*mapping*). Avec cette vision plus vaste de l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, on parle de « modes » plutôt que d'« instruments ». Ainsi, nous ouvrons la possibilité d'examiner tout « mode » qui n'est pas désigné « droit » ou « instrument » de participation dans la législation mais qui peut, néanmoins, donner une opportunité au Parlement de prendre part aux processus de droit souple, tout « mode » existant dans le droit suisse mais qui n'est pas encore applicable au droit souple[240] ainsi que tout « mode » non-normalisé, mais existant dans la pratique[241].

Au vu de ce qui précède, nous définissons les modes d'implication parlementaire en tant que toute opportunité disponible à toutes les formations de l'Assemblée fédérale ou à ses membres de prendre part, de leur propre initiative ou sur l'initiative du Conseil fédéral, à la politique extérieure et en identifions cinq pertinents pour le domaine du droit souple international.

2.2.1.2. Les cinq modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple

Après avoir expliqué ce que nous entendons par les termes clés « mode », « implication » et « parlementaire », cette section présente les « modes d'implication parlementaire » identifiés pour mener à bien notre analyse. Nous avons

237 Rapport CPA, p. 17 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 76.

238 Rapport CPA, p. 2.

239 Ibid., p. 17.

240 L'approbation, voir chapitre 6.

241 La reprise du droit souple dans l'ordre juridique interne, voir chapitre 7.

débuté cette recherche par une phase exploratoire. L'objectif était alors d'observer la plus grande variété de manières dont l'Assemblée fédérale interagit aujourd'hui avec le droit souple international, que ce soit en influençant le comportement du Conseil fédéral ou en agissant directement sur la scène internationale. Nous avons ainsi pu constater que le débat sur la participation parlementaire en matière de droit souple en Suisse se focalise fortement sur les droits de participation de l'Assemblée fédérale spécifiques à la politique extérieure et leur adaptabilité au droit souple[242]. La doctrine suisse analyse également brièvement les instruments parlementaires généraux[243], comme la doctrine étrangère qui reste autrement modeste à propos de notre problématique[244]. L'analyse comparée dans l'avis de droit de PETRIG et SINZ confirme que la participation parlementaire au *soft law* est moins développée dans les pays examinés qu'en Suisse, en ce sens que, par rapport aux pays de comparaison, l'ordre juridique suisse prévoit des possibilités d'implication parlementaire plus étendues en matière de droit souple international[245].

Nous nous sommes rapidement aperçue que certains modes d'implication dont le Parlement bénéficie ou pourrait bénéficier restent sous-exploitées ou simplement ignorés par la doctrine suisse. Les relations extérieures de l'Assemblée fédérale ne sont mentionnées que de manière superficielle en tant qu'instrument de participation parlementaire par la doctrine suisse[246], alors que le concept de coopération interparlementaire intéresse considérablement la littérature internationale actuelle[247]. Par exemple, le « Guide des bonnes pratiques de l'Union interparlementaire (UIP) relatif au Parlement et la démocratie au vingt-et-unième siècle », un document s'appuyant sur les contributions de 75 parlements nationaux, indique que la participation active du parlement aux dossiers internationaux peut s'effectuer par diverses manières cumulatives : « [...] procédures de suivi par le Parlement des négociations internationales, contrôle des prises de position gouvernementales et de contribution à

242 Notamment, PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 82-157 ; PETRIG, Democratic Participation, pp. 18-22 ; NAEF, *Soft Law und Gewaltenteilung*, pp. 1109 ss ; LANZ, Bundesversammlung, pp. 222-225.

243 Notamment, PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 75-81 ; SINZ, Internationales Soft Law, pp. 84-92 ; LANZ, Bundesversammlung, pp. 222-225.

244 Notamment, RIEMER et SCHÄFER, A letter from the Bundestag or How the Global Compact on Migration shed new light on parliamentary participation in informal international lawmaking ; SINZ, Internationales Soft Law, pp. 73-83.

245 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 186.

246 À titre d'exemple, SCHWAB, *L'émergence de la diplomatie parlementaire – pratique, défis et risques* (présenté à l'Association des Secrétaires généraux de Parlements, Genève, 2013).

247 À titre d'exemple, MAUS, *Le cadre institutionnel de la diplomatie parlementaire* ; PÉJO, *La Diplomatie parlementaire* (Paris : 2020) ; voir point 8.1.1.2.

ces négociations ; mécanismes permettant le passage au crible parlementaire des activités des organisations internationales, ainsi que la participation à leurs débats ; [ ] coopération interparlementaire et diplomatie parlementaire »[248]. Le potentiel des relations extérieures de l'Assemblée fédérale en tant que mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple reste donc largement inexploité.

La reprise du droit souple international dans le droit national n'est, quant à elle, jamais explorée en tant que mode d'implication parlementaire à part entière. Par exemple, PETRIG et SINZ l'utilisent uniquement comme critère de détermination du droit souple pertinent pour la participation parlementaire dans leur avis de droit[249], mais ne l'examinent pas en tant que mode d'implication parlementaire au même titre que les outils généraux de participation parlementaire et les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure. À notre avis, la reprise du droit souple dans le droit suisse mérite d'être abordée en tant que mode d'implication indépendant car, comme nous le verrons au chapitre 7, en incluant un renvoi à un instrument international de droit souple dans la législation, l'Assemblée fédérale interagit directement avec celui-ci. Il convient de marquer ici la distinction entre les objectifs distincts de notre travail et ceux de l'avis de droit précité. Tandis que le présent travail de recherche adopte une vision large en ambitionnant l'évaluation de tout engagement de l'Assemblée fédérale et de ses membres avec les instruments internationaux de droit souple, l'avis de droit de PETRIG et SINZ visait à répondre à un mandat du CPA qui exigeait une focalisation sur les art. 152 LParl et 5b OLOGA dans la présentation du cadre juridique suisse sur les « instrument de participation », une étude de droit comparée de ce cadre ainsi que des réponses à des questions précises sur ces deux aspects[250].

Nous avons donc constaté l'existence d'une plus large palette de possibilités d'implication parlementaire en matière de droit souple que celle abordée par la littérature jusqu'à présent. Nous avons traduit cette palette sous forme de cinq différents modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple que nous examinons dans le cadre de la présente thèse, à savoir :

248 BEETHAM, *Parlement et démocartie au vingt-et-unième siècle, Guide des bonnes pratiques* (Le Grand-Saconnex : 2006), p. 11.

249 Plus précisément, dans la détermination de la notion d'appropriation permettant d'établir le droit souple auquel l'Assemblée fédérale pourrait ou devrait participer. « Weiter kann die « Aneignung » durch Verweis auf ein Soft Law-Instrument in einem innerstaatlich rechtsverbindlichen Erlass erfolgen », « Schliesslich kann es auch zu einer bloss inhaltlichen Übernahme eines Soft Law-Instruments ins innerstaatliche Recht kommen », PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 62-63.

250 Ibid., p. 7.

— **Les outils généraux de participation parlementaire** : Ils englobent tous les instruments à disposition de l'Assemblée fédérale non-spécifiques à la politique extérieure, à savoir les outils d'informations généraux tels que les droits individuels à l'information, les droits généraux à l'information des commissions, les rapports informatifs et les interventions parlementaires d'information ainsi que les interventions parlementaires de mandat[251].
— **Les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure** : Ils se déclinent, quant à eux, en obligations du Conseil fédéral d'informer et de consulter les CPE et en droits de toutes les commissions parlementaires compétentes de demander à être informées et consultées selon l'art. 152 LParl[252]. Même s'ils ont déjà fait, ensemble avec les outils généraux de participation parlementaire, l'objet de plusieurs études de l'administration fédérale[253], des experts mandatés[254] et du CPA[255], il est inévitable de les traiter au vu de la fréquence de leur utilisation en pratique.
— **L'approbation par l'Assemblée fédérale** : Elle se définit comme l'expression d'un consentement explicite à travers un acte de droit national rendu dans le cadre de la procédure de décision interne et figurant à l'art. 166, al. 2 Cst. en ce qui concerne les traités internationaux et reste souvent écartée des études précitées en raison de sa non-applicabilité aux instruments internationaux de droit souple[256]. À notre avis, il reste adéquat de la prendre en compte en tant que mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, au regard de la soumission effective de certains instruments de droit souple à l'Assemblée fédérale pour approbation[257].
— **La reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse** : Comme susmentionné, malgré l'absence de codification de cette éventualité en tant que mode, outil ou instrument de participation, l'Assemblée fédérale interagit avec le droit souple international et exerce son rôle fondamental de législateur lorsqu'elle reprend les instruments internationaux de droit souple dans l'ordre juridique interne, que ce soit sous forme de renvoi à un instrument international de droit souple, ou de retranscription du contenu de celui-ci dans un acte normatif national[258].

251 Voir point 4.1.1.
252 Voir point 5.1.2.
253 Postulat 18.4104.
254 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten.
255 Rapport CPA.
256 Voir point 6.1.
257 Message relatif au Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations.
258 Voir point 7.1.1.

— **Les relations extérieures de l'Assemblée fédérale** : Nous leur accordons une attention particulière au vu du potentiel inexploité qu'elles présentent pour notre domaine de recherche. Cette thèse retient trois manifestations ou sous-catégories des relations extérieures de l'Assemblée fédérale pour l'étude de l'implication parlementaire dans le domaine de droit souple, à savoir la participation des membres de l'Assemblée fédérale à des délégations du Conseil fédéral, les activités au sein des organisations interparlementaires et les autres relations multilatérales et bilatérales de l'Assemblée fédérale[259].

Aussi, nous visons à évaluer la situation actuelle, en ce sens que nous nous concentrons à identifier les modes d'implication parlementaire qui existent déjà, qu'ils soient normalisés ou pas, applicables ou actuellement non applicables au droit souple international, puis analysons quand et comment ils permettent à l'Assemblée fédérale d'exercer ses fonctions. L'analyse et l'évaluation de la situation actuelle constituent des étapes préalables nécessaires aux éventuelles propositions d'adaptation ou de création de nouveaux modes d'implication parlementaire. En outre, grâce à cette sélection de modes, nous espérons être en mesure : 1) de présenter et d'analyser une certaine variété d'options visant à permettre l'engagement de l'Assemblée fédérale avec le droit souple international (*mapping*), 2) d'évaluer la légitimité apportée par l'implication de l'Assemblée fédérale durant les différentes phases de vie d'un instrument de droit souple et 3) de réfléchir si des modifications des modes d'implication parlementaire existants ou l'introduction de nouveaux seraient nécessaires ou utiles.

2.2.2. L'évaluation des modes d'implication parlementaire selon leur apport de légitimité aux instruments internationaux de droit souple

Le premier volet de notre évaluation, l'évaluation selon l'apport de légitimité, a pour intention d'apprécier si et comment chaque mode d'implication parlementaire permet à l'Assemblée fédérale d'apporter de la légitimité à l'instrument international de droit souple. Nous nous sommes inspirée, d'une part, de l'analyse multicritère développée en sciences de l'évaluation pour la création de l'outil d'évaluation, c'est-à-dire le fait d'accorder un **score d'apport de légitimité** à chaque mode d'implication parlementaire en fonction de certains

259 Voir point 8.1.1.

critères[260] et d'autre part, de la littérature sur la théorie politique des rôles et de la raison d'être d'un parlement[261] et de la littérature juridique sur la légitimité du droit international[262] pour la détermination des **cinq critères de création de légitimité.**

Cette évaluation nous permet d'étudier deux éléments. Premièrement, nous observons que l'implication du parlement dans les processus domestiques et internationaux peut contribuer à la légitimité d'un instrument de droit souple, car la démocratie peut être considérée en tant que standard d'appréciation de la légitimité. Il est vrai que des standards moins exigeants que la démocratie peuvent également être utilisés pour évaluer la légitimité internationale[263], car un *demos* international, au sens d'une communauté politique dotée d'un potentiel d'autonomie démocratique telle qu'exprimée par le concept de nation moderne[264], n'existe pas[265] et sachant que certains États ne peuvent pas être qualifiés de démocratiques[266]. Or, comme le déficit de légitimité démocratique allégué du droit souple international peut être situé au niveau de l'articulation entre les sphères internationale et nationale, des mesures impliquant le législateur national dans les deux sphères peuvent contribuer à combler ce déficit[267]. Ce constat vaut d'autant plus dans le cas de

260 À titre d'exemple: DEAN, *Multi-Criteria Analysis* in Standard Transport Appraisal Methods, Advances in Transport Policy and Planning (Amsterdam : 2020), DEAN, *Including Multiple Perspectives in Participatory Multi-Criteria Analysis : A Framework for Investigation* et DEAN, *A Practical Guide to Multi-Criteria Analysis*.

261 À titre d'exemple: KELSO, *Parliament* in The Oxford Handbook of British Politics (Oxford : 2009), NORTON, *Parliament in British Politics* (Basingstoke : 2013), VATTER, *Das Parlament in der Schweiz, Macht und Ohnmacht der Volksvertretung* (Zurich : 2018) et MARTIN et al., *The Oxford Handbook of Legislative Studies* (Oxford : 2014).

262 À titre d'exemple : WHEATLEY, *The Democratic Legitimacy of International Law* (Oxford : 2010), DOS REIS et KESSLER, *Legitimacy* in Concepts for International Law, Contributions to Disciplinary Thought (Cheltenham : 2019) et LEY, *Opposition in International Law. Alternativity and Revisibility as Elements of a Legitimacy Concept for Public International Law*.

263 BODANSKY, *Legitimacy in International Law and International Relations* in Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations (New York : 2012), p. 336.

264 ZÜRN, Democratic Governance, p. 188.

265 BODANSKY, International Relations, p. 328 ; WHEATLEY, The Democratic Legitimacy of International Law, pp. 5, 95. Pour une analyse détaillée de l'existence d'un *demos* international, voir ZÜRN, *Democratic Governance Beyond the Nation-State: The EU and Other International Institutions*, pp. 195-200.

266 BUCHANAN et KEOHANE, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, pp. 414-416 ; WOLFRUM, *Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations* in Legitimacy in International Law (Berlin, Heidelberg, New York : 2008), pp. 7-8.

267 WOLFRUM, Introductory Considerations, pp. 22-23 ; WOLFRUM, *Legitimacy in International Law*, §26.

la Suisse, un pays qui peut effectivement être considéré comme démocratique[268] et dans lequel les compétences en matière de politique extérieure sont expressément partagées entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale[269]. Deuxièmement, l'évaluation des modes d'implication parlementaire selon leur apport de légitimité nous permet de constater l'étendue effective détaillée des possibilités d'interaction de l'Assemblée fédérale avec les instruments internationaux de droit souple.

Pour parvenir à ces buts, nous avons identifié cinq critères de création de légitimité sur la base de la littérature portant sur la raison d'être et les fonctions d'un organe législatif, comme les publications de KELSO[270], NORTON[271], VATTER[272] ou encore le *Oxford Handbook of Legislative Studies*[273]. Ainsi, nous analysons, pour chaque mode d'implication parlementaire, s'il remplit entièrement, partiellement ou pas du tout les critères de création de légitimité suivants : le façonnement de l'instrument, le consentement à l'instrument, la politisation de l'instrument, la représentation et la surveillance du comportement du Conseil fédéral. Le résultat de la satisfaction à ces critères nous permet ensuite d'accorder un score de création de légitimité à chaque mode d'implication parlementaire allant d'un à cinq points[274]. Le modèle de tableau ci-dessous (Figure 1) est rempli pour chaque mode d'implication parlementaire, offrant ainsi un aperçu et une base de réflexion.

Figure 1. Modèle de tableau de satisfaction des critères de création de légitimité par le mode d'implication parlementaire examiné.

	Critères de création de légitimité				
Mode d'implication parlementaire	Façonnement	Consentement	Politisation	Représentation	Surveillance
Mode d'implication parlementaire ou un élément de celui-ci					
Score d'apport de légitimité					

268 En 2023, le score de la Suisse de l'indice de démocratie était de 9,14 sur une échelle de 0 à 10, le 8ème indice de démocratie le plus élevé au monde. KUNZ et PETERS, Voting Down International Law ; Our World in Data, Democracy Index, Switzerland.

269 Voir point 3.1.

270 KELSO, Parliament.

271 NORTON, Parliament.

272 VATTER, Das Parlament in der Schweiz, Macht und Ohnmacht der Volksvertretung.

273 MARTIN et al., The Oxford Handbook of Legislative Studies.

274 Voir point 2.2.2.4.

Avant de présenter les cinq critères de création de légitimité utilisés pour évaluer la légitimité apportée par les modes d'implication parlementaire aux instruments internationaux de droit souple (point 2.2.2.3), nous expliquons brièvement comment notre outil d'évaluation s'inspire de l'analyse multicritère (point 2.2.2.1), puis nous nous concentrons sur la notion de légitimité démocratique elle-même (point 2.2.2.2). Nous fournissons finalement des explications sur l'attribution des points et le calcul du score d'apport de légitimité (point 2.2.2.4).

2.2.2.1. L'analyse multicritère

Notre outil d'évaluation des modes d'implication parlementaire selon leur apport de légitimité s'inspire de l'analyse multicritère telle qu'elle existe en sciences de l'évaluation. L'analyse multicritère est une approche structurée utilisée pour analyser un ensemble déterminé d'options, de préférences ou d'alternatives par rapport à un ou plusieurs objectifs en les évaluant en même temps selon différents critères clairement définis[275]. Les résultats de l'évaluation des options par rapport aux différents critères sont illustrés au moyen de scores[276]. Dans cette méthodologie, les cibles et les objectifs préférables sont précisés et les caractéristiques et indicateurs correspondants sont reconnus. Le recours à cette technique d'évaluation peut permettre, par exemple, d'identifier une seule option privilégiée, de classer les différentes options évaluées ou encore de distinguer les options acceptables de celles qui ne le sont pas[277]. L'analyse multicritère a gagné en popularité depuis la fin du XX^{ème} siècle dans de nombreux domaines tels que les sciences environnementales, la finance et la planification urbaine et régionale, mais reste le plus largement utilisée dans le domaine de l'évaluation des politiques publiques en raison de la nature multidimensionnelle de ces problèmes nécessitant l'examen d'une variété d'aspects et de perspectives[278]. Dans son ouvrage *Multi-criteria Analysis in Legal Reasoning*, LINDELL appréhende cette méthodologie en tant qu'outil d'évaluation pertinent en présence de plusieurs solutions judiciaires ou législatives, mais la considère également être un outil d'analyse juridique pertinent pour toute étude où diverses circonstances doivent être appréciées dans une perspective globale[279]. Même si l'utilisation d'un outil d'évaluation puisse paraître inhabituelle

275 Department for Communities and Local Government, Multi-Criteria Analysis: A Manual, p. 19.

276 DEAN, Multiple Perspectives, p. 509, DEAN, Multi-Criteria Analysis, p. 167.

277 Multi-Criteria Analysis: A Manual, p. 19.

278 DEAN, Multiple Perspectives, pp. 507, 508-509.

279 LINDELL, Multi-criteria Analysis in Legal Reasoning, p. 8.

dans une thèse en droit, l'approche multicritère se prête particulièrement bien à l'examen de notre question de recherche en raison du fait qu'elle nous permet d'une part, de saisir la multidimensionnalité de la légitimité qui peut être générée par l'implication parlementaire et d'autre part, de disposer d'un standard uniforme pour l'appréciation et la comparaison des différents modes offerts par le cadre légal suisse.

L'analyse multicritère englobe différentes techniques ou outils qui permettent d'intégrer formellement de multiples objectifs et des critères de décision dans l'analyse d'un problème et qui présentent les éléments caractéristiques suivants identifiés par DEAN. Premièrement, une analyse multicritère contient une ou plusieurs **options**, c'est-à-dire des mesures alternatives proposées pour résoudre un problème et pour atteindre un résultat[280]. En l'espèce, les modes d'implication parlementaire identifiés et explicités au point 2.2.1.2 constituent des options qui peuvent contribuer à la légitimité démocratique des instruments internationaux de droit souple. Deuxièmement, l'analyse multicritère vise un **objectif** spécifique par rapport auquel toute option proposée est évaluée[281], à savoir la légitimité démocratique du droit souple international dans le présent cas (point 2.2.2.2). Troisièmement, elle contient des **critères**, autrement dit des indicateurs spécifiques qui apprécient la mesure dans laquelle une option répond à l'objectif[282]. Nous avons identifié cinq critères de création de légitimité qui nous permettent de déterminer si et comment chaque mode d'implication parlementaire apporte de la légitimité à un instrument de droit souple. Ils sont davantage présentés au point 2.2.2.3. Quatrièmement, la personne qui conduit une analyse multicritère attribue un **score de performance**, en ce sens qu'un chiffre sur une échelle déterminée identifie la performance d'une option par rapport aux critères et donc par rapport à l'objectif[283]. Plus ce score est élevé, plus la performance de l'option est importante. Comme nous le verrons au point 2.2.2.4, nous accordons un score d'apport de légitimité sur une échelle de zéro à cinq à chaque mode d'implication parlementaire en fonction de si et comment il répond aux critères de création de légitimité susmentionnés. Cinquièmement, les différents critères peuvent présenter des **poids** différents dans le cadre d'une analyse multicritère, en ce sens qu'un coefficient peut représenter le niveau d'importance d'un critère[284]. Tel n'est pas le cas dans la présente

280 Ibid., p. 509.
281 Ibid.
282 Ibid.
283 Ibid.
284 Ibid.

évaluation, car nous n'observons pas de différence de légitimité générée entre les différents critères.

Parmi les différentes techniques de l'analyse multicritère, notre outil d'évaluation se rapproche de ce que DEAN nomme le *Simple Multi-Criteria Summary Charts*[285]. Cette technique cherche à parvenir à un classement général approximatif des options grâce à un calcul du score de performance de chaque option comme la somme (pondérée) de ses scores de performance par rapport à chaque critère[286]. En outre, elle tend à présenter les performances des options par rapport aux différents critères principalement sous forme de tableaux, de graphiques ou de diagrammes, sans viser un score global déterminé mathématiquement[287]. Cette manière de procéder correspond exactement à notre évaluation des modes d'implication parlementaire selon leur apport de légitimité. Nous accordons un score d'apport de légitimité à chaque mode d'implication parlementaire en fonction de sa performance par rapport aux critères de création de légitimité. Le calcul du score d'apport de légitimité se fait, comme nous le verrons, sur la base de la somme des scores de performance par rapport à chaque critère. Cette démarche est présentée sous forme de tableaux. De plus, le classement final des modes d'implication parlementaire qui découlera de ces différents résultats et qui sera révélé sous format de tableaux et de graphiques[288] ne constitue pas un but de ce travail en soi, mais sert de base de réflexion sur la problématique du décalage entre le rôle joué par l'Assemblée fédérale en politique extérieure et l'orientation actuelle de la réglementation internationale. Finalement, comme il s'agit d'une approche originale pour la recherche juridique, nous avons privilégié la simplicité de la technique d'évaluation.

Les limites de notre évaluation selon l'apport de légitimité reposent dans sa simplicité. Grâce à cette dernière, cette technique d'évaluation est particulièrement accessible[289], mais peut conduire à certaines approximations ou à la simplification de certaines nuances. Par exemple, comme nous le verrons[290], dans le cas d'un mode d'implication parlementaire qui se décline en plusieurs catégories, un demi-point est accordé dès que l'une de ces catégories satisfait au critère. Similairement, un point entier est accordé si plus que la moitié des catégories satisfont au critère. Par conséquent, des assimilation approximatives au niveau du score peuvent effectivement découler de cette approche, en ce

285 DEAN, Practical Guide, p. 20.
286 DEAN, Multiple Perspectives, p. 509.
287 Ibid.
288 Voir point 9.1.
289 DEAN, Practical Guide, p. 20.
290 Voir point 2.2.2.4.

sens qu'un mode d'implication parlementaire dont trois sur quatre catégories satisfont à un critère obtient un point entier de même qu'un autre mode dont trois sur cinq catégories y correspondent. Cependant, il convient de noter que cette technique d'évaluation est principalement de nature présentative. Les résultats ne constituent pas le but ultime de l'étude, mais visent surtout à ouvrir l'analyse au moyen de différents tableaux et graphiques qui offrent une vue d'ensemble des options évaluées et soutiennent la compréhension de la problématique plus générale[291]. Autrement dit, l'objectif de l'analyste qui a recours à l'analyse multicritère simplifiée est de se concentrer, grâce à ces résultats, sur des questions négligées, de prendre en compte des incertitudes ignorées et de mettre en évidence les options les plus ou les moins prometteuses ou encore d'en proposer des nouvelles[292].

2.2.2.2. La notion de légitimité démocratique

La notion de légitimité démocratique mérite d'être expliquée dans le cadre de la présente introduction, car nous considérons que l'implication des parlements nationaux, en l'espèce de l'Assemblée fédérale, peut et doit constituer une source de légitimité de la gouvernance internationale, y compris de la création du droit international souple, ou un facteur y contribuant[293]. À ce propos, WOLFRUM, considère que « [t]hose who want to increase the legitimacy of international governance should aim to find solutions within the existing matrix of international law; State consent and *national procedures establishing legitimacy of international commitments* are factors to be taken into account »[294]. Plus généralement, s'intéresser à la légitimité du droit souple international s'inscrit dans la tendance des trente dernières années à étudier le concept de la légitimité en droit international, tendance découlant des changements substantiels qui se sont produits dans le domaine des relations internationales[295].

Nous comprenons ici la notion de légitimité dans son sens originel. La légitimité se réfère à la justification et l'acceptation de l'exercice de l'autorité publique[296]. FRANCK précise qu'il s'agit de la propriété d'une règle (ou d'une

291 DEAN, Multi-Criteria Analysis, p. 177.

292 STIRLING, *Analysis, Participation and Power: Justification and Closure in Participatory Multi-Criteria Analysis*, p. 101.

293 WOLFRUM, Legitimacy in International Law, §22.

294 Ibid.

295 BODANSKY, International Relations, p. 2 ; ZÜRN, Democratic Governance, pp. 260-287.

296 BODANSKY, International Relations, p. 310 ; BODANSKY, *The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?*, p. 601 ; WOLFRUM, Legitimacy in International Law, §1 ; WOLFRUM, Introductory Considerations, p. 6.

institution normative) qui exerce une pression sur ses destinataires pour qu'ils la respectent, car ils croient que la règle (ou l'institution) en question ait été créée et fonctionne conformément aux principes généralement acceptés des processus de droit[297]. Les théories sur la légitimité du droit international sont, en général, divisées en trois catégories qui ne sont pas mutuellement exclusives, à savoir les théories de la légitimité fondées sur la source, les théories de la légitimité fondées sur le processus et les théories de la légitimité fondées sur les résultats[298]. La littérature fait parfois également référence à deux catégories plus générales et englobant les précédentes, la légitimité *input* et *output*[299]. Selon la théorie de la légitimité fondée sur la source, l'autorité est légitimée par son origine, autrement dit, une norme est légitime si elle émane d'une source légitime telle que le consentement étatique[300]. Les normes créées, par exemple, par une organisation sans consentement étatique explicite peuvent également être légitimes si elles sont fondées sur des croyances partagées concernant les résultats normativement souhaitables, en ce sens qu'elles procurent des avantages qui ne peuvent être obtenus autrement[301]. On parle à ce propos de la théorie de légitimité fondée sur les résultats. Finalement, la théorie de légitimité fondée sur les processus considère qu'une norme est légitime si elle découle d'un processus de création équitable préalablement convenu[302].

La question de la légitimité se pose aussi pour les instruments internationaux de droit souple. Même si, comme nous le verrons, ceux-ci n'exercent pas la même force normative que les traités internationaux et que la responsabilité internationale de l'État ne peut pas être engagée en cas de non-respect[303], ces instruments visent à influencer le comportement de leurs destinataires, peuvent avoir à leurs yeux le même poids que le texte d'un traité et peuvent prévoir certaines sanctions en cas de non-respect, présentant ainsi une attente de conformité[304]. Par conséquent, en exerçant une autorité *de facto*, ils ne

297 FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations* (New York, Oxford : 1990), p. 24.

298 CRAWFORD, *Non-Binding Norms in International Humanitarian Law: Efficacy, Legitimacy, and Legality* (Oxford : 2021), p. 223 ; WOLFRUM, Introductory Considerations, pp. 6-7.

299 Pour une vue d'ensemble complète des auteurs utilisant cette catégorisation, voir CRAWFORD, Non-Binding Norms, p. 223.

300 BODANSKY, International Governance, p. 612 ; WOLFRUM, Introductory Considerations, p. 6.

301 ZAUM, *Legitimacy* in The Oxford Handbook of International Organizations (Oxford : 2016), p. 1109 cité dans CRAWFORD, Non-Binding Norms, pp. 225, 227 ; BUCHANAN et KEOHANE, Legitimacy, pp. 46-47.

302 CRAWFORD, Non-Binding Norms, p. 228.

303 Voir point 3.2.2.1.3.

304 CRAWFORD, Non-Binding Norms, p. 228.

devraient pas être dépourvus de légitimité[305] et peuvent la puiser de la source, du processus ou des résultats. Du point du vue de notre question de recherche, l'implication des membres de l'Assemblée fédérale peut donc contribuer, d'une part, à la légitimité du droit international souple fondée sur la source en cas d'interaction avec celui-ci depuis le niveau national et d'autre part, à la légitimité fondée sur le processus lorsque les parlementaires participent directement à son processus de création international. Il s'agit, en l'occurrence, d'une contribution ou d'un apport de légitimité *démocratique*.

De manière générale, la démocratie constitue l'une des bases de la légitimité[306]. BODANSKY qualifie même la démocratie de « touchstone of legitimacy in the modern world »[307]. Le droit national est justement considéré comme jouissant d'une légitimité plus importante que les décisions prises au niveau international en raison du fait qu'il est créé par l'organe législatif constitué de représentantes et représentants directement élus, le dépositaire principal de la légitimité[308]. Cependant, le principe fondamental de la démocratie libérale, selon lequel toute personne concernée par une décision doit avoir la possibilité de participer à la prise de cette décision, ne doit pas se limiter pas aux institutions politiques nationales[309]. Les traités, quant à eux, sont légitimes, car ils exigent, généralement, une approbation de l'organe législatif national et dans la mesure de cette approbation[310]. LEFKOWITZ remet toutefois en question le fait que le consentement du législatif sous forme d'un simple vote sur le texte puisse seul suffire comme source de légitimité démocratique d'un traité entièrement négocié par l'exécutif[311]. En parlant de vote, LEFKOWITZ vise ici l'approbation d'un traité par le parlement qui, comme nous le verrons au

305 BODANSKY, *The Concept of Legitimacy in International Law* in Legitimacy in International Law (Berlin, Heidelberg, New York : 2008), p. 312 ; CRAWFORD, Non-Binding Norms, p. 228.

306 BODANSKY, International Governance, pp. 601, 603 ; BESSON et MARTÍ, *Legitimate Actors of International Law-Making: Towards a Theory of International Democratic Representation*, pp. 506, 509 ; ESTY, *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, p. 1515 ; WHEATLEY, The Democratic Legitimacy of International Law, p. 2.

307 BODANSKY, International Governance, p. 599.

308 KUMM, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, p. 924.

309 À ce propos, voir DAHL, *A Preface to Economic Democracy* (Berkeley : 1986), p. 5 cité dans BERMAN DEMENNO et BÜTHE, *Voice and Influence in Global Governance: An Analytical Framework* in Rethinking Participation in Global Governance, Voice and Influence after Stakeholder Reforms in Global Finance and Health (Oxford : 2022), p. 34.

310 KUMM, Legitimacy, p. 924.

311 LEFKOWITZ, *Philosophy and International Law, A Critical Introduction* (Cambridge : 2020), p. 113.

chapitre 6, ne contribue effectivement pas de manière considérable à la légitimité démocratique[312]. En raison d'un manque de cette base démocratique sous forme d'approbation parlementaire, c'est-à-dire du contrôle direct des citoyens sur l'élaboration des normes par l'intermédiaire de leurs parlements, il pourrait être allégué que les autres instruments internationaux, y compris souples, souffrent d'un déficit de légitimité[313]. Par exemple, ZÜRN soutient que le déplacement de nombreuses décisions hors du circuit de la responsabilité nationale et démocratique donne lieu à des problèmes de légitimité normative, qui à leur tour conduisent à des problèmes croissants d'acceptation et à la tendance vers la résistance à la gouvernance mondiale[314]. D'autres auteurs parlent d'une « crise de légitimité du droit international »[315] ou encore d'une perte de démocratie inhérente à la globalisation de la gouvernance[316]. En outre, plus les normes internationales sont précises et socialement pertinentes, plus elles présentent un besoin de base de légitimité démocratique[317]. Pour décrire ce phénomène de déplacement des compétences législatives du niveau national vers le niveau international, WOLFRUM n'utilise pas uniquement la terminologie de dénationalisation, mais également de « déparlementarisation » et constate un affaiblissement de la chaîne de légitimité entre les instruments internationaux et les citoyennes et citoyens[318]. Dans le même sens, KUMM qualifie les parlements nationaux de « great institutional loser in the shift from classical international law to international law as governance »[319]. Ces auteurs confirment la réalité d'un malaise entre les législatures nationales et l'évolution de la réglementation internationale vers le droit souple que nous avons illustré à l'aide de l'exemple d'Anne au tout début de ce travail. Les résultats de cette thèse ne démentiront pas l'existence d'un quelconque déficit de légitimité général du droit souple international ; ils démontreront cependant que les modes d'implication parlementaire déjà

312 Voir point 6.1.2.

313 Cette conclusion de WHEATLY concerne les institutions et la législation de l'Union européenne. WHEATLEY, The Democratic Legitimacy of International Law, p. 5.

314 ZÜRN, Global Governance and Legitimacy Problems, p. 260.

315 WEILER, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, p. 552 cité dans KUMM, Legitimacy, p. 908.

316 STEIN, *International Integration and Democracy: No Love at First Sight*, p. 490.

317 VON BOGDANDY, *Lawmaking by International Organizations, Some Thoughts on Non-Binding Instruments and Democratic Legitimacy* in Developments of International Law in Treaty Making (Heidelberg: 2005), p. 174.

318 WOLFRUM, Introductory Considerations, pp. 19-20.

319 KUMM, Legitimacy, p. 916. Dans le même sens, voir FREYBURG et al., *Just an Illusion? Democratization in the International Realm*, p. 248.

existants dans l'ordre juridique suisse permettent, dans une plus ou moins importante mesure, de contribuer à la légitimité démocratique d'un instrument international de droit souple lorsqu'ils sont utilisés dans ce cadre.

La légitimité démocratique d'un instrument international peut émaner de l'interaction entre celui-ci et les parlements nationaux en tant qu'organes représentatifs, que cette interaction ait lieu au sein ou au-delà des frontières étatiques. Ce constat rejoint la conception de *dual democracy* de PETERS selon laquelle la légitimation démocratique de la gouvernance mondiale nécessite des mécanismes démocratiques doubles qui concernent à la fois le gouvernement au sein des États-nations et la gouvernance « au-dessus » des États[320]. La majorité de la doctrine semble s'entendre sur le fait qu'une réplique des institutions démocratiques nationales au niveau international ne constitue une solution ni réaliste ni souhaitée pour aborder le problème de la légitimité démocratique des normes internationales, notamment à cause de l'absence d'un *demos* international et du fait que certains États ne peuvent pas être qualifiés de démocratiques et manquent eux-mêmes de légitimité[321]. PETERS, considère, en revanche, que la gouvernance « au-dessus » des États peut être réalisée, entre autres, par l'introduction d'assemblées parlementaires dans un plus grand nombre d'organisations internationales et par l'extension de leurs pouvoirs, jusqu'à présent principalement consultatifs[322]. Nous reconnaissons un potentiel d'aborder la problématique de la légitimité démocratique du point de vue des mécanismes nationaux pour l'implication des législatures dans l'élaboration des normes internationales, y compris ceux qui permettent un engagement des parlementaires directement sur la scène internationale[323]. WOLFRUM formule cette idée explicitement, « [...] if there is agreement that the gap in legitimacy can be identified to be at the link between the international and national levels [...] [t]here are multiple options which may be chosen to achieve that objective [filling the gap in legitimacy] at national level. They would all require the strengthening of the impact on and control of the legislature of the conduct of foreign affairs »[324]. DAHL, quant à lui, considère qu'assurer l'exercice du contrôle démocratique sur la politique étrangère

320 PETERS, Dual Democracy, EJIL: Talk! 2010.

321 BODANSKY, International Relations, p. 331 ; BODANSKY, International Governance, p. 600 ; WHEATLEY, The Democratic Legitimacy of International Law, p. 6 ; WEILER, The Geology of International Law, p. 561.

322 PETERS, *Dual Democracy* (Oxford : 2009), pp. 322-326.

323 Voir point 9.2.1.3.

324 WOLFRUM, Introductory Considerations, pp. 22-23 ; WOLFRUM, Legitimacy in International Law, §26.

pose un « problème redoutable »[325]. Par conséquent, l'évaluation des modes d'implication parlementaire disponibles en Suisse, un État dans lequel le Gouvernement et le Parlement partagent les compétences en matière de politique extérieure, s'avère particulièrement pertinente pour apprécier la légitimité apportée aux instruments internationaux de droit souple. Cette évaluation qui se situe au niveau de l'articulation entre les sphères internationale et nationale nous permet donc de voir comment les mécanismes disponibles au niveau national contribuent ou contribueraient à la légitimité démocratique des normes internationales.

2.2.2.3. Les cinq critères de création de légitimité

Après avoir conclu que les modes d'implication parlementaire nationaux présentent un potentiel de contribution de légitimité à la législation internationale souple, nous avons dû concevoir un outil pour apprécier ce potentiel. Afin d'identifier comment l'implication de l'Assemblée fédérale peut légitimer le droit international souple, nous avons dû revenir aux fonctions de base d'un parlement et se poser la question de savoir si les modes d'implication disponibles permettent un exercice effectif de celles-ci. Nous avons donc développé un outil d'évaluation à partir d'une lecture conjointe de la littérature sur la théorie politique des rôles et de la raison d'être d'un parlement[326] et de la littérature juridique sur la légitimité du droit international[327]. Le rôle fondamental d'un parlement est celui d'une institution de légitimation. Il est l'incarnation représentative de la nation politique et remplit des fonctions cruciales au sein du système politique, notamment celles de législation et de contrôle de l'exécutif[328]. À ce propos, nous citons DE PUIG qui a considéré que « Parliament is society's proper representative in promoting, criticizing, and, if necessary condemning »[329].

Par conséquent, nos critères d'évaluation de l'apport de légitimité se réfèrent aux fonctions de l'organe législatif national. Nous privilégions ici le terme « fonction » au terme « rôle » en raison de la compréhension spécifique de ce

325 DAHL, *Can International Organizations be Democratic? A Skeptic's View* in Democracy's Edges (Cambridge : 2009), p. 23 cité dans WHEATLEY, The Democratic Legitimacy of International Law, p. 352.

326 À titre d'exemple : KELSO, Parliament, NORTON, Parliament, VATTER, Das Parlament in der Schweiz, Macht und Ohnmacht der Volksvertretung et MARTIN et al., The Oxford Handbook of Legislative Studies.

327 À titre d'exemple : WHEATLEY, The Democratic Legitimacy of International Law, DOS REIS et KESSLER, Legitimacy et LEY, Opposition in International Law.

328 KELSO, Parliament p. 224.

329 DE PUIG, *International Parliaments* (Strasbourg : 2008), p. 112.

dernier en sociologie et en sciences politiques. Le rôle peut être défini en tant qu'ensemble de normes liées à la position sociale, à la profession ou à l'état civil d'un individu. Alors que les notions de « rôles parlementaires », de « rôles législatifs » et de « rôles représentatifs » se réfèrent aux rôles joués par les membres du parlement, leur analyse se focalise, en sciences politiques, sur la perception qu'ont les députés d'eux-mêmes, et en sociologie, sur les exceptions sociales dont ils font l'objet[330]. Une grande diversité des fonctions parlementaires peut être constatée[331], mais la littérature s'accorde sur les trois plus essentielles et centrales pour le législateur : l'élaboration, la modification et l'abrogation des normes (fonction législative), la représentation en exprimant les opinions et les souhaits des citoyennes et citoyens dans les processus décisionnels (fonction de représentation) et le contrôle des activités de l'exécutif afin que celui-ci soit responsable devant le peuple (fonction de surveillance)[332].

Nous utilisons cinq critères de création de légitimité découlant des trois fonctions parlementaires précitées pour évaluer l'apport de légitimité par les modes d'implication parlementaire aux instruments internationaux de droit souple. Les cinq critères sont formulés ici sous la forme interrogatoire. Le mode d'implication parlementaire examiné permet-il à l'Assemblée fédérale ou à ses membres 1) de façonner l'instrument de droit souple, 2) de consentir à celui-ci, 3) de politiser de son contenu, 4) d'exercer son ou leur rôle de représentant démocratique et 5) de surveiller le comportement du Conseil fédéral en lien avec ledit instrument ?

Comme nous le verrons tout au long de ce travail de recherche, ces critères ne sont pas strictement cloisonnés, en ce sens qu'ils peuvent présenter des points d'intersection. Ceci est vraisemblablement dû au fait que le façonnement, le consentement et la politisation découlent les trois de la fonction législative. De plus, l'UIP qualifie certains de nos critères en tant qu'objectifs

330 BLOMGREN et ROZENBERG, *Legislative Roles and Legislative Studies, The Neo-institutionalist Turning Point?* in Parliamentary Roles in Modern Legislatures (Oxford, New York : 2012), pp. 8-9.

331 De nombreux auteurs ont tenté d'établir des catalogues des fonctions parlementaires, dans lesquels on retrouve également celles identifiées par nos soins. Pour une vue d'ensemble schématique de la doctrine sur cette question, voir MARSCHALL, *Parlamentarisums, Eine Einführung* (Baden Baden : 2016), pp. 120-123 ou NORTON, Parliament, pp. 8-9. Pour une appréciation des fonctions de l'Assemblée fédérale en politique extérieure sous l'ancienne Constitution, voir SCIARINI, *Le rôle et la position de l'Assemblée fédérale dans les relations avec la Communauté européenne depuis 1972* in Le Parlement – « Autorité suprême de la Confédération » ? (Bern, Stuttgart : 1991), p. 407.

332 DURI et al., Overview of Parliamentary Oversight Tools and Mechanisms, p. 5 ; SALIU et MUHAMMAD, *Exploring the Parliament*, p. 144 ; UIP, Rapport parlementaire mondial 2017, Le contrôle parlementaire : Le pouvoir du Parlement de demander des comptes au gouvernement, p. 13 ; Economic Commission for Africa, The Role of Parliament in Promoting Good Governance, p. 1.

d'un parlement (« être représentatif ») et d'autres en tant que rôle (« légiférer », « contrôler l'action, les politiques et les agents de l'exécutif », « ratifier les traités, ou en autoriser la ratification, et contrôler les instances créées par traité » et « débattre des questions d'importance nationale et internationale »)[333]. Chacun des cinq critères fait l'objet de développements plus approfondis ci-dessous (points 2.2.2.3.1 à 2.2.2.3.5).

2.2.2.3.1. Le façonnement de l'instrument international de droit souple

Le premier critère identifié découle de la fonction législative du parlement et s'intitule *outcome shaping* en anglais, c'est-à-dire le façonnement des résultats. Le critère du façonnement de l'instrument international de droit souple peut se manifester de deux manières, directement et indirectement. Sous sa forme directe, ce critère concerne la situation dans laquelle le parlement crée ou contribue à la teneur d'une norme qui s'inscrit dans sa fonction de *law-making*[334]. Nous visons à observer si et dans quelle mesure l'Assemblée fédérale peut exprimer ses souhaits relatifs à un projet de droit souple international en faisant usage d'un mode d'implication parlementaire et à quel degré ces souhaits sont contraignants pour l'exécutif. Plus concrètement, il s'agit ici d'examiner comment un mode de participation permet à l'Assemblée fédérale d'influencer le contenu d'un projet de droit souple. Tel serait, par exemple, le cas si Anne faisait partie de la délégation du Conseil fédéral qui négocie un instrument international de droit souple. Elle aurait, dans un tel cas de figure, l'opportunité de directement façonner le contenu de l'instrument pendant la phase des négociations. On parle à ce propos de façonnement *direct* de l'instrument international de droit souple.

Le parlement peut également façonner le résultat des négociations sans directement prendre part à sa création et sans devoir formellement le refuser. Nous pouvons imaginer la situation dans laquelle Anne ensemble avec ses collègues de la CPE-N émet un avis consultatif et instruit le Conseil fédéral de prendre une position spécifique lors des négociations d'un instrument international de droit souple. Le Conseil fédéral, sans qu'il ne soit obligée de suivre l'avis de la CPE-N, adopte un comportement international conforme à celui-ci. Anne et ses collègues auraient alors *indirectement* façonné le contenu de l'instrument. Nous incluons donc également dans ce premier critère le pouvoir dissuasif que le parlement peut exercer sur le comportement gouvernemental. Nous parlons à ce propos de « façonnement indirect » de l'instrument de droit souple. Une telle influence indirecte est également appelée « the law

333 BEETHAM, Guide, pp. 4-5.

334 KELSO, Parliament, p. 226 ; NORTON, Parliament, p. 101.

of anticipated reactions »[335]. NORTON se réfère à ce cas de figure en tant que « capacité de persuasion du parlement »[336]. Si le gouvernement anticipe une réaction négative du législatif, il peut alors décider, pour conserver le soutien des parlementaires, d'adapter son comportement lors des négociations internationales[337]. Nous pourrions même observer ici un indice de coercition dans le cas où le parlement devrait voter par la suite sur le projet en question[338]. En matière de traités soumis à l'approbation parlementaire, TOMUSCHAT rappelle que le Conseil fédéral doit s'adapter à temps aux souhaits de l'Assemblée fédérale dans sa conduite des négociations, afin de pouvoir finalement présenter un produit acceptable, car il dépend de l'attitude de cette dernière[339]. De même, s'il anticipe une réaction positive, il peut se sentir encouragé ou rassuré dans les démarches qu'il entreprend. Nous considérons donc que cette manière indirecte d'influencer le contenu et le résultat d'un projet de droit souple par le parlement doit être prise en compte dans l'évaluation de l'apport de légitimité par les modes d'implication.

2.2.2.3.2. Le consentement à l'instrument international de droit souple

Le deuxième critère, le consentement ou *outcome approval,* figurativement illustrée par la pose du sceau d'approbation du parlement, se rapporte également à sa fonction législative. Ce critère s'assimile au rôle fondamental du législatif, à savoir donner son assentiment à la loi. NORTON considère même que le rôle central du parlement « [...] is not to make law but rather give assent to it »[340] et KELSO le suit dans ce raisonnement, « [...] Parliament's legislative role has always been geared towards legitimating governement legislation »[341]. Le parlement dispose donc d'une capacité coercitive de ce pouvoir légitime à dire oui ou non au gouvernement et bénéficie ainsi d'une sorte de droit de veto. Ce deuxième critère de création de légitimité nous pousse donc à nous demander si le mode d'implication parlementaire examiné permet à l'Assemblée fédérale de consentir à l'instrument international de droit souple. L'exemple le plus évident de l'application de ce critère serait l'approbation d'un instrument international de droit souple par les deux conseils de l'Assemblée fédérale comme cela se fait en matière de certains traités internationaux.

335 Pour des renseignements plus généraux à propos de ce concept, voir FRIEDRICH, *Man and His Government: an Empirical Theory of Politics* (New York : 1963), pp. 199-215.

336 NORTON, Parliament, pp. 5-6.

337 Ibid.

338 Ibid.

339 TOMUSCHAT, Verfassungsstaat, p. 29.

340 NORTON, Parliament, p. 7.

341 KELSO, Parliament, p. 225.

Comme nous le verrons au chapitre 7, ce consentement peut être exprimé également de manière indirecte[342]. Tel est notamment le cas lorsque l'Assemblée fédérale ne se prononce pas expressément sur l'acceptation ou le refus de l'instrument international de droit souple, mais l'acquiescement à son application découle de l'un de ses comportements. À titre d'exemple, si Anne vote en faveur d'une loi fédérale dont l'une des dispositions contient un renvoi à un instrument international de droit souple, elle consent *indirectement* à ce dernier.

Le consentement au résultat final d'une négociation internationale donné par le parlement peut être perçue comme l'apogée de l'apport de légitimité. Cependant, il ne suffit pas en tant que seul critère de création de légitimité, notamment pour deux raisons. Un parallèle peut ici être effectué avec la doctrine susmentionnée qui remet en question le consentement étatique en tant que seule source de légitimité[343]. Premièrement, le consentement du parlement se limite à un simple choix binaire, c'est-à-dire accepter ou refuser l'instrument en question. Deuxièmement, au vu du fait que le consentement ne porte que sur la version de l'instrument au moment où celui-ci est soumis au parlement, la légitimité démocratique créée par celui-ci ne vaudrait pas pour toutes les versions futures qui émergeraient à l'avenir[344]. Pour ces raisons, la manière dont nous évaluons l'apport de légitimité démocratique remet en cause la thèse selon laquelle le consentement, qu'il soit étatique ou parlementaire, peut assouvir tout besoin de légitimité et qui se rapproche, à notre avis, de la pensée volontariste en droit international public[345].

2.2.2.3.3. La politisation de l'instrument international de droit souple

Le troisième critère, présentant lui aussi un lien étroit avec la fonction législative, est la politisation de l'instrument de droit souple, rendue possible grâce à l'opposition parlementaire. Nous adoptons ici une compréhension large de la fonction législative, même si des auteurs tels que HAURIOU et LE DIVELLEC

342 Voir point 7.2.2.

343 Notamment LEFKOWITZ, Philosophy and International Law, p. 113 ou en ce qui concerne les institutions internationales, BUCHANAN et KEOHANE, Legitimacy, pp. 414-415.

344 TOMUSCHAT, *Möglichkeiten und Grenzen der Globalisierung* in Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Teilband 1 (Tübingen : 2008), pp. 47-48. Cet argument est également soulevé par certains auteurs en défaveur du consentement étatique en tant que seule base de légitimité de la gouvernance globale. Voir, par exemple, BODANSKY, International Governance, p. 604.

345 Comme souligné par ELLIS, une grande partie de la littérature sur le droit souple aspire à dépasser la description de la validité du droit international qui dépend directement (volontarisme) ou indirectement (formalisme) du consentement étatique, ELLIS, Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law, p. 323 ; Pour une critique de l'approche volontariste en droit international public, voir BESSON, *State Consent and Disagreement in International Law-Making, Dissolving the Paradox*, pp. 298-299.

penchent plutôt pour la terminologie de « pouvoir délibératif » en tant que concept plus large que la fonction législative[346]. La politisation réside dans le désaccord et la dissidence[347], des concepts au cœur de la légitimité démocratique, qui permettent à une société de sujets libres d'exprimer légitimement leurs points de vue divergents sur des questions politiques, dans les processus d'élaboration de politiques et de lois[348]. Ce critère garantit le débat au sujet d'un instrument de droit souple international par le biais d'une discussion ouverte qui influence la décision finale et de la prise en compte, pour la résolution de problèmes, des différentes opinions présentes dans la société[349]. Comme nous l'avons déjà exposé en introduction, la distinction entre politique intérieure et politique extérieure en tant que matières aux contenus clairement définis s'estompe, en ce sens que le droit international, y compris souple, s'intéresse de plus en plus à des domaines du droit auparavant purement nationaux, tels que l'économie, l'environnement ou l'immigration. LEY explique le problème du point de vue de la théorie de la légitimation, auquel la perte du pouvoir du parlement conduit : « Entsteht aber mehr und mehr auf klassisch innenpolitische Felder bezogenes Recht in Verfahren, die die Inbezugsetzung und Artikulation dieser Konflikte nicht zulassen, löst sich die spezifische Balance zwischen Innen- und Außenrecht auf, die sich seit den demokratischen Revolutionen entwickelt und seither eine legitimationstheoretisch wichtige Funktion inne hatte: die unterschiedliche Behandlung innen- und außenpolitischer Regelungen als Abbild der unterschiedlichen politischen Qualität innen- und außenpolitischer Regelungsgegenstände »[350]. Les processus qui conduisent à l'adoption du droit international devraient donc refléter

346 LE DIVELLEC, *Parliament in Constituonal Law* in Handbook of Parliamentary Studies (Cheltenham : 2020), p. 109 ; HAURIOU, *Précis de droit constituionnel* (Paris : 2014), pp. 349, 469-470 cité dans LE DIVELLEC, Parliament in Constituonal Law, p. 109.

347 Sur l'idée que le désaccord, et les différentes perspectives qui y amènent, devraient découler d'une représentation des divers groupes présents dans la société, voir BESSON, *The Paradox of Democratic Representation. On Whether and How Disagreement Should be Represented*, in The Theory and Practice of Legislation (Londres : 2005), pp. 125 ss.

348 La théorie de l'opposition trouve son origine dans les travaux des auteurs tels que Hannah Arendt et Claude Lefort. À ce propos, voir notamment ARENDT, *The Origins of Totalitarianism* (New York : 1958), ARENDT, *On Revolution* (Londres : 1963) et LEFORT, *Essais sur la politique* (Paris : 1986); LEY, Opposition in International Law, p. 720.

349 Voir à propos de la politique délibérative, HABERMAS, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, Massachusetts : 1996), pp. 287 ss ; ROZENBERG, *On the Concepts of Parliament, Parliamentarianism and Parliamentary Democracy* in Handbook of Parliamentary Studies (Cheltenham: 2020), pp. 17, 20.

350 LEY, *Opposition im Völkerrecht, Ein Beitrag zur Legitimation internationaler Rechtserzeugung* (Heidelberg : 2015), p. 2.

non seulement les intérêts opposés des différents États négociateurs, mais également les conflits politiques et sociétaux relatifs au contenu de l'instrument international et permettre ainsi la politisation de celui-ci[351]. La pertinence de ce critère pour notre étude repose dans l'examen de la possibilité de contestation du contenu socialement et politiquement délicat des instruments internationaux de droit souple au sein d'une institution représentative de la pluralité des opinions, à savoir l'Assemblée fédérale.

LEY conçoit un concept d'opposition en droit international public, dans lequel elle établit deux principes intermédiaires qui permettent de dégager ensemble un effet politisant et de créer davantage de légitimité dans les processus d'élaboration du droit international, à savoir l'alternativité et la révisibilité[352]. L'alternativité se réfère à la formulation des alternatives politiques, qui doit être présente dans le processus d'élaboration de la norme, c'est-à-dire que l'organe auteur de la norme doit pouvoir être confronté à une alternative personnelle et substantielle. La réversibilité repose, quant à elle, dans la possibilité d'un changement juridique dans le futur. Nous utilisons ces mêmes principes pour apprécier si un mode d'implication parlementaire permet la politisation d'un instrument international de droit souple.

Les modes d'implication parlementaire peuvent remplir ce critère de manière directe ou indirecte. La politisation est *directe* lorsqu'en utilisant un mode d'implication, les parlementaires ont l'occasion de formuler des alternatives et de prévoir des changements juridiques à l'avenir. Tel est le cas lorsque Anne et ses collègues de la CPE-N débattent de leurs positions politiques divergentes au sujet d'un projet de droit souple sur lequel ils sont consultés. En élaborant leur avis consultatif, ils peuvent formuler des alternatives politiques et celui-ci peut conduire à un changement juridique dans le futur si le Conseil fédéral s'y conforme. La politisation *indirecte*, quant à elle, intervient dans le cas où l'usage d'un mode d'implication parlementaire permet de déclencher une politisation au sujet de l'instrument de droit souple au niveau national par le biais d'un autre mode. Une différence à ce propos sera observée dans les chapitres 4 à 8 en fonction de si le mode d'implication parlementaire vise une implication parlementaire au niveau national ou au niveau international. Tel sera plus précisément le cas des relations bilatérales et des relations multilatérales des membres de l'Assemblée fédérale autres que les activités au sein des organisations interparlementaires[353]. Ainsi, si lors d'une visite bilatérale

351 LEY, Opposition in International Law, p. 720.

352 LEY, Opposition im Völkerrecht, pp. 194-201 ; LEY, Opposition in International Law, pp. 728-729.

353 Voir point 8.2.3.3.

à l'étranger, Anne apprend des informations au sujet d'un nouveau projet de droit souple, cela peut lui permettre de déclencher une politisation au sujet de l'instrument en question au niveau national, par exemple, en déposant un postulat ou une motion à son sujet.

2.2.2.3.4. La représentation

Le quatrième critère de création de légitimité est la représentation, la deuxième fonction d'un parlement identifiée en début de cette section. Le parlement est l'incarnation représentative de la nation politique[354], car il vise à regrouper en son sein les intérêts de différentes circonscriptions et groupes de l'entité politique[355]. Les sciences politiques définissent la représentation comme l'activité consistant à rendre les voix, les opinions et les perspectives des citoyennes et citoyens, présentes dans les processus d'élaboration des politiques publiques[356]. Le parlement mandaté par le peuple votant le représente vis-à-vis des autres pouvoirs et même auprès de certaines organisations internationales et régionales. En revanche, la représentation de la raison d'état à l'extérieur appartient principalement au Conseil fédéral (art. 184, al. 1 *in fine* Cst.). Or, le rôle de représentation des parlements consiste à s'assurer que les citoyennes et citoyens ont une voix aux niveaux national, régional et ces dernières années, même international, notamment en raison d'une interdépendance internationale accrue[357]. Dans le contexte actuel de réglementation internationale à portée large dans lequel le droit souple s'empare des thématiquement autrefois réservées au droit national, cette structure de représentation peut apparaître insuffisante[358]. En effet, une représentation du parlement pourrait recentrer le pivot de l'activité législative internationale sur l'articulation et l'agrégation des divers intérêts de l'électorat[359]. Par conséquent, une représentation directe du parlement ou de quelques-uns de ses membres

354 KELSO, Parliament p. 224.

355 SALIU et MUHAMMAD, Exploring the Parliament, p. 147.

356 DUDZIŃSKA et al., *Representational Roles* in Representing the People, A Survey among Members of Statewide and Sub-state Parliaments (Oxford : 2014), p. 19.

357 OGBONNAYA et OGUJIUBA, *Regional Parliamentary Assemblies in Africa: Challenges of Legitimacy of Authority and Status of Operation*, p. 554 ; Economic Commission for Africa, The Role of Parliament in Promoting Good Governance, p. 1.

358 PETERS, *The Merits of Global Constitutionnalism*, p. 405. Sur la problématique de l'estompement de la frontières entre le droit international et les affaires nationales, voir notamment SLAUGHTER et BURKE-WHITE, *The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)*, pp. 327-352, ROSENAU, *Along the Domestic-Foreign Frontier, Exploring Governance in a Turbulent World* (Cambridge : 1997) et OWADA, *Problems of Interaction Between the International and Domestic Legal Orders*, p. 247

359 SALIU et MUHAMMAD, Exploring the Parliament, p. 147.

dans les fora internationaux est propice à la création de la légitimité, car celui-ci incarne la volonté populaire telle qu'exprimée par les électrices et électeurs et reflète la diversité sociale d'une population[360].

Ce critère tâche donc d'évaluer si les modes d'implication parlementaire examinés permettent à l'Assemblée fédérale ou à ses membres, et à travers celle-ci, également aux citoyennes et citoyens d'être représentés dans le processus de création du droit souple international. Les modes d'implication parlementaire peuvent remplir le critère de la représentation de deux manières : directement ou indirectement. La représentation de l'Assemblée fédérale est *directe* lorsque ses membres prennent activement part au projet de droit souple au niveau international. À ce propos, MALANG considère que la « [...] democratic legitimacy beyond the nation state can only be achieved if the distance between citizens and international decisions is reduced and if the dominance of the executive in international politics is attenuated [...] », notamment lorsque les parlements nationaux trouvent leurs voix directement sur la scène internationale[361]. Nous pouvons considérer qu'Anne assume directement son rôle de représentante lorsqu'elle vote sur un projet de droit souple dans le cadre de son activité de membre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. En revanche, nous considérons que la représentation est *indirecte* lorsque le comportement gouvernemental sur la scène internationale reflète la position du Parlement, que ce soit dû au fait qu'il soit juridiquement obligé de suivre cette dernière ou qu'il le fait sur une base volontaire. Tel est le cas lorsque le comportement du Conseil fédéral dans le forum international concerné se conforme à la lettre à l'avis consultatif rendu par Anne et ses collègues de la CPE-N.

2.2.2.3.5. La surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple

Le cinquième et le dernier critère de création de légitimité s'apparente à la fonction de surveillance du parlement, une fonction nécessaire pour assurer la séparation des pouvoirs. En tant qu'organe de représentation du peuple, le parlement est appelé à veiller à ce que la gestion de la politique du gouvernement, ici extérieure, reflète et réponde aux besoins du peuple[362]. L'un des principaux rôles du parlement est d'examiner et de contester le travail du

360 BEETHAM, *Parlement et démocratie au vingt-et-unième siècle* (Genève : 2006), BEETHAM, Guide, pp. 13, 166.

361 MALANG, *Why National Parliamentarians Join International Organizations*, p. 426.

362 YAMAMOTO, *Tools for Parliamentary Oversight, A Comparative Study of 88 National Parliaments* (Genève : 2007), p. 9.

gouvernement et cette fonction trouve son origine dans le principe de la responsabilité ministérielle[363]. Au niveau international, le pouvoir de représentation est principalement délégué aux gouvernements qui agissent directement en tant qu'acteurs impliqués dans le processus de création du droit, alors que les auteurs de cette délégation conservent un contrôle ultime et effectif sur les actions de ces représentants[364]. YAMAMOTO formule quatre objectifs de ce contrôle, à savoir identifier et prévenir les abus, les comportements arbitraires, illégaux et anticonstitutionnels de la part du gouvernement et de l'administration publique, tenir le gouvernement pour responsable de l'utilisation de l'argent des contribuables, veiller à ce que les politiques annoncées par le gouvernement et autorisées par lui-même soient effectivement mises en œuvre et améliorer la transparence des opérations gouvernementales et le renforcement de la confiance du public dans le gouvernement[365]. Le programme 2030 pour le développement durable de l'organisation des Nations Unies (ONU) reconnaît également l'importance du rôle de surveillance des parlements en matière d'engagement internationaux menés par les gouvernements[366].

La surveillance au sens de ce dernier critère de création de légitimité concerne principalement l'obtention de toutes les informations nécessaires par le parlement, celle-ci pouvant se faire par divers moyens, mais aussi l'expression de ses points de vue au gouvernement et au public[367]. Plus précisément, nous examinons dans le cadre de ce critère si un mode d'implication parlementaire remplit les obligations essentielles de la surveillance parlementaire : l'obligation du gouvernement de fournir des informations sur ses décisions et actes, l'obligation du parlement d'examiner ces derniers et de fournir des recommandations constructives et appropriées et l'obligation des autorités tenues de rendre compte de leurs actions de répondre aux conclusions du parlement[368]. Nous nous intéressons donc ici principalement au volet politique du contrôle parlementaire tel qu'identifié par DURI, ANGÉLICO, FERRI

363 BIRCH, *Representative and Responsible Government An Essay on the British Constitution* (Londres : 1964), p. 140 ; JUDGE, *The Parliamentary State* (Londres : 1993), p. 135 cités dans KELSO, Parliament, p. 229.

364 Plus généralement, BESSON et MARTÍ, *Legitimate Actors of International Law-Making: Towards a Theory of International Democratic Representation*, pp. 506.

365 YAMAMOTO, Oversight, pp. 9-10.

366 JÖNSSON et JOHNSSON, *Parliaments in Global Governance*, p. 316.

367 UIP, Parliamentary Involvement in International Affairs, p. 5 ; YAMAMOTO, Oversight, p. 10.

368 Rapport parlementaire mondial 2017, p. 13.

et VILLENEUVE, à savoir une limitation politique du pouvoir exécutif en lui demandant des comptes[369].

Ce critère vise donc à évaluer si un mode de participation permet à l'Assemblée fédérale de surveiller l'action du Conseil fédéral dans le cadre de l'élaboration du droit souple international. À titre d'illustration, le Conseil fédéral pourrait offrir une vue d'ensemble de ses activités en matière de droit souple international à l'Assemblée fédérale, en lui fournissant à des intervalles réguliers des rapports détaillés sur le droit souple en émergence. Dans ce cas, Anne et ses collègues seraient en mesure de surveiller les comportements du Conseil fédéral en lien avec les instruments internationaux de droit souple. Après l'application des cinq critères de création de légitimité que nous venons d'exposer, chaque mode d'implication parlementaire obtient un score d'apport de légitimité. Sur cette base, nous serons ensuite en mesure de mener des réflexions plus larges sur notre problématique en comparant une variété de modes d'implication parlementaire à disposition des membres de l'Assemblée fédérale, en identifiant les éventuelles marges de progrès et en discutant les mesures de renforcement proposées[370].

2.2.2.4. Le score d'apport de légitimité : système d'octroi des points

Après avoir identifié puis évalué un mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, nous lui accordons un score d'apport de légitimité. Le fait d'accorder des scores d'apport de légitimité nous permet d'effectuer une comparaison basée sur le même standard entre les différents modes, d'observer comment cet apport de légitimité varie à travers le temps pour chaque mode d'implication individuellement, mais aussi globalement et de réfléchir à des options de cumul. Nous verrons notamment que, moyennant un cumul de modes d'implication parlementaire applicables aux instruments internationaux de droit souple, l'Assemblée fédérale a la possibilité d'exercer toutes ses fonctions tout au long de la vie d'un instrument[371]. Plus important encore, grâce à ce système d'octroi de scores, nous sommes en mesure de prendre position sur la pertinence des contestations parlementaires invoquant un manque d'implication suffisante de l'Assemblée fédérale en matière de droit souple international, et en politique extérieure de manière générale, et de se

369 DURI, ANGÉLICO, FERRI et VILLENEUVE classent les outils et mécanismes de contrôle à disposition du parlement en trois catégories selon la fonction de contrôle qu'ils permettent de réaliser : *political control*, *financial oversight* et *legislative scrutiny*. DURI et al., Tools and Mechanisms, p. 8.

370 Voir point 9.2.1.

371 Voir point 9.2.1.1.

prononcer sur l'opportunité des pistes de renforcement des modes d'implication parlementaire adoptées et envisagées[372].

En fonction du nombre de critères de création de légitimité qu'il remplit, un mode d'implication peut obtenir une note allant de zéro à cinq points, car la satisfaction à chaque critère rapporte un point. Par exemple, si un mode répond aux critères de façonnement et de politisation du droit souple, mais s'avère insuffisant du point de vue des trois autres critères (consentement à l'instrument de droit souple, représentation et surveillance du comportement du Conseil fédéral), son score s'élèvera à deux points sur cinq. Plus le score d'apport de légitimité d'un mode d'implication parlementaire est élevé, plus nous pouvons conclure à un exercice efficace des fonctions parlementaires et plus la contribution à la légitimité démocratique de l'instrument international de droit souple est importante. Dans les termes de l'analyse multicritère, plus le score est élevé, plus l'option est performante vis-à-vis de l'objectif.

Nous accordons des demi-points dans deux situations. Le premier cas de figure est celui lorsque le mode d'implication parlementaire ne remplit que partiellement un critère. Tel est le cas en présence d'une politisation *partielle* lorsque l'un des deux éléments (alternativité ou revisibilité) n'est pas rempli ou, par exemple, lorsque les membres de l'Assemblée fédérale qui accompagnent le Conseil fédéral lors des négociations internationales ne reflètent pas fidèlement la composition politique de l'Assemblée fédérale[373]. Le deuxième cas de figure où des demi-points peuvent être octroyés concerne les modes d'implication parlementaire regroupant plusieurs éléments. Prenons l'exemple du premier mode d'implication parlementaire que nous examinerons dans la présente thèse, à savoir les outils généraux de participation parlementaire[374]. Comme nous le verrons, ce mode d'implication parlementaire comprend cinq différents outils dont la satisfaction aux critères de création est évaluée afin d'accorder un score d'apport de légitimité unique au mode d'implication parlementaire. Il peut donc s'avérer qu'un critère de création de légitimité ne soit pas rempli par tous les outils constituant ensemble le mode d'implication parlementaire, mais uniquement par certains. Dans cette situation, dès qu'un outil remplit le critère, un demi-point est accordé. Cependant, si plus de la moitié des outils remplissent le critère, l'arrondissement se fait vers le haut et le point entier est octroyé au mode d'implication parlementaire. En outre, si dans les cas où le mode contient plusieurs aspects, un critère est rempli partiellement par certains aspects et entièrement par d'autres,

372 Voir point 9.2.1.4.

373 Voir point 8.2.3.2.

374 Voir point 4.1.3.

l'arrondissement du point accordé se fait également vers le haut, en ce sens qu'un point entier est accordé. Nous rappelons à ce stade l'objectif présentatif de cette approche qui ne cherche pas une précision au niveau des chiffres mais vise à offrir un exposé certes approximatif, mais suffisamment fiable, des options évaluées en vue d'une discussion élargie sur la problématique[375]. Par conséquent, nous avons dû faire certains choix pouvant conduire à des résultats arithmétiquement imparfaits, tels que celui sur la détermination du seuil d'attribution des demi-points, tout en nous efforçant d'établir une logique permettant de disposer de conclusions fiables et cohérentes.

Pour donner un premier aperçu des résultats sur la base desquels nous nous positionnerons au sujet du malaise éprouvé par les parlementaires nationaux envers les instruments internationaux de droit souple, nous avons attribué les points comme suit pour les cinq modes d'implication parlementaire étudiés, dans l'ordre des chapitres à suivre. L'attribution détaillée des points et les différences entre les éléments de chaque mode d'implication parlementaire sont exposées davantage aux chapitres 4 à 8 et ne sont mentionnées ici qu'en support explicatif des scores d'apport de légitimité finaux. Les **outils généraux de participation parlementaire** obtiennent un score d'apport de légitimité de deux points et demi puisqu'ils remplissent le critère de la surveillance (un point) et indirectement celui du façonnement (un point), mais uniquement certains des éléments constitutifs de ce mode d'implication parlementaire remplissent le critère de la politisation (un demi-point). Les **droits de participation spécifiques à la politique extérieure** atteignent, en revanche, un score de trois points et demi en permettant un façonnement indirect des instruments internationaux de droit souple (un point), la surveillance du comportement du Conseil fédéral en la matière (un point), la politisation directe et indirecte (un point) et la représentation (un demi-point), car cette dernière est uniquement réalisée par le biais de la consultation. Nous accordons le score de deux points et demi à une éventuelle **approbation de l'instrument international de droit souple par l'Assemblée fédérale**, vu qu'elle apporterait de la légitimité au moyen du consentement (un point), du façonnement indirect (un point) et d'une politisation partielle (un demi-point) de l'instrument de droit souple en raison du choix binaire qui s'impose sans la possibilité de formuler des alternatives. Nous n'octroyons qu'un point à la **reprise de l'instrument international de droit souple dans l'ordre juridique interne**, car l'Assemblée fédérale n'apporte de la légitimité qu'en consentant indirectement à l'instrument (un point) par ce mode d'implication parlementaire, ses autres fonctions se manifestant dans le cadre de l'acte normatif repreneur

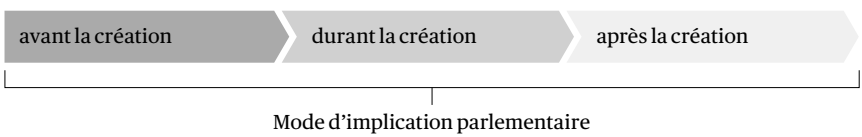
375 DEAN, Multi-Criteria Analysis, p. 177.

uniquement. Enfin, les **relations extérieures de l'Assemblée fédérale** se voient accorder un score d'apport de légitimité de quatre points et demi. En effet, tous les éléments de celles-ci permettent la surveillance du comportement du Conseil fédéral (un point) ainsi que le façonnement (un point) et la politisation (un point) directes et/ou indirectes de l'instrument. Le critère de la représentation est rempli par plus que la moitié des éléments, à savoir la participation à des délégations du Conseil fédéral et toutes les activités au sein des organisations parlementaires et obtient donc un point entier. En revanche, seuls certains éléments de ce mode d'implication parlementaire remplissent le critère du consentement (moins que la moitié des éléments pris en compte, donc un demi-point), à savoir la participation à des délégations du Conseil fédéral et certaines activités au sein des organisations interparlementaires.

2.2.3. L'évaluation selon le moment de l'implication : les trois phases temporelles d'un instrument international de droit souple

Le deuxième volet de notre évaluation des modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple vise à déterminer le(s) moment(s) de vie d'un instrument international de droit souple, à savoir **avant**, **durant** ou **après sa création**, auquel le mode examiné permet à l'Assemblée fédérale d'intervenir. Nous n'excluons pas la possibilité qu'un ou plusieurs modes d'implication parlementaire s'avèrent pertinents lors de plusieurs phases temporelles. Aux chapitres 4 à 8, l'évaluation temporelle de chaque mode d'implication parlementaire est illustrée à l'aide d'une ligne temporelle d'un instrument de droit souple (Figure 2). Le mode d'implication parlementaire est indiqué aux phases temporelles lors desquelles il permet l'intervention parlementaire. Cette évaluation selon le moment de l'implication nous permet, par la suite, d'identifier la phase temporelle lors de laquelle l'implication parlementaire permet le plus important apport en termes de légitimité grâce à un entrecroisement avec l'évaluation selon les critères de création de légitimité (point 2.2.4).

Figure 2. Modèle de la dimension temporelle : Intervention du mode d'implication parlementaire dans la vie d'un instrument de droit souple.



La délimitation de l'évaluation selon le moment de l'implication parlementaire s'avère particulièrement complexe à cause de l'informalité des processus de droit souple. Ce caractère informel du processus de création d'un instrument de droit souple n'empêche toutefois pas l'existence de règles de procédure détaillées[376]. Or, une procédure uniforme de négociation et d'adoption d'un instrument non-contraignant n'existe pas au niveau international, en raison de la grande variété de types de ces instruments[377]. De plus, peu d'États ont expressément codifié les procédures formelles internes pour coordonner la négociation et la conclusion de ces instruments[378]. Comme exposé en introduction, l'absence de telles procédures nationales est parfois mise en avant en tant qu'avantage de ces instruments[379]. Contrairement aux traités internationaux, il est donc extrêmement difficile, voire parfois impossible, de tracer précisément les phases de vie d'un instrument de droit souple. Nous avons donc tenté d'envisager des critères d'évaluation temporelle pouvant englober les différents processus de *soft law* d'une manière large, afin de parvenir à une évaluation temporelle uniforme et cohérente ; nous sommes ainsi arrivée au concept des phases temporelles. Nous avons identifié trois phases articulées autour de l'élément incontournable et commun à ces divers processus, à savoir le moment de création d'un instrument de droit souple, plus précisément le moment auquel les auteurs s'accordent définitivement sur le contenu et la formulation de l'instrument. La première phase temporelle pouvant permettre une implication parlementaire est celle avant l'élaboration ou la création de l'instrument. Ensuite, le parlement peut être impliqué durant l'élaboration, la création même du droit souple. Finalement, lorsque l'instrument est créé (et son contenu déterminé) le parlement peut se voir impliqué *a posteriori*. Nous visons ici le moment auquel les auteurs prennent acte pour la première fois de leur accord sur le contenu de l'instrument. Il ne s'agit pas ici de la détermination d'un contenu immuable, car l'instrument international de droit souple peut, par la suite, évoluer au moyen de l'interprétation ou d'une modification ultérieure par les auteurs. L'implication parlementaire aux modifications ultérieures du contenu de l'instrument se rapproche principalement de la phase temporelle « durant la création » au sens de la présente thèse.

376 PAUWELYN, Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions, p. 17.

377 PETRIG, Democratic Participation, p. 25.

378 SLAUGHTER précise à ce propos : « [t]he essence of a [transgovernmental] network is a process rather than an entity; thus it cannot be captured or controlled in the ways that typically structure formal legitimacy in a democratic polity », SLAUGHTER, *Agencies on the Loose? Holding Government Networks Accountable* in Transatlantic Regulatory Cooperation, Legal Problems and Political Prospects (Oxford : 2001), p. 525.

379 Voir point 1.1.1.

Notre conception des phases temporelles de vie d'un instrument international de droit souple se distingue de celle de l'administration fédérale. L'Aide-mémoire sur le droit souple adopte également une approche temporelle de la participation parlementaire à un instrument de droit souple[380]. Les phases temporelles sont plus précisément circonscrites dans l'Aide-mémoire que dans la présente thèse. Elles sont au nombre de six : annonce du document (analyse préalable), phase du mandat (pré-négociation), phase de la consultation (pré-négociation), phase de négociation, phase de la consultation (post-négociation) et adoption. Cependant, nous n'avons pas choisi d'adopter une telle approche plus détaillée de la vie d'un instrument de droit souple dans le cadre de la présente thèse, et ce pour trois raisons. Tout d'abord, l'Aide-mémoire se limite à l'examen des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure. Afin de pouvoir élargir notre recherche à d'autres modes d'implication parlementaire, nous avons dû adopter une vision temporelle moins détaillée, plus globale. Ensuite, les objectifs de l'Aide-mémoire et de notre étude ne sont pas concordants. L'Aide-mémoire offre une vision du point de vue de l'administration fédérale afin que ses collaboratrices et collaborateurs puissent déterminer plus aisément le moment précis auquel il convient d'informer et/ou consulter l'Assemblée fédérale. L'objectif de la présente thèse, quant à elle, est d'observer comment les modes d'implication de l'Assemblée fédérale permettent de contribuer à la légitimité à l'instrument de droit souple. Dernièrement, tandis que l'Aide-mémoire prend en compte uniquement la situation dans laquelle le Conseil fédéral et l'administration fédérale prennent directement part à la création de l'instrument de droit souple, notre recherche englobe également le droit souple au-delà.

Ainsi, notre évaluation temporelle démontrera que globalement, la majorité des modes d'implication parlementaire permettent celle-ci tout au long de la vie de l'instrument international de droit souple. Plus concrètement, les différents éléments des **outils généraux de participation parlementaire,** des **droits de participation spécifiques à la politique extérieure** et des **relations extérieures de l'Assemblée fédérale** habilitent une interaction des parlementaires avec l'instrument international de droit souple avant, durant et après sa création. Les deux modes d'implication parlementaire restants rendent cette implication possible uniquement à l'occasion de deux phases temporelles. En ce qui concerne l'**approbation par l'Assemblée fédérale**, celle-ci intervient principalement après la création de l'instrument. Son contenu complet et définitif doit être connu avant que l'Assemblée fédérale puisse se prononcer de manière binaire à son sujet, mais également durant la création grâce

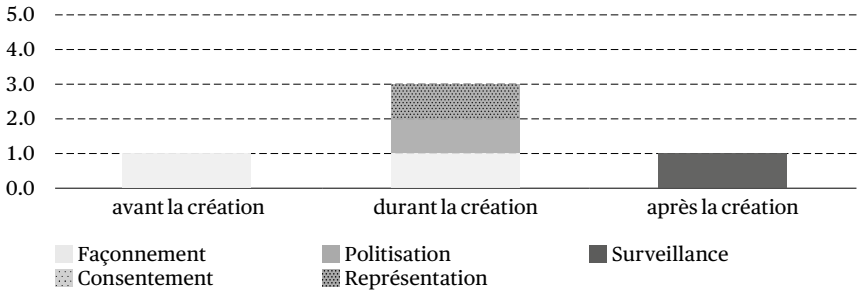
380 Voir Aide-mémoire sur le droit souple, p. 8.

à l'influence que la simple éventualité de l'approbation exerce sur le comportement du Conseil fédéral. Quant à la **reprise de l'instrument de droit souple dans l'ordre juridique suisse**, celui-ci intervient naturellement une fois que l'instrument existe déjà, donc après sa création. Cependant, comme nous le verrons au chapitre 7, l'emploi de renvois indirects et de renvois dynamiques conduit à une situation où l'instrument international de droit souple ou toutes ses versions futures sont reprises par l'Assemblée fédérale avant qu'ils ne soient créées[381].

2.2.4. L'entrecroisement des évaluations selon l'apport de légitimité et selon le moment de l'implication

La dernière étape de notre double évaluation des modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple consiste à entrecroiser les résultats de l'évaluation selon l'apport de légitimité (le score d'apport de légitimité) et ceux de l'évaluation temporelle. Cet entrecroisement nous permet donc de réfléchir à la façon dont et au moment où chaque mode d'implication parlementaire apporte de la légitimité à l'instrument international de droit souple, déterminant ainsi si et quand l'Assemblée fédérale exerce ses différentes fonctions élémentaires en l'utilisant. Cet entrecroisement est illustré à l'aide du modèle de graphique ci-dessous (Figure 3). Celui-ci est complété pour chaque mode d'implication parlementaire dans les conclusions intermédiaires des chapitres 4 à 8. L'exemple ci-dessous illustre l'entrecroisement des résultats d'un mode d'implication parlementaire fictif à des fins explicatives. L'axe vertical représente le score d'apport de légitimité et l'axe horizontal contient les trois phases temporelles.

Figure 3. Modèle de graphique représentant l'apport de légitimité par un mode d'implication parlementaire fictif avant, durant et après la création de l'instrument international de droit souple.



381 Voir point 7.3.2.

Nous pouvons observer que lorsqu'il est utilisé avant la création de l'instrument de droit souple, ce mode d'implication parlementaire fictif ne permet que de le façonner. Durant la création de l'instrument, le mode fictif continue de permettre le façonnement, mais il habilite également la politisation au sujet de l'instrument de droit souple ainsi que l'exercice du rôle de représentant des parlementaires. Finalement, après la création de l'instrument, le mode fictif permet à Anne et ses collègues de surveiller le comportement du Conseil fédéral. Le mode d'implication parlementaire fictif ne remplit à aucun moment le critère du consentement parlementaire à l'instrument de droit souple.

Sur la base de l'entrecroisement illustré par ce type de graphiques, nous sommes en mesure de formuler plusieurs observations en lien avec le mode d'implication parlementaire étudié. Premièrement, nous remarquons comment son apport de légitimité à l'instrument de droit souple varie à travers le temps. Son score d'apport de légitimité commence à un point avant de monter à trois points puis de redescendre à un point. Deuxièmement, il ressort clairement de ce graphique que l'apport de légitimité le plus important par le mode d'implication parlementaire fictif a lieu durant la création de l'instrument de droit souple. Dernièrement, nous retrouvons ici son score de création de légitimité global qui est de quatre points sur cinq (façonnement, politisation, représentation et surveillance). Il convient de préciser que le fait que le critère du façonnement soit satisfait lors de deux phases temporelles ne permet pas d'augmenter le nombre de points octroyés pour ce critère, un point constituant le maximum pouvant être accordé par critère. Plus généralement, nous utilisons ce type de représentations graphiques pour mettre en évidence les différences dans le temps et à des fins comparatives. Après avoir exposé notre méthode de recherche et la double évaluation que nous avons conceptualisée, nous présentons désormais brièvement la structure de la présente thèse.

2.3. La structure de la thèse

La thèse est introduite par le chapitre précédent qui a cherché à contextualiser son sujet dans le cadre du choix stratégique des États en faveur des instruments internationaux de droit souple et à définir la question de recherche. Le présent chapitre, quant à lui, a exposé la démarche entreprise pour mener à bien notre recherche, y compris le système de double évaluation multicritère et temporelle développé dans ce cadre. Le chapitre 3 pose ensuite le cadre théorique dans lequel s'inscrit la présente thèse. Celui-ci se concentre sur la répartition des compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale dans le domaine de la politique extérieure et donne la définition de travail du droit souple pertinent pour l'implication parlementaire. Les chapitres 4 à 8

analysent les cinq modes d'implication parlementaire identifiés en les contextualisant, puis en procédant à leur double évaluation, c'est-à-dire en déterminant leur score de création de légitimité et les phases de vie d'un instrument de droit souple auxquelles ils interviennent. Les chapitres 4 à 8 se terminent chacun par une conclusion intermédiaire qui met en évidence l'entrecroisement des résultats des deux volets de l'évaluation du mode d'implication parlementaire concerné. Le chapitre 9 offre une présentation globale de nos résultats en proposant une vue d'ensemble des deux volets de la double évaluation et un entrecroisement de celles-ci regroupant tous les modes d'implication parlementaire étudiés. Finalement, ce dernier chapitre formule quatre conclusions principales, réfléchit à la portée de nos résultats en évoquant les limites structurelles auxquels l'implication parlementaire fait face et discute quelques perspectives pour des recherches futures.

3. Le droit souple international : un élément de politique extérieure suisse

Le troisième chapitre de la présente thèse a pour objectif de contextualiser davantage deux éléments essentiels de notre problématique : le partage horizontal des compétences en matière de politique extérieure et le droit souple qui s'inscrit dans ce cadre. Alors que la notion de droit souple se situe au cœur de notre question de recherche et constitue l'un des termes clés à définir, l'implication parlementaire en matière de réglementation internationale, que celle-ci soit souple ou non, concerne le partage de compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale en politique extérieure. À ce stade, nous ne présentons qu'un aperçu de ce partage des compétences (point 3.1), mais des éléments relatifs à celui-ci interviendront tout au long de la thèse. Nous définissions, par la suite, le droit souple international pertinent à cet égard (point 3.2), avant d'entamer l'évaluation du premier mode d'implication parlementaire identifié au prochain chapitre.

3.1. Aperçu du partage des compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale en matière de politique extérieure[382]

Le partage horizontal des compétences, c'est-à-dire entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, en matière de politique extérieure est régi par les art. 166 et 184 Cst. Alors que le Conseil fédéral est « chargé des affaires étrangères » (art. 184, al. 1 Cst.), l'Assemblée fédérale « participe à la définition de la politique extérieure » et « surveille les relations avec l'étranger » en vertu de l'art. 166 Cst.[383]. La doctrine considère que le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale disposent de compétences concurrentes en matière de politique

382 Nous avons publié un commentaire de l'art. 166 Cst. dans le Commentaire en ligne en 2023, voir PROTIC, OK Cst., art. 166. Au vu de la proximité des sujets traités, certains développements de la présente section ont été repris de cette publication.

383 EPINEY, *art. 166 Cst.* in Basler Kommentar Bundesverfassung (Bâle : 2015) N 7; EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 8; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 12.

extérieure[384]. Le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996 constate un parallélisme et des recoupements des compétences respectives de l'exécutif et du législatif qui « incitent [...] les deux pouvoirs à conjuguer leurs efforts »[385] et que ces derniers agissent comme « les doigts d'une même main » dans le domaine de la politique extérieure[386]. Le pouvoir législatif fédéral suisse a ainsi une position forte en matière de politique extérieure, unique en comparaison internationale[387], même si VERDIER et VERSTEEG ont observé une tendance générale vers la limitation du rôle dominant de l'exécutif dans ce domaine par l'élargissement des compétences du législatif[388].

Le lien intrinsèque entre les art. 166 et 184 Cst. atteste de l'imbrication des compétences des pouvoirs législatif et exécutif en matière de politique extérieure. WILDHABER a considéré en 1992 que le partage horizontal des compétences dans ce domaine était, déjà à l'époque, conçu de manière concurrente par le constituant avec l'objectif d'une coopération et d'une coordination constantes entre le Gouvernement et le Parlement[389]. L'inclusion des compétences partagées et de la coopération intense entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale dans la Constitution de 1999 marque une étape importante de la tendance générale de progression de l'importance de la politique extérieure et de l'érosion du monopole présumé de l'exécutif en la matière[390]. À l'origine de cet entrelacement de compétences se trouvent deux défis majeurs auxquelles les autorités fédérales chargées des affaires étrangères doivent

384 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 8; ZELLWEGER, *Die demokratische Legitimation von Staatsverträgen*, pp. 272, 274.

385 Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 399.

386 « Verhältnis zu gesamter Hand », FF 1997 I 399. Selon PETRIG et SINZ, cette expression doit être créditée à un juriste allemand, FRIESENHAHN, *Parlament und Regierung im modernen Staat: Die Organisationsgewalt* in Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Berlin am 10. und 11. Oktober 1957 (Berlin : 1958), p. 38; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 67.

387 Rapport CPA, pp. 3, 18, 51.

388 VERDIER et VERSTEEG, *Modes of Domestic Incorporation of International Law* in Research Handbook on the Politics of International Law (Cheltenham : 2017), p. 150 ; VERDIER et VERSTEEG, *Separation of Powers, Treaty-Making, and Treaty Withdrawal: A Global Survey* in The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law (Oxford : 2019), p. 136 ; Sur l'histoire de l'extension de l'approbation parlementaire plus précisément, voir VERDIER et VERSTEEG, *International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation* in Comparative International Law (Oxford : 2018), pp. 210, 214-219.

389 WILDHABER, *Aussenpolitische Kompetenzordnung im schweizerischen Bundesstaat* in Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik (Berne : 1992), p. 132.

390 PETRIG, Democratic Participation, p. 188. Plus généralement, le principe de la séparation des pouvoirs n'empêche pas une étroite collaboration entre tous les organes étatiques, MALINVERNI et al., *Droit constitutionnel suisse* (Berne : 2021), p. 677.

faire face. D'un côté, l'internationalisation de la politique et du droit, qui a gagné en intensité notamment depuis la seconde moitié du XXème siècle[391], et les effets que les normes internationales, y compris souples, produisent directement sur les justiciables et le droit national[392] ont mis en évidence un besoin accru de légitimité démocratique dans la sphère internationale[393]. De l'autre, le Conseil fédéral doit pouvoir maintenir une marge de manœuvre ainsi qu'un certain degré de flexibilité et d'efficacité dans la conduite de la politique étrangère, besoins auxquels les processus d'implication parlementaire souvent chronophages risquent de porter atteinte. Cette tension est particulièrement délicate pour un État globalisé comme la Suisse, dont l'« ADN constitutionnel » comprend la participation démocratique à l'élaboration du droit[394].

L'art. 166, al. 1 Cst. prévoit que l'Assemblée fédérale « participe » à la définition de la politique extérieure. Il établit ainsi un droit et une obligation de participation de l'Assemblée fédérale. EHRENZELLER qualifie l'Assemblée fédérale de « décideur coresponsable » dans ce domaine[395]. La formulation actuelle va plus loin que celle de l'avant-projet de 1995 (« elle peut contribuer à l'orientation de la politique étrangère »), mais moins loin que la proposition des deux commissions de 1997 selon laquelle « l'Assemblée fédérale fixe les orientations fondamentales de la politique étrangère »[396]. Nous en déduisons donc que l'Assemblée fédérale ne peut pas fixer de manière contraignante les buts à atteindre dans le domaine de la politique internationale[397]. De plus, le Tribunal fédéral a expressément considéré qu'au sens de l'art. 166, al. 1 Cst., l'Assemblée fédérale ne peut pas obliger le Conseil fédéral à entreprendre certains actes de politique extérieure et qu'il relève de la seule compétence du Conseil fédéral de renoncer à la poursuite de négociations.[398] Toutefois, en « participant »

391 PETRIG, *Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Außenbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt?*, p. 96; DIGGELMANN, *Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz* (Berne : 2005), p. 1; LINDER, *Swiss Legislation in the Era of Globalisation: A Quantitative Assessment of Federal Legislation (1983-2007)*, pp. 224-225.

392 DIGGELMANN, Verfassungsstaat, p. 5.

393 SCHMID et ALTWICKER, *International Law and (Swiss) Domestic Law-Making Processes*, pp. 501, 504-505; DIGGELMANN, *Völkerrecht, Geschichte und Grundlagen mit Seitenblicken auf die Schweiz* (Baden : 2018), p. 192.

394 PETRIG, Democratic Participation, p. 182.

395 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 17.

396 Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, p. 319.

397 Selon AUBERT, la proposition de 1997 signifiait que « [...] l'Assemblée fédérale donnerait de façon régulière des directives générales sur les buts à atteindre dans le domaine de la politique internationale ». AUBERT, PC, art. 166 N 5.

398 ATF 139 V 263, consid. 7.2.

au sens de l'art. 166, al. 1 Cst., l'Assemblée fédérale ne doit pas simplement légitimer l'action du Conseil fédéral sur le plan de la politique étrangère, mais faire preuve d'un comportement proactif[399] en agissant sur sa propre initiative et selon les procédures en vigueur[400]. La notion de « politique extérieure » doit, quant à elle, être comprise de manière large, en ce sens qu'elle englobe toutes les activités menées dans le cadre des affaires extérieures de la Suisse[401], y compris les activités en lien avec les instruments internationaux de droit souple. De manière générale, il est considéré que la notion de « politique étrangère » est plus restreinte que la notion d'« affaires étrangères »[402]. Toutefois, ces distinctions terminologiques n'ont que très peu de portée pratique[403].

L'Assemblée fédérale participe « à la définition » de la politique extérieure. La version française du texte constitutionnel parle simplement de « définition », tandis que la version allemande utilise le terme de « Gestaltung » et la version italienne celui d'« elaborazione ». Il peut en être déduit que l'Assemblée fédérale doit participer au façonnement, à l'élaboration de la politique extérieure, c'est-à-dire à sa formation et à sa mûre préparation. Dès lors, l'Assemblée fédérale doit être associée à la formation de la volonté politique sur les questions fondamentales et être impliquée dans la prise de décisions importantes[404] et ainsi avoir la possibilité d'exercer une influence effective sur l'orientation de la politique extérieure suisse[405]. Quant aux aspects opérationnels de la conduite de cette politique, notamment son exécution, ceux-ci relèvent de la compétence du Conseil fédéral seul au sens de l'art. 184, al. 1 précité[406].

L'art. 24 LParl précise la notion de « définition de la politique extérieure ». Selon son al. 1, « l'Assemblée fédérale [...] participe au processus de décision relatif aux questions importantes en matière de politique extérieure ». Le texte allemand de la disposition utilise les termes « Grundsatzfragen » et « Entscheide ». Selon le CPA, « [...] le terme « Grundsatzfragen » (questions importantes) renvoie plutôt à des aspects de planification stratégique, tandis que le terme de « Entscheide » (processus de décision) se réfère plutôt à des projets concrets, liés par exemple à l'activité normative ; il apparaît ainsi clairement que la participation parlementaire touche tous les aspects de la politique exté-

399 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 18.

400 AUBERT, PC, art. 166 N 8.

401 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 9; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 13.

402 MAROONIAN et KOLB, *art. 54 Cst.* Ibid. N 14.

403 Ibid. N 13; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 13.

404 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 18.

405 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 11; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 14.

406 AUBERT, PC, art. 166 N 9 ; Rapport CF Soft Law, p. 13.

rieure [...] »[407]. La doctrine précise que la notion de « questions importantes » est d'ordre matériel et non formel, en ce sens que des critères formels tels que la forme ou la nature d'un acte de politique extérieure ne doivent pas être décisifs et qu'elle doit s'apprécier au cas par cas en prenant en compte toutes les circonstances[408]. En ce qui concerne le droit souple, cela signifie, premièrement, que celui-ci peut faire partie des « questions importantes » et n'est pas exclu en raison de sa nature et secondement, qu'une certaine catégorie d'instruments ne peut pas être isolée pour des raisons formelles, mais que l'Assemblée fédérale doit participer à tous ceux qui sont « importants ».

En conclusion, le Conseil fédéral a l'obligation d'associer l'Assemblée fédérale avant de prendre des décisions relatives à des « questions importantes » dans le domaine de la politique étrangère, car celle-ci participe « au processus de décision relatif » à ces dernières. Toutefois, une responsabilité à la charge de l'Assemblée fédérale découle également de cette participation, notamment celle de « sui[vre] l'évolution de la situation internationale » selon l'art. 24, al. 1 LParl et de prendre position et des initiatives à ce sujet[409]. L'Assemblée fédérale s'acquitte des tâches définies aux art. 166, al. 1 Cst. et 24, al. 1 LParl, à savoir le suivi de l'évolution de la situation internationale et la participation au processus de décision relatif aux questions importantes en matière de politique extérieure notamment au moyen des droits de participation spécifiques à la politique extérieure de l'art. 152 LParl et de ses propres relations extérieures, deux aspects qui seront approfondis en tant que modes d'implication parlementaire respectivement aux chapitres 5 et 8 de la présente thèse.

L'art. 166, al. 1, prévoit également que l'Assemblée fédérale surveille les relations avec l'étranger. Au vu de la systémique de cet alinéa, un lien étroit entre la surveillance et la participation peut être déduit. La mention expresse de la surveillance à cet endroit démontre que le rôle de l'Assemblée fédérale ne se limite pas à un contrôle politique *a posteriori,* mais qu'il s'agit également d'un aspect de la compétence générale de participation, à savoir une participation proactive et réactive de l'Assemblée fédérale[410]. La surveillance ne vise pas uniquement la manière dont le Conseil fédéral gère les affaires étrangères, cet aspect faisant déjà objet de la haute surveillance de l'Assemblée fédérale (art. 169 Cst.), mais concerne également les relations de la Suisse avec l'étranger de manière générale, y compris les activités des différents acteurs publics

407 Rapport CPA, p. 22.

408 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 13; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 20, 35.

409 Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, p. 285; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 23; EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 18, 21 ; EHRENZELLER, Aussenpolitik, p. 596.

410 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 22.

dans le domaine, dont celles des cantons (art. 56 Cst.) et sa propre politique extérieure (art. 24, al. 4 LParl)[411]. Nous partageons l'avis d'AUBERT selon lequel le verbe « veiller » aurait été plus approprié, en ce sens que l'Assemblée fédérale doit « veiller » à ce que les relations avec l'étranger soient « aussi bonnes que possible » globalement[412]. Son rôle ne se limite pas à une observation passive, en ce sens qu'elle doit « soigner » ces relations lorsqu'elle agit elle-même[413]. Ces aspects sont particulièrement importants pour notre démarche, car les relations extérieures de l'Assemblée fédérale constituent un mode d'implication parlementaire prometteur en matière de droit souple international[414]. Par ailleurs, l'Assemblée fédérale doit veiller à sa propre participation effective à la définition de la politique extérieure, contribuant ainsi à la conception proactive de ses compétences en politique extérieure[415].

L'art. 166, al. 2 prévoit un droit de participation spécial et particulièrement étendu de l'Assemblée fédérale en matière d'affaires étrangères[416]. En principe, il appartient à l'Assemblée fédérale d'approuver les traités internationaux avant leur ratification par le Conseil fédéral selon l'art. 184, al. 2 Cst. Une exception au principe précité concerne les traités dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international. Selon la doctrine majoritaire, l'art. 166, al. 2 s'applique uniquement aux traités internationaux au sens étroit et non aux décisions des organisations internationales ou au droit souple[417]. Il convient toutefois de mentionner que certains instruments internationaux ne correspondant pas à cette définition de traité international ont déjà été soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale, comme le Pacte mondial sur les migrations de l'ONU, un instrument de droit souple. L'approbation par l'Assemblée fédérale sera davantage élaborée en tant que mode d'implication parlementaire au chapitre 6 de la présente thèse. Après avoir circonscrit les compétences de l'Assemblée fédérale et du

411 Ibid. ; EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 32.

412 AUBERT, PC, art. 166 N 11.

413 Ibid. ; Commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales, Rapport sur la répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral du 15 décembre 1995, FF 1996 II 464, 465.

414 Voir chapitre 8 et point 9.2.1.3.

415 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 29.

416 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 24.

417 À ce propos, voir SCHMID, CR Cst., art. 166 N 33 et PETRIG, Genehmigung, p. 95. Doctrine minoritaire notamment : PETRIG, Genehmigung, pp. 131 ss (systématisation de l'application par analogie aux décisions contraignantes des organisations internationales); HANGARTNER et al., *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Zurich : 2023) N 1068 (interprétation autonome de la notion de traité international).

Conseil fédéral en politique extérieure, notion qui comprend également les instruments internationaux de droit souple, il convient de définir ces derniers et de déterminer ceux qui sont concernés par l'implication parlementaire.

3.2. Le droit souple international dans le contexte de l'implication de l'Assemblée fédérale en politique extérieure

Cette section a pour objectif de circonscrire l'objet de notre étude, à savoir de préciser la notion de droit souple international au sens de la présente thèse. Cette étape nous permettra de déterminer les instruments de droit souple pertinents pour notre question de recherche. En effet, une définition généralement acceptée de ces derniers n'existe ni en droit international ni dans le droit interne[418], en l'occurrence suisse. Le concept lui-même est parfois remis en question par certains auteurs[419]. Les instruments qui peuvent être qualifiés de droit souple sont élaborés de diverses manières, se présentent sous une grande variété de formes, interagissent régulièrement et peuvent même se chevaucher avec les traités internationaux[420]. Il convient dès lors de présenter les contours de ce que nous entendons par « droit souple international » en déterminant le droit souple international pertinent dans le contexte de l'implication parlementaire en politique extérieure. Même si certains auteurs privilégient la terminologie de « droit international informel » car le terme « souple » peut donner la fausse impression d'absence d'exigence de conformité à ces normes[421], nous nous en tenons à ce dernier. L'origine de la terminologie *soft law* est généralement attribuée à LORD MCNAIR[422]. RIGAUX a proposé de traduire ces termes par « droit assourdi » afin d'éviter toute connotation négative pouvant être liée au mots « mou » ou « souple »[423]. Cependant, la notion « droit souple » ou *soft law* s'est imposée en Suisse dans les discussions relatives à la participation parlementaire à la politique étrangère et sera, dès lors, utilisée dans la présente thèse. L'allocution anglaise *soft law* est parfois accordée au

418 CÁRDENAS CASTAÑEDA, Sources of International Law, p. 372.

419 Voir, par exemple, KLABBERS, *The Redundancy of Soft Law* et WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law?*.

420 BRUNNÉE, *Sources of International Environmental Law* in The Oxford Handbook on the Sources of International Law (Oxford : 2017), p. 978.

421 PAUWELYN et al., Assessment, p. 534.

422 BLUTMAN, *In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law*, p. 606 ; THÜRER, *Soft Law*, §5.

423 RIGAUX, *Le droit au singulier et au pluriel*, §39.

féminin dans la doctrine francophone[424]. Nous privilégions le genre masculin de cette formulation dans la présente thèse dans un souci de cohérence avec la traduction française choisie (le « droit souple ») et les utilisons de manière interchangeable.

Nous récapitulons, tout d'abord, comment les courants doctrinaux principaux saisissent la notion controversée qu'est le droit souple (point 3.2.1). Ensuite, nous définissons les instruments internationaux de droit souple au sens de la présente étude à l'aide de quatre caractéristiques et énumérons expressément le droit souple exclus de notre recherche (point 3.2.2), avant de nous pencher sur la genèse et l'évolution de celui-ci à travers le temps, notamment en faisant référence aux trois phases temporelles exposées dans l'introduction (point 3.2.3).

3.2.1. Le phénomène du droit souple, une contradictio in adiecto ?

Le phénomène du droit souple constitue un terrain dogmatique difficile à saisir et controversé en doctrine[425]. Différents auteurs parlent de malaise ou d'embarras juridique[426] causé par le phénomène de droit souple dans la doctrine et le qualifient de question gênante pour les juristes internationaux[427]. Il convient ici de souligner que le droit souple n'est pas une manifestation exclusivement internationale, mais qu'il soulève les mêmes questionnements phénoménologiques en droit interne également[428]. Il va sans dire que les termes « droit » et « souple » pourraient être compris comme intrinsèquement contradictoires, certains considérant que l'expression est en effet un

424 Par exemple, FLÜCKIGER, *Pourquoi respectons-nous la soft law?* et ABI-SAAB, Éloge du droit assourdi.

425 HILLGENBERG, A Fresh Look at Soft Law, p. 499.

426 SINZ, Internationales Soft Law, p. 23 parle de « juristisches Unbehagen » et renvoie à KNAUFF, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem* (Tübingen : 2010), p. 24 et HERDEGEN, *Völkerrecht* (Munich : 2020), §20 qui, quant à eux, se réfèrent à une « juristische Verlegenheit ». BLUTMAN, Legal Metaphor, pp. 605, 610 considère qu'il s'agit d'une « métaphore juridique ».

427 GUZMAN qualifie cette problématique de « awkward question », GUZMAN et MEYER, *International Soft Law*, p. 3.

428 Au sujet du recours au droit souple en droit suisse, voir, par exemple, FLÜCKIGER, *L'unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l'assaut du fédéralisme* in Le droit public en mouvement : mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier (Genève, Bâle, Zurich : 2020); FLÜCKIGER, *Le droit souple intercantonal : quand les conférences intercantonales recommandent, les réglementations s'harmonisent* in Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel : entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique (Genève : 2019); FLÜCKIGER, *Droit souple : quelle place pour les « normes molles » en droit administratif ? Rapport suisse*.

oxymore[429] ou un paradoxe[430]. Par exemple, dans sa réponse à D'AMATO, D'ASPREMONT compare le droit sans sanction au « mind without a body or an incorporal rule »[431]. Pourtant le droit souple n'est pas un phénomène nouveau. Comme susmentionné, l'invention de la terminologie est en général créditée à LORD MCNAIR, même si celui-ci l'utilisait dans un autre contexte[432]. Cependant, l'usage des instruments de droit souple précède même la formulation par LORD MCNAIR. En effet, SINZ a pu retracer les premiers exemples de droit souple dans le domaine du droit international humanitaire au XIX^{ème} siècle et a constaté l'augmentation progressive du recours à ce type d'instruments depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale[433]. Par ailleurs, la Commission du droit international avait déjà conscience de la problématique du droit international non-contraignant lors des travaux préparatoires de la CVDT[434]. Depuis 2022, la question du régime juridique des accords internationaux non-contraignants est remise sur la table de la Commission du droit international et de la Sixième commission de l'Assemblée générale de l'ONU[435].

La difficulté conceptuelle que pose le phénomène de droit souple et son caractère controversé sont particulièrement visibles dans la discussion doctrinale sur la nature du droit. D'un côté, l'approche binaire de la nature du droit s'appuie sur l'idée que le droit est soit contraignant, soit ce n'est pas du droit[436]. Une norme de droit est donc soit obligatoire soit juridiquement non pertinente[437]. Par ailleurs, les partisans de cette approche considèrent la coercition ainsi que le caractère exécutoire d'un instrument, autrement dit la

429 D'ASPREMONT, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Rejoinder to Tony D'Amato*, p. 916 et plus généralement D'ASPREMONT, *Formalism and the Sources of International Law, A Theory of the Ascertainment of Legal Rules* (Oxford : 2011), cités dans WUERTH, *Sources of International Law in Domestic Law* in The Oxford Handbook on the Sources of International Law (Oxford : 2017), p. 1132; Conseil d'État français, Étude annuelle 2013 : Le droit souple (Paris : 2013), p. 19.

430 HANDL et al., *A Hard Look at Soft Law*, p. 420.

431 D'ASPREMONT, A Rejoinder to Tony D'Amato, p. 914.

432 D'ASPREMONT, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials*, p. 1081 ; KLABBERS, Redundancy, p. 173.

433 Pour le contexte historique du droit souple, voir SINZ, Internationales Soft Law, pp. 11-19.

434 Par exemple, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa onzième session (A/4169), p. 99 ; LAUTERPACHT, *Rapport sur le droit des traités, Document A/CN.4/63*, p. 98. Pour une démonstration complète des travaux de la Commission du droit international sur le sujet des accords internationaux juridiquement non-contraignants, voir FORTEAU, Rapport 2024, pp. 12-23.

435 Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-treizième session, A/77/10.

436 WEIL, Relative Normativity, p. 413.

437 NEUHOLD, Soft Law as an Alternative, p. 47.

sanction juridique, comme éléments décisifs pour le qualifier en tant que droit[438]. Le phénomène de droit souple s'inscrit difficilement dans cette vision binaire du droit et ne peut être reconnu comme juridiquement valide selon celle-ci[439]. Le droit souple qui se situe entre « le droit » et « le non-droit » et qui n'engendre pas de sanction juridique, est donc forcément considéré comme du non-droit[440]. Il est, dès lors, appréhendé comme une « excroissance pathologique incarnant tout ce qui ne va pas en matière de production normative en droit international contemporain »[441]. Nous partageons l'avis de NEUHOLD et BOYLE selon lequel le formalisme de l'approche binaire ne permet pas de saisir la subtilité des normes qui ne répondent pas entièrement aux critères requis par les sources de droit reconnues, mais qui se voient tout de même respectées par les États et les autres sujets du droit international et qui ne cessent de prendre de l'importance dans la régulation des activités des acteurs internationaux[442].

De l'autre côté, un grand nombre d'auteurs adopte une vision graduelle de la normativité, contrairement aux adeptes de l'approche binaire qui l'excluent expressément[443]. Cette approche, quant à elle, observe l'existence d'une zone grise ou d'une zone *interim* entre le droit et le non-droit[444]. Le droit international est compris ici comme un processus et non pas comme quelque chose de statique[445]. Partant, aucune ligne de démarcation stricte ne peut être tracée entre les règles juridiques et les autres normes internationales, car les règles de droit souple peuvent fonctionner très efficacement et sont généralement considérées comme faisant autorité par les acteurs internationaux[446]. Des critères autres que l'obligation de conformité contraignante et la force d'exécution

438 SPILIOPOULOU ÅKERMARK, *Soft Law and International Financial Institutions – Issues of Hard and Soft Law from a Lawyer's Perspective* in Soft Law in Governance and Regulation: an Interdisciplinary Analysis (Cheltenham: 2004), p. 77.

439 Voir notamment, KELSEN, *Théorie pure du droit* (Bruxelles : 1999).

440 WEIL, Relative Normativity, pp. 413-417; VAN KLINK et LEMBCKE, *A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law* in Legal Validity and Soft Law (Cham : 2018) p. 145; KLABBERS, Redundancy, p. 182; BLUTMAN, Legal Metaphor, p. 623.

441 ABI-SAAB, Éloge du droit assourdi, p. 61.

442 NEUHOLD, Soft Law as an Alternative, p. 47; BOYLE, Reflections, p. 913.

443 D'ASPREMONT, Softness in International Law, p. 1083 ; D'ASPREMONT, A Rejoinder to Tony D'Amato p. 94 ; VAN KLINK et LEMBCKE, Legal Validity and Soft Law, p. 155.

444 BAXTER, *International Law in Her Infinite Variety*, pp. 549 ss; HANDL et al., A Hard Look at Soft Law, p. 371; KLABBERS, Redundancy, p. 167.

445 HIGGINS, *International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes General Course on Public International Law,* pp. 23 ss. Voir à ce propos, HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford : 1995).

446 KOVEN LEVIT, *A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Finance Instruments*, p. 191; PETERS, Global Compact for Migration.

doivent être pris en compte pour la qualification d'un instrument, tels que l'impact d'une norme sociale sur la structure internationale et l'influence que celle-ci a sur le comportement de l'État[447]. La vision du Conseil fédéral semble suivre cette seconde approche quant à la caractérisation de la normativité du droit souple. En effet, celui-ci définit le droit souple en tant que l'expression de volonté commune généralement écrite, ayant une valeur normative, mais sans force juridique contraignante[448].

Comme constaté préalablement par SINZ, trancher la question de savoir si le droit souple est du droit ou pas n'est pas déterminante pour la problématique de l'implication parlementaire[449]. L'existence et l'utilisation accrue de ce type d'instruments au niveau international est une réalité pratique et juridique et comme nous venons de l'observer dans la section précédente, ceux-ci font partie de la politique extérieure suisse dans le cadre de laquelle l'Assemblée fédérale doit pouvoir exercer ses compétences. Cela dit, nous nous rapprochons de la vision graduelle de la normativité du droit, notamment international. La vision binaire du droit nous paraît particulièrement mal adaptée à la complexité croissante de la réglementation internationale contemporaine dans laquelle une séparation stricte entre le droit et le non-droit est difficilement traçable en raison du poids des conséquences autres que la simple sanction juridique[450]. À notre sens, cela vaut également en droit suisse dans des domaines tels que la santé ou encore la technologie. Comme souligné par DUPUY déjà en 1991, « [T]hat this phenomenon is common nowadays is one of the many reasons why *soft law* should not be considered *a normative sickness* but rather a symbol of contemporary times and a product of necessity »[451]. En l'absence d'une définition commune de ce phénomène, la section suivante établit quatre caractéristiques permettant d'identifier les instruments internationaux de droit souple pertinents pour la problématique de l'implication parlementaire et détermine de manière précise ce que nous entendons par « droit souple » au sens de la présente thèse.

447 HANDL et al., A Hard Look at Soft Law, pp. 373-374.

448 Cette définition a été déduite de plusieurs éléments figurant dans son rapport sur le droit souple, Rapport CF Soft Law, pp. 4-9.

449 SINZ, Internationales Soft Law, p. 25.

450 D'ASPREMONT, Softness in International Law, p. 1076. À propos de l'inadéquation de la théorie binaire du droit dans la sphère internationale, voir SINZ, Internationales Soft Law, p. 24.

451 DUPUY, *Soft Law and the International Law of the Environment*, p. 422.

3.2.2. La définition de travail du droit souple international

Au vu de ce qui précède, une définition unique, communément acceptée du droit souple n'existe pas. Celui-ci est souvent considéré comme une catégorie résiduelle définie par opposition à d'autres catégories déjà admises plutôt que par ses propres termes[452]. Selon la définition large la plus généralement utilisée, le droit souple est constitué de promesses, de déclarations, de documents ou d'autres instruments qui ressemblent à du droit mais qui n'atteignent pas le niveau du droit contraignant[453]. Suivant la vision graduelle du droit, GUZMAN et MEYER[454] considèrent le droit souple comme étant un *continuum* ou un éventail englobant les instruments se trouvant entre les traités pleinement contraignants, par exemple la Convention de Minamata sur le mercure du 10 octobre 2013[455] et les positions purement politiques, telles que la déclaration d'intention pour des projets de protection du climat signée par la Suisse et la Thaïlande en mai 2021[456] ou encore la Déclaration politique sur le renforcement de la protection des civils contre les conséquences humanitaires découlant de l'utilisation d'armes explosives dans les zones peuplées[457]. Telle est également la compréhension proposée par le Conseil fédéral[458]. L'élément distinctif repose ici sur le caractère contraignant de l'instrument. Une autre définition appréhende l'élément distinctif d'un autre angle et se concentre sur le contenu de l'instrument. Au sens de cette dernière, le domaine du droit souple commence lorsque les dispositions juridiques sont affaiblies sur un ou plusieurs aspects tels que l'obligation, la précision ou la délégation[459]. Ces affaiblissements peuvent se produire sur plusieurs aspects simultanément et à des degrés variés. Dans les deux cas, le *soft law* reste défini par rapport au *hard law* et est compris comme une déviation de celui-ci. Il convient de préciser à ce stade que les instruments contraignants, à savoir les traités, peuvent contenir certaines dispositions souples. Ainsi, les dispositions souples d'un tel traité seraient formulées de manière trop large et imprécise pour déployer

452 GUZMAN et MEYER, International Soft Law, p. 173; Rapport CF Soft Law, p. 4.

453 GUZMAN et MEYER, International Soft Law, p. 174.

454 Ibid.

455 RS 0.814.82.

456 Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, La Suisse et la Thaïlande signent une déclaration d'intention pour des projets de protection du climat, Communiqué de presse du 28 mai 2021.

457 Explosive Weapons in Populated Areas, The Political Declaration.

458 Rapport CF Soft Law, p. 5.

459 ABBOTT et SNIDAL, Hard and Soft Law, p. 422.

un effet juridique contraignant. Tel est le cas notamment de certaines dispositions de l'Accord de Paris du 12 décembre 2015[460].

Notre domaine de recherche porte sur l'évaluation des modes d'implication parlementaire avant, durant et après la création du droit souple. Les explications précédentes ne sont pas suffisamment précises pour illustrer le droit souple sur lequel porte notre question de recherche. Il convient donc d'apporter une définition bien plus contextualisée dans le cadre de cette étude. Dans leur avis de droit du 29 novembre 2021, PETRIG et SINZ utilisent quatre critères cumulatifs pour définir le droit souple pertinent dans le contexte de la participation du Parlement[461]. Afin de donner un encadrement conceptuel à la notion au sens de la présente thèse, nous nous inspirons de cette caractérisation du droit souple international en reprenant ces quatre conditions ou caractéristiques cumulatives, tout en soulignant les points de divergence avec les autrices. À titre introductif, nous adoptons la définition de travail suivante : Pour qu'une implication du parlement national, en l'occurrence de l'Assemblée fédérale, puisse être envisageable, l'instrument international de droit souple ne doit pas pouvoir être qualifié de source de droit international, doit être de nature générale et abstraite, doit présenter une certaine force normative et doit inclure directement ou indirectement l'État dans la procédure de son élaboration. Tout d'abord, nous décortiquons en détail les quatre caractéristiques de définition (point 3.2.2.1), puis exposons le droit souple exclu de la définition (point 3.2.2.2), avant de d'apporter une conclusion intermédiaire à son propos (point 3.2.2.3).

3.2.2.1. Les quatre caractéristiques des instruments internationaux de droit souple

Notre définition de travail du droit souple pertinent pour la problématique de l'implication parlementaire est déterminée à l'aide de quatre caractéristiques, à savoir l'impossibilité de qualification de l'instrument de source de droit international (point 3.2.2.1.1), la nature générale et abstraite de son contenu (point 3.2.2.1.2), son caractère normatif (point 3.2.2.1.3) et une action des autorités publiques, c'est-à-dire une participation de l'État (point 3.2.2.1.4). Le rapport du CPA met en exergue la pertinence des instruments internationaux de droit souple élaborés au sein des organisations internationales pour le domaine qui nous occupe[462]. Alors que les instruments de droit souple produits

460 Entré en vigueur pour la Suisse le 5 novembre 2017, RS 0.814.012.

461 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 53-66.

462 Rapport CPA, p. 2.

par les organisations internationales relèvent certes d'une importance considérable en raison de leur nombre et de la notoriété de certains d'entre eux, tels que le Pacte de l'ONU sur les migrations, le droit souple élaboré au sein d'autres fora ne saurait être omis de notre définition de travail.

3.2.2.1.1. Impossibilité de qualification de source de droit international

La première caractéristique de la définition du droit souple pertinent pour notre domaine de recherche repose dans l'impossibilité de qualifier l'instrument étudié de source de droit international. Le droit souple international ne doit pouvoir être rattaché à une source de droit international public au sens de l'art. 38, §1er du Statut de la Cour internationale de justice (Statut CIJ)[463] et ne doit pas constituer non plus une source de droit international public en soi[464]. La définition la plus incontestée du droit souple est qu'il est constitué de normes internationales qui ne font pas partie des sources formelles du droit international énumérées à l'art. 38 du Statut CIJ[465]. Plus précisément, le droit souple doit être distingué, d'un côté, des traités internationaux cité à l'art. 38 du Statut CIJ en tant que source de droit international et de l'autre, des actes juridiques unilatéraux non inclus dans cette liste, mais que l'on considère néanmoins comme des sources de droit international[466]. La distinction principale entre le droit souple et ces sources de droit international repose dans l'absence du caractère contraignant. Ce dernier dépend de l'intention de se lier juridiquement qu'il est possible de déterminer en examinant différents indices, allant de la forme au contenu substantiel, en passant par les procédures[467]. Il découle de l'art. 2, §1 (a) CVDT que le titre d'un instrument ne peut,

463 RS 0.193.501; Rapport CF Soft Law, p. 8.

464 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 54 ; REILING, Standards, p. 319. Il convient de soulever que BRUNNÉE n'exclut pas le droit souple en tant que source de droit international. Elle considère que le seul fait que les « violations » du droit souple ne produisent pas les mêmes conséquences juridiques que les violations du droit conventionnel ou coutumier ne suffit pas à l'exclure de l'éventail des sources du droit international, BRUNNÉE, Sources, p. 981.

465 NÍ AOLÁIN, *Soft Law, Informal Lawmaking and New Institutions in the Global Counter-Terrorism Architecture*, p. 922.

466 ZIEGLER, *Introduction au droit international public* (Berne : 2020), p. 63 ; SHAW, *International Law* (Cambridge : 2008), pp. 113-122. À propos du décalage entre la théorie de l'art. 38 Statut CIJ et la pratique en matière de sources de droit international, voir ROBERTS et SIVAKUMARAN, *The Theory and Reality of the Sources of International Law* in International Law (Oxford : 2018), pp. 93 ss.

467 CIJ, Affaire de l'Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie v. Chili), 1er octobre 2018, Rec. 2018, p. 540 ; FORTEAU, Deuxième rapport sur les accords internationaux juridiquement non contraignants, pp. 25-26 ; PETERS, Global Compact for Migration.

à lui seul, indiquer si un document est juridiquement contraignant et donc, une source de droit international ou non, en raison de l'absence d'une pratique constante et cohérente dans la dénomination des différents instruments internationaux[468]. D'autres facteurs doivent être pris en compte, tels que le processus d'élaboration du document, l'historique des négociations, la forme et surtout le contenu du texte lui-même[469]. En ce qui concerne ce dernier facteur, il convient d'évaluer si le langage utilisé renvoie à des engagements juridiques et si le texte contient des obligations contraignantes claires[470]. En plus du fait qu'il ne puisse être rattaché à aucune source de droit international, un instrument doit faire preuve d'une nature générale et abstraite pour être qualifié de droit souple.

3.2.2.1.2. Nature générale et abstraite de l'instrument

Les instruments de droit souple pertinents dans le contexte de la participation parlementaire en politique extérieure sont de nature générale et abstraite. Cette caractéristique concerne la partie « droit » de l'allocution « droit souple », en ce sens que le contenu de l'instrument de droit souple doit être général et abstrait[471]. Le contenu d'un acte peut être qualifié de général lorsqu'il vise un nombre indéterminé ou indéterminable de personnes et d'abstrait lorsqu'il s'applique à un nombre indéterminé ou indéterminable de situations[472]. En d'autres termes, l'instrument en question doit avoir un contenu comparable à celui d'une loi au sens matériel[473] pour être considéré comme pertinent. Selon l'art. 22, al. 4 LParl « [...] les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences » fixent des règles de droit. Malgré l'inapplicabilité de cet article dû au fait qu'il concerne uniquement la législation, PETRIG et SINZ estiment que les objectifs poursuivis par une règle générale et abstraite tels qu'ils figurent à cet article, à savoir la création des obligations, la conférence des droits

468 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 55 ; BOYLE, Soft Law, p. 120.

469 BRUNNÉE, Sources, p. 977; PETERS, Global Compact for Migration. Pour une vue d'ensemble de l'évolution des termes « intention de se lier juridiquement » dans la jurisprudence des tribunaux internationaux, voir FORTEAU, Rapport 2025, pp. 23-30.

470 PETERS, Global Compact for Migration. PETERS précise que l'absence d'obligations articulées de manière brève et claire ne permet toutefois pas de qualifier automatiquement un instrument de droit souple. En effet, les traités internationaux récents, tels que l'Accord de Paris, ne contiennent pas non plus toujours des obligations courtes et claires mais restent pourtant juridiquement contraignantes.

471 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 55.

472 MOOR et al., *Droit administratif, Les Fondements* (Berne : 2012), p. 52.

473 POLTIER et MOOR, *Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle* (Berne : 2011), p. 654.

et l'attribution de compétences, peuvent également être observés dans les normes de droit souple[474]. On parle alors d'obligations, droits et compétences « souples ».

La qualification générale et abstraite doit être comprise ici par opposition au caractère individuel et concret. Nous considérons qu'un acte relève d'un caractère individuel lorsque le(s) objet(s) sur le(s)quel(s) il porte est ou sont déterminé(s) au moment où l'acte est décidé[475]. Quant au caractère concret, l'objet de l'acte doit être rattaché à un état de fait singulier[476]. Les instruments de droit souple peuvent également être individuels et concrets. À titre d'exemple, PETRIG et SINZ incluent dans cette notion les actes qu'un acteur de droit international public prend unilatéralement dans l'exercice de ses compétences tels que les « communications » (plaintes individuelles) non directement contraignantes des comités chargés de surveiller le respect des différents traités de l'ONU relatifs aux droits de l'homme, les listes « noires » ou « grises »[477] et les mécanismes de « rankings » ainsi que des instruments bilatéraux souples au contenu individuel et concret, comme certains *Memoranda of Understanding*[478]. Nous rejoignons PETRIG et SINZ sur le fait que ces instruments ne sont pas pertinents dans le cadre de la participation parlementaire à la politique étrangère[479], notamment en raison du fait qu'ils ne comprennent pas des activités de *law-making*. En effet, à notre avis, les instruments internationaux de droit souple individuels et concrets s'éloignent du champ de compétence primaire d'un organe législatif. Ils doivent dès lors être écartés de notre définition de travail du droit souple. L'exclusion des actes de droit souple individuels et concrets permet de contourner, dans une certaine mesure, deux éléments rendant l'implication de l'Assemblée fédérale dans le domaine du droit souple particulièrement difficile[480], à savoir le grand nombre d'instruments de droit souple et les brefs délais à respecter lors de leur création[481]. Ainsi, pour être qualifié de droit souple pertinent pour l'implication parlementaire, l'instrument en question ne doit pas uniquement relever d'un caractère général et abstrait, mais également dégager une force normative.

474 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 56.

475 POLTIER et MOOR, Droit administratif, p. 198.

476 Ibid.

477 Comme les listes « noires » ou « grises » du GAFI, à savoir des déclarations qui répertorient publiquement les États dont les régimes de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme sont faibles. GAFI, La liste « noire » et la liste « grise ».

478 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 58.

479 Ibid., p. 59.

480 Ibid.

481 Rapport CF Soft Law, p. 15.

3.2.2.1.3. Force normative de l'instrument

BOYLE définit le droit souple de manière suivante : « From a law-making perspective the term soft law is simply a convenient description for a variety of non-legally binding but normatively worded instruments used in contemporary international relations by States and international organizations »[482]. Il convient de s'attarder ici sur la terminologie de *normatively worded instruments*. Pour pouvoir être pris en compte dans le cadre de la problématique qui nous occupe, un instrument de droit souple doit faire preuve d'une certaine force normative. En s'inspirant de GAMMELTOFT-HANSEN[483], PETRIG et SINZ établissent la *normative Kraft* comme troisième critère de leur définition du *soft law*. La même idée est exprimée par d'autres auteurs à l'aide d'autres formulations ou explications. À ce propos, il a également été question en doctrine de caractère normatif[484] ou *normative content*[485], *normative commitments* ou *statements*[486], *normative Effekte*[487], *law-like consequences*[488] ou encore *special/certain legal relevance*[489]. Le Conseil fédéral, quant à lui, parle d'un « certain degré de normativité » dans son rapport de 2019[490].

Cette caractéristique se rapporte également principalement au terme « droit » dans l'allocution « droit souple » et se rattache aux effets que produit la norme de droit souple. La règle de droit souple doit avoir pour objectif de canaliser ou d'orienter le comportement de ses destinataires[491]. À cet égard, le Conseil fédéral parle de la volonté d'agir et d'imposer de l'instrument[492] tandis que le Rapport du CPA à l'intention des Commissions de politique extérieure du Conseil national et du Conseil des États utilise la terminologie de volonté de façonner qui peut aller jusqu'à la volonté d'imposer dépendant des

482 BOYLE, Soft Law, p. 121.

483 GAMMELTOFT-HANSEN, *The Normative Impact of the Global Compact on Refugees*, p. 607.

484 FLÜCKIGER, Pourquoi respectons-nous la soft law?, p. 81.

485 LAGOUTTE et al., *Tracing Soft Law in Human Rights* (Oxford : 2016), p. 22; NÍ AOLÁIN, Global Counter-Terrorism Architecture, p. 922.

486 THÜRER, *The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration* in L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen? (Zurich : 1990), p. 131.

487 SCHORKOPF, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, p. 233.

488 SHELTON, *Soft Law* in Routledge Handbook of International Law (Londres, New York : 2008), p. 68.

489 THÜRER, Soft Law, §8.

490 Rapport CF Soft Law, p. 5.

491 Conseil d'État français, Étude annuelle 2013, pp. 61 ss.

492 Rapport CF Soft Law, pp. 11-12.

règles institutionnelles et/ou procédurales accompagnant l'instrument[493]. Il convient donc de noter ici que la caractéristique de la force normative peut relever d'un caractère graduel[494]. En effet, même l'un des plus fervents critiques de la caractérisation du droit souple en tant que droit, WEIL a reconnu que même si les normes de droit souple « [...] do not create rights or obligations on which reliance may be placed before an international court of justice or arbitration, and failure to live up to them does not give rise to international responsability, they do create expectations and exert on the conduct of states an influence that in certain cases may be greater than that of rules of treaty or customary law »[495]. Les études de cas menées par PAUWELYN, WESSEL et WOUTERS démontrent que les taux de conformité aux instruments internationaux de droit souple sont élevés et parfois supérieurs au droit international traditionnel[496]. Par conséquent, si nous observons les effets déployés par le droit souple, celui-ci fait bel et bien preuve d'une force normative. Cependant, l'existence de cette force normative n'entraîne pas forcément un caractère juridiquement contraignant malgré les degrés de conformité élevés.

Il convient de rappeler le caractère juridiquement non-contraignant du droit souple à ce stade de la définition. Nous nous référons ici à l'adjectif « souple » du terme droit souple. Les conséquences juridiques peuvent résulter des actes qui ne sont pas forcément contraignants[497]. Or, contrairement aux sources de droit international contraignantes, les normes de droit souple n'impliquent pas d'obligations « dures » et les manquements à celles-ci en tant que tels ne peuvent, par conséquent, pas engager la responsabilité internationale de l'État[498]. Le droit souple repose donc plutôt sur des préférences exprimées par ses auteurs pour des comportement spécifiques dont les manquements sont corrigés au moyen de remèdes au lieu de sanctions[499]. Ainsi, les auteurs des instruments de droit souple établissent des normes de comportement et tendent à les respecter à l'avenir, sans toutefois disposer de mécanismes

493 Rapport CPA, p. 13.

494 La volonté d'imposer est donc présente dans les sources de droit international dites traditionnelles, à savoir contraignantes.

495 WEIL, Relative Normativity, p. 415.

496 PAUWELYN, Is It International Law or Not, and Does It Even Matter?, p. 137.

497 HIGGINS, Problems and Process: International Law and How We Use It, p. 24.

498 CRAWFORD LICHTENSTEIN, *Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy*, pp. 1433-1434; FORTEAU, Rapport 2022, p. 383; MEYER, Alternatives to Treaty-Making-Informal Agreements, p. 65.

499 CRAWFORD LICHTENSTEIN, Unnecessary Dichotomy, pp. 1433-1434 ; SPILIOPOULOU ÅKERMARK, International Financial Institutions, p. 77; GOLD, *The Sanctions of the International Monetary Fund*, pp. 738-739.

d'application et sans qu'une application stricte dans le cadre des possibilités offertes par le droit international soit souhaitée[500].

Il est donc plus difficile à déterminer si, quand et dans quelle mesure un instrument de droit souple exerce sa force normative sur un État. L'étape formelle de l'adhésion ou de la signature est certes importante lorsqu'elle est prévue, mais n'est de loin pas le seul facteur influençant la force normative de l'instrument[501], sachant qu'un instrument international de droit souple peut produire des effets même sur des États qui n'y adhèrent pas ou qui ne s'approprient pas son contenu[502]. D'autres éléments qui doivent nécessairement être pris en compte dans cette détermination sont souvent le nombre d'États ou d'acteurs qui soutiennent l'instrument, le fait que des autorités ou des tribunaux internationaux ou nationaux se réfèrent à l'instrument, la pression de la société civile, le fait que le respect de l'instrument soit une condition de participation au marché ainsi que l'existence d'un éventuel mécanisme de contrôle[503].

3.2.2.1.4. Participation de l'État

Le droit souple pertinent pour la participation du parlement doit comprendre une certaine implication de l'État[504], en l'occurrence de la Suisse, dans sa définition. En effet, si l'État ne participe aucunement à l'instrument de droit souple, la question de l'implication du parlement national deviendrait insensée. En d'autres termes, dans le cas où l'instrument en question écarterait toute participation étatique, celle du parlement, un organe de l'État, serait également exclue. Tandis que les trois caractéristiques précédentes concernent le contenu d'un instrument de droit souple et sa portée, celle-ci se réfère aux acteurs derrière l'instrument[505]. Contrairement au Conseil fédéral, PETRIG et SINZ, que nous rejoignons, estiment que la prise en compte de cette caractéristique est préférable à la simple exclusion des normes établies par les acteurs privés ou non-étatiques de la définition du droit souple dans le cadre de la participation parlementaire[506]. Dans certains cas, il est effectivement difficile

500 SINZ parle alors de l'existence d'un certain effet contraignant du droit souple, qui ne peut toutefois pas être assimilé à un effet contraignant véritablement juridique, SINZ, Internationales Soft Law, p. 27.

501 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 66.

502 Rapport CF Soft Law, pp. 8-9.

503 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 66.

504 En anglais, on parle de *public authority involvement*, PAUWELYN, Framing the Concept, p. 19.

505 Et non pas le destinataire de la norme, PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 61.

506 Ibid.

de tracer une ligne de démarcation claire entre acteurs étatiques et privés en droit international public, en ce sens que certains acteurs régis par le droit privé interne peuvent assumer une tâche publique internationale.

Les auteurs du droit souple international diffèrent des acteurs gouvernementaux impliqués usuellement dans la création du droit international public dit formel[507]. En vertu de l'art. 7 CVDT, seuls les chefs d'État, les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères, les chefs de missions diplomatiques ou les représentants spécifiquement accrédités sont présumés avoir les pleins pouvoirs pour représenter et engager un État. Les autres éventuels représentants de l'État doivent les recevoir explicitement. Or, le droit souple international n'engage pas toujours et uniquement ces acteurs diplomatiques traditionnels, mais peut également concerner différents ministères ou départements, des régulateurs et des agences nationales, des entités sous-fédérales (les cantons dans le cas de la Suisse), d'autres branches du pouvoir ou même des experts mandatés par l'État[508]. Ainsi, l'exercice de souveraineté étatique doit être présent dans le processus afin qu'un instrument puisse être classé comme du droit souple dans le cadre de la discussion sur la participation parlementaire à la politique étrangère[509]. Tel est notamment le cas lorsque l'État participe à la création de l'instrument (point a). Cela n'exclut toutefois pas une participation conjointe des acteurs privés et des acteurs étatiques ou une appropriation ultérieure des instruments créés exclusivement par des acteurs privés par des sujets de droit international public (point b).

a) Participation de l'État à la création de l'instrument

Un instrument de droit souple requiert la participation de l'État qui peut avoir lieu directement lors de la création ou de l'adoption de celui-ci. En vertu du principe « qui peut le plus peut le moins », les entités légitimées à créer du droit international contraignant de manière générale entrent en ligne de compte comme auteurs de droit international non-contraignant. Il s'agit, en premier lieu, des États. Deux ou plusieurs États peuvent créer eux-mêmes un instrument de droit souple, comme les nombreuses déclarations finales non directement contraignantes des conférences d'États. À ce titre, nous pouvons mentionner l'Acte final d'Helsinki de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe du 1er août 1975[510]. Deuxièmement, les États peuvent élaborer du

507 En anglais, *actor informality* chez PAUWELYN, PAUWELYN, Framing the Concept, pp. 19-20.

508 DUQUET et al., *Upholding the Rule of Law in Informal International Lawmaking Processes*, p. 81.

509 Ibid. ; SINZ, Internationales Soft Law, p. 35.

510 Cet instrument signé en 1975 a été négocié au plus haut niveau diplomatique entre les États européens, l'Union soviétique, les États-Unis et le Canada. En dépit d'un contenu

droit souple en collaboration avec les acteurs non-étatiques[511], comme dans le cadre du Processus de Kimberley visant à lutter contre le commerce des « diamants de la guerre » dès 2000[512]. Troisièmement, il convient de noter qu'un État peut être directement impliqué dans l'élaboration du droit souple par le biais de sa présence dans les organisations internationales, autrices de droit souple international. Il peut autant s'agir de l'ONU, duquel le droit souple international peut émaner directement[513] ou qui peut s'approprier le contenu d'un autre instrument juridique non-contraignant déjà existant[514] sous forme de résolution, que d'autres organisations internationales qui sont compétentes dans des domaines plus spécifiques[515].

b) Appropriation ultérieure de l'instrument par l'État

En tant que condition de définition du droit souple, la participation de l'État peut également s'effectuer dans le cadre d'une appropriation *ex post* d'un instrument de droit souple. Le concept d'appropriation est utilisé ici comme un terme générique pour désigner toute action de l'État par laquelle il exprime son approbation ou son consentement à un instrument de nature réglementaire qui a été élaboré sans sa participation[516], que celui-ci ait été élaboré par

assez précis, le caractère non-contraignant de l'Acte ressort clairement des déclarations faites lors de la conférence où il a été qualifié d'engagement moral, de l'absence de toute procédure d'approbation interne dans les États participants ainsi que de sa non-inclusion dans le registre des traités des Nations unies. Cependant, en tant qu'instrument de droit souple, ce document visait à créer des obligations « souples » afin que les États concernés fondent leur comportement sur ces dispositions et sur les documents de suivi adoptés ultérieurement, THÜRER, Soft Law, §15.

511 À ce propos, on parle de *Multistakeholder governance*.

512 Le Processus de Kimberley, un forum de négociation international tripartite réunissant les gouvernements, les industriels du diamant et les représentants de la société civile, a mis en place un système international de certification permettant de réglementer le commerce des diamants bruts, Processus de Kimberley, About KP, What is the KP?.

513 Notamment, les résolutions de l'Assemblée générale selon l'art. 13 de la Charte des Nations unies (RS 0.120). Celles-ci peuvent, dans certains cas, contribuer à la création d'une *opinio juris* émergente ou à l'identification d'une déjà existante. À ce propos, voir point 1.1.1 et HILLGENBERG, A Fresh Look at Soft Law, p. 16.

514 Par sa résolution du 19 décembre 2018 (A/RES/73/195), l'Assemblée générale a « fait sien » le Pacte mondial sur les migrations adopté préalablement en conférence intergouvernementale à Marrakech.

515 Les nombreuses recommandations de l'Organisation internationale du travail peuvent être mentionnées ici, par exemple la Recommandation sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail, 2006 (n° 197) et la Recommandation sur la relation de travail, 2006 (n° 198).

516 Un acte est nécessaire ici, le simple respect des normes de droit souple ne suffit pas, PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 60–61.

d'autres acteurs étatiques uniquement, par les acteurs non-étatiques uniquement ou par les deux.

PETRIG et SINZ identifient quatre formes d'appropriation ultérieure d'un instrument de droit souple par l'État. Tout d'abord, un État peut « adhérer » à un instrument déjà existant dont il n'a pas participé à l'élaboration, à l'instar de l'adhésion à un traité international[517]. Ce cas de figure est fortement semblable, mais pas identique à la situation dans laquelle l'État signe, puis ratifie un traité, ou dépose un instrument d'adhésion au sens de l'art. 15 CVDT, alors qu'il n'a pas participé à sa négociation. Les différences principales résident dans la (in)formalité de ces actes et, comme nous le verrons ultérieurement, dans la (absence de) procédure interne d'approbation[518]. Deuxièmement, les États peuvent reprendre un instrument de droit souple créé uniquement par des acteurs privés, auquel ils ne peuvent pas adhérer directement, par un autre instrument de droit souple[519]. Par exemple, par le biais de la Déclaration de Copenhague contre le dopage dans le sport, les États signataires ont appuyé le Code mondial antidopage, un instrument créé par l'Agence mondiale antidopage et signé par les acteurs non-étatiques tels que les fédérations sportives internationales, les comités nationaux olympiques et paralympiques et les organisations nationales antidopage[520]. En troisième lieu, PETRIG et SINZ envisagent la situation dans laquelle un État reprend un instrument juridique international non-contraignant dans un acte juridiquement contraignant, à savoir dans un traité international qu'il ratifie ou dans un acte de droit interne[521]. Dans un souci de continuité, il convient ici de soulever que le Code mondial antidopage a été repris dans un traité, la Convention internationale contre le dopage dans le sport[522] adoptée en 2005, donc un instrument juridiquement contraignant tant au niveau international que national. Quant à l'échelon d'une loi fédérale suisse, une illustration se trouve à l'art. 7 de la Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger qui oblige les entreprises concernées à adhérer au Code de conduite international des entreprises de sécurité privées, un instrument de droit souple international. Quatrièmement, une retranscription du contenu d'un instrument droit souple international peut exister dans le droit national, sans que l'origine soit expressément

517 Ibid., p. 61.

518 Voir chapitre 6.

519 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 61.

520 Agence mondiale antidopage (AMA), Qui nous sommes.

521 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 62.

522 RS 0.812.122.2.

indiquée[523]. Cette dernière forme d'appropriation ultérieure est particulièrement difficile à identifier en pratique précisément en raison de l'absence d'indication de l'origine. Nous pouvons tout de même mentionner à titre d'exemple l'Ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des maisons de titres (Ordonnance sur les fonds propres, OFR)[524] qui incorpore dans le droit suisse des normes internationales spécialisées[525].

Il convient de préciser ici que les deux dernières formes d'appropriation ultérieure des instruments internationaux de droit souple, à savoir le renvoi et la retranscription du droit souple international dans l'ordre juridique interne constituent elles-mêmes l'un des cinq modes d'implication parlementaire évalués dans la présente thèse. Ensemble, elles forment ce que nous appelons plus généralement la reprise du droit souple. En effet, comme la participation étatique intervient ici dans le cadre de l'élaboration du droit national, celle-ci comprend forcément une interaction avec l'Assemblée fédérale. Par conséquent, ces deux points seront davantage examinés et évalués au chapitre 7 de la présente thèse. Après avoir défini les caractéristiques des instruments internationaux de droit souple pertinents pour la problématique de l'implication parlementaire, nous délimitons désormais expressément le droit souple exclu de cette définition.

3.2.2.2. Le droit souple exclu de la définition de travail

Il est crucial d'éviter une définition trop large du droit souple dans le cadre d'une thèse portant sur l'implication parlementaire en politique extérieure. Au regard des conditions exposées précédemment, chaque type d'instruments de droit souple ne s'avère pas toujours pertinent pour l'implication parlementaire. Tandis que la première catégorie de droit souple que nous excluons ne concerne pas des instruments entiers, les trois autres sont écartées, car elles ne présentent pas de liens avec les fonctions législatives primaires du parlement.

En premier lieu, il convient d'exclure les éléments « souples » des traités internationaux de la présente thèse[526]. Cette dernière s'intéresse spécifiquement à l'implication parlementaire dans les instruments de droit souple et non

523 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 63.

524 RS 952.03.

525 ODERMATT, *Gesetzgebungsmethodische Strategien der Übernahme privater Normen*, p. 90; MUNYARADZI MAKWIRAMITI, *The Implementation of the New Capital Accord (Basel II): A Comparative Study of South Africa, Switzerland, Brazil and the United States* (Rhodes University, 2008), p. 21.

526 CHINKIN parle à ce propos de *legal soft law*, CHINKIN, Challenge of Soft Law, p. 851.

pas à toute règle de droit souple. Par instruments internationaux de droit souple, nous entendons, au sens de la présente thèse, des cadres juridiques non-contraignants dans leur entièreté, élaborés au niveau international. Les traités internationaux, qui sont contraignants et auxquelles les parties signataires doivent se conformer, contiennent parfois des normes extrêmement abstraites et imprécises qui en font partie intégrante, par exemple des objectifs vagues, indicatifs et souhaitables plutôt qu'obligatoires pour la mise en œuvre[527]. De nombreuses dispositions de l'Accord de Paris peuvent être classées dans cette catégorie[528]. Néanmoins, ces normes restent contraignantes *stricto sensu,* car elles se situent dans un traité, mais sont insuffisamment précises pour déployer une obligation juridique opposable[529]. Dans ce cas de figure, l'implication parlementaire a lieu selon la procédure applicable aux traités englobant ainsi également certaines dispositions de droit souple.

En deuxième lieu et comme susmentionné, il convient d'écarter les instruments de droit souple individuels et concrets de la définition de travail de la présente thèse[530]. Les instruments visant spécifiquement une situation, un objet et un public déterminés ne contiennent pas la deuxième caractéristique de notre définition de travail, à savoir la nature générale et abstraite. Les acteurs internationaux n'exerçant pas leurs compétences normatives en présence d'un instrument de droit souple individuel et concret unilatéral ou bilatéral, ce type d'instruments ne peut pas s'inscrire dans le cadre de la fonction de légiférer du parlement national, dont l'exercice est remis en question en matière de droit souple, et doit donc être exclu de notre champ de recherche.

Troisièmement, en l'absence d'une participation directe de l'État ou d'une appropriation étatique ultérieure, les instruments de droit souple élaborés et adoptés uniquement par les acteurs non-étatiques, tels que des déclarations, des codes de conduites ou des réglementations doivent être exclus[531]. Tel aurait, par exemple, été le cas du Code mondial antidopage précité s'il n'avait pas été soutenu par les États dans la Déclaration de Copenhague contre le dopage dans le sport et repris dans la Convention internationale contre le dopage dans le sport. En effet, il nous paraît difficile de revendiquer une implication parlementaire dans le cadre d'un instrument de droit souple auquel aucune autorité publique n'aurait pris part, aucun exercice de souveraineté étatique

527 CÁRDENAS CASTAÑEDA, Sources of International Law, p. 383; PETERS, Global Compact for Migration; FORTEAU, Rapport 2024, p. 47.

528 Par exemple, les art. 10 et 12 de l'Accord de Paris.

529 CÁRDENAS CASTAÑEDA, Sources of International Law, p. 383.

530 Voir point 3.2.2.1.2.

531 PAUWELYN, Framing the Concept, p.19 ; THÜRER, Soft Law, §7.

n'aurait eu lieu. L'existence de cette catégorie d'instruments, ainsi que leur nombre élevé, constitue l'une des principales limites à l'implication parlementaire dans la régulation internationale, comme nous l'avons souligné en introduction et y reviendrons en conclusion. CHINKIN les qualifie alors de « [...] most controversial claimants to international soft law status »[532].

Quatrièmement, nous devons enfin exclure, de la définition de travail de la présente thèse, le droit souple international repris uniquement par des contrats de droit privé et non par un acte normatif de droit interne. Nous avons constaté plus tôt deux formes principales d'appropriation étatique ultérieure du droit souple international à travers le droit interne, à savoir la reprise expresse ou la retranscription du contenu dans un acte juridique contraignant en droit interne. Il est également imaginable que deux parties se réfèrent à ou reprennent le contenu d'un instrument international de droit souple international dans un contrat de droit privé qu'elles concluent. Cette hypothèse présente des liens étroits avec la première et la troisième catégorie susmentionnées en ce sens qu'une telle situation s'écarte clairement de la fonction législative primaire du parlement. Il n'appartient pas au parlement de réglementer, même indirectement, le contenu d'un contrat de droit privé entre des parties exprimant leurs volontés réciproques et concordantes tant que ce dernier respecte les dispositions de l'ordre juridique national concerné. Les quatre caractéristiques de la définition de travail des instruments internationaux de droit souple et les quatre catégories exclues étant désormais présentées, nous apportons une conclusion intermédiaire sur celle-ci.

3.2.2.3. Conclusion intermédiaire sur la définition de travail

En guise de conclusion intermédiaire, nous rappelons que notre compréhension du droit souple dans le contexte de l'implication parlementaire se calque sur la définition développée par PETRIG et SINZ en 2021, car comme ces autrices, nous admettons que la fonction législative du parlement doit être concernée pour considérer l'instrument de droit souple pertinent. Au sens de la présente thèse, le droit souple relève d'une nature générale et abstraite, déploie une certaine force normative et inclut l'acteur étatique, mais n'est pas une source de droit international inventoriée à l'art. 38 Statut CIJ. Ainsi, un instrument de droit souple international doit faire preuve de quatre caractéristiques pour qu'une implication parlementaire puisse être concevable à son égard. Tout

532 CHINKIN, *Normative Development in the International Legal System* in Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System (Oxford : 2000), p. 29.

d'abord, l'instrument en question ne doit pas pouvoir être rattaché à une autre source de droit international et ne doit pas constituer une source de droit international en soi. Certains traités peuvent contenir des dispositions plus « souples », mais le parlement bénéficie déjà d'une implication appropriée dans ce cadre. Ensuite, l'instrument doit viser un nombre indéterminé ou indéterminable de personnes et de situations, autrement dit, doit avoir un contenu général et abstrait, et conférer des droits et des obligations « souples ». Les instruments de droit souple international individuels et concrets sont donc exclus de notre définition de travail. Puis, malgré son caractère non-contraignant, l'instrument doit viser à canaliser, orienter ou diriger le comportement de ses destinataires et déployer ainsi une certaine force normative. La nature graduelle de ce critère rend la détermination du moment et de l'intensité des effets sur les États particulièrement délicate. Finalement, comme ces instruments peuvent inclure des acteurs informels, non-traditionnels, nous ne prenons en compte que ceux dans le cadre desquels un exercice de souveraineté étatique a lieu. D'une part, l'acteur étatique peut être impliqué à l'élaboration du droit souple. D'autre part, il peut également se l'approprier ultérieurement en adhérant à un instrument lorsqu'il n'a pas participé à sa création ou lorsqu'une telle participation était impossible, l'approuver par un autre instrument de droit souple ou encore le reprendre ou retranscrire son contenu dans son droit interne. Une autorité publique doit donc interagir avec l'instrument international de droit souple pour que celui-ci soit pertinent pour l'implication parlementaire. Avant de clore ce chapitre de définition, il convient d'aborder brièvement la question de la genèse d'un instrument de droit souple qui nous permet de contextualiser davantage notre évaluation selon le moment de l'implication parlementaire[533].

3.2.3. La genèse d'un instrument de droit souple

Tandis que les traités internationaux sont élaborés dans le cadre d'une procédure plus ou moins standardisée[534], la genèse des instruments de droit souple peut prendre des formes extrêmement variées[535]. Premièrement, ces processus de création du droit souple international peuvent être hautement formalisés et ainsi fortement ressembler aux processus de négociation des traités, comme cela a, par exemple, été le cas lors de l'élaboration du Pacte de l'ONU

533 Voir point 2.2.3.

534 Art. 6 ss CVDT.

535 *Process informality*, PAUWELYN, Framing the Concept, p. 17.

sur les migrations[536]. C'est principalement dans ces cas que la distinction entre un traité et un instrument de droit souple ne ressort pas toujours de manière évidente[537]. La nature d'un document n'est pas forcément connue dès le début du processus de son élaboration. Les parties peuvent expressément laisser cette question ouverte ou cela peut arriver implicitement lorsque les acteurs impliqués n'arrivent pas à prévoir l'évolution de l'instrument. L'incertitude peut également survenir si un instrument de droit souple est définitif ou s'il constitue une phase intermédiaire vers un document contraignant[538] ou un instrument de droit souple plus élaboré. Deuxièmement, une procédure peut être conçue uniquement pour l'élaboration d'un instrument en particulier (processus *ad hoc*)[539]. Celle-ci n'est pas obligatoirement définie dès le début, mais continue d'être concrétisée en fonction de différents facteurs tout au long de l'élaboration[540]. Troisièmement, ces processus peuvent relever d'un degré d'informalité élevé[541]. À titre d'exemple, dans le domaine de la sécurité, le Document de Montreux concernant les entreprises militaires et de sécurité privée a commencé comme une initiative fortement informelle de la Suisse et du Comité International de la Croix-Rouge, mais sa procédure est devenue, au fur et à mesure, hautement formalisée avec une signature ouverte à tous les États[542]. Une formalisation au cours du processus peut également être observée dans le cas de la Déclaration sur la sécurité des écoles et directives sur l'utilisation des écoles à des fins militaires qui a vu ses débuts sous le format de Lignes directrices pour la protection des écoles et des universités contre l'utilisation militaire en période de conflit rédigées par des experts et soutenues par les missions de la Norvège et de l'Argentine auprès des Nations Unies à Genève, avant d'être complétées par la Déclaration désormais signée par 121 pays[543].

Cette diversité de procédures d'élaboration des instruments internationaux de droit souple rend l'inclusion des législatures nationales particulièrement

536 PETERS, Global Compact for Migration.

537 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 56.

538 Droit souple en tant que « pré-droit ». À ce propos, voir point 1.1.1.

539 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 63-64.

540 *Wait and see approach*, PETRIG, Democratic Participation, p. 209.

541 PAUWELYN, Framing the Concept, p. 17.

542 DFAE, Document de Montreux.

543 État au mois d'avril 2025. *Keynote* speech du Professeur HAINES, le rédacteur principal des Lignes directrices, à l'occasion de l'Atelier sur la thématique du droit souple international organisé par le *British Institute of International and Comparative Law* et la *Society of Legal Scholars* le 26 mars 2025. Le programme de l'atelier est disponible sur le site du *British Institute of International and Comparative Law* ; Global Coalition to Protect Education from Attack, Safe Schools Declaration and Guidelines on Military Use.

compliquée[544]. Grâce à l'existence d'une procédure d'élaboration préalablement définie pour les traités, le moment et la forme de l'implication parlementaire peuvent être fixés à l'avance en droit interne pour un grand nombre de cas futurs[545]. Or, en l'absence d'un processus hautement formalisé, il convient d'observer en permanence l'évolution de la procédure et de chercher le moment opportun pour exprimer la volonté nationale à travers le parlement[546]. De plus, il convient de rappeler que le droit suisse organise différemment la participation parlementaire s'il s'agit d'un traité ou d'un instrument de droit souple[547]. Au vu de cette multitude de processus de création d'instruments internationaux de droit souple, nous tentons d'examiner à quel stade d'un tel instrument les différents modes d'implication parlementaire existants dans l'ordre juridique suisse se révèlent pertinents. Malgré le degré élevé d'informalité de ces processus, nous avons exposé, dans le chapitre méthodologique, que trois étapes temporelles peuvent être identifiées pour tout type de processus, à savoir avant, durant et après la création de l'instrument de droit souple international en question[548]. Après avoir défini le droit souple international qui constitue un élément de la politique extérieure dans le cadre de laquelle l'Assemblée fédérale dispose de compétences plutôt étendues, le quatrième chapitre évalue le premier mode d'implication parlementaire dans ce domaine, à savoir les outils généraux de participation parlementaire, tels que les droits d'information individuels et des commissions parlementaires, les rapports informatifs ou encore les interventions parlementaires.

544 SLAUGHTER, Government Networks, p. 525.

545 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 63.

546 Ibid., p. 64.

547 Pour le droit souple : art. 166, al. 1 Constitution fédérale, art. 152, al. 2 et 3 LParl et art. 5*b* OLOGA. Pour les traités internationaux : principalement art. 166, al. 2 Constitution fédérale, mais également les art. 166, al. 1 Cst., 152, al. 2 et 3 LParl et 5b OLOGA.

548 Voir point 2.2.3.

4. Les outils généraux de participation parlementaire

Le quatrième chapitre de la présente thèse consiste en l'évaluation du premier mode d'implication parlementaire identifié : les outils généraux de participation parlementaire. La motion de son collègue appelant le Conseil fédéral à soutenir un processus relatif aux droits des paysans et des personnes vivant en milieu rural au Conseil des droits de l'homme, qu'Anne a soutenu lors de sa toute première législature, les questions qu'elle pose fréquemment aux conseillères et conseillers fédéraux et les rapports gouvernementaux dont elle prend régulièrement connaissance, tels que le rapport sur la politique extérieure du Conseil fédéral, font tous partie de ce premier mode d'implication parlementaire. Par « outils généraux de participation parlementaire », nous entendons donc tous les instruments à disposition de l'Assemblée fédérale non-spécifiques à la politique extérieure. Plus précisément, nous incluons dans cette catégorie les instruments suivants : les outils d'informations généraux (les droits individuels à l'information, les droits généraux à l'information des commissions, les rapports informatifs et les interventions parlementaires d'information), la planification politique et les mandats. Nous traitons les outils généraux de participation parlementaire en premier lieu en raison de leur caractère général, avant de nous consacrer aux modes plus spécifiquement conçus pour la politique extérieure aux chapitres suivants.

À ce stade, il convient toutefois de préciser que nous écartons d'emblée deux outils au bénéfice de l'Assemblée fédérale qui auraient pu être inclus dans ce premier mode d'implication parlementaire, à savoir les compétences en matière de législation et ses compétences financières, du fait de leur utilisation limitée en pratique en politique extérieure, causée par le rôle dominant du Conseil fédéral dans ce domaine[549].

549 LANZ, Bundesversammlung, p. 137 ; GRAF, *Die Grundzüge des neuen Parlamentsrechts – sieben Thesen zur Einführung*, p. 10 ; GRAF, *Mitwirkung der Bundesversammlung an der staatsleitenden Politikgestaltung, insbesondere durch Grundsatz- und Planungsbeschlüsse* in Die Bundesbehörden: Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht: Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung (Berne : 2000), p. 112 ; MERKER et CONRADIN, *art. 173 Cst.* in Basler Kommentar Bundesverfassung (Bâle : 2015) N 96. Sur la compétence de légiférer respectivement et les compétences financières en matière de politique extérieure, voir LANZ, Bundesversammlung, pp. 83 ss et 145 ss.

Il est question dans le présent chapitre d'« outils » plutôt que de « droits » ou d'« instruments » généraux de participation parlementaire. Nous privilégions le terme « outils » afin d'éviter un risque de confusion entre les « instruments » internationaux de droit souple et les « instruments » généraux de participation parlementaire[550]. Par ailleurs, il n'est pas uniquement question de « droits » dans le présent chapitre, car ce mode d'implication parlementaire comprend des instruments au-delà des droits de participation. Comme nous le verrons, les droits à l'information individuels, ceux des commissions parlementaires et les interventions parlementaires d'information forment une catégorie plus large d'outils d'information généraux, ces dernières n'étant pas formulées en tant que « droits » par le législateur. Malgré l'absence d'une telle qualification, les interventions parlementaires d'information font tout de même partie des outils que l'Assemblée fédérale utilise pour participer à la définition de la politique extérieure au sens de l'art. 166, al. 1 Cst[551]. Par conséquent, le présent chapitre couvre une large panoplie de différents outils généraux à disposition de l'Assemblée fédérale et de ses membres.

Dans les quatre sous-chapitres à venir, nous mettons en lumière les outils généraux qui se prêtent à la participation parlementaire en matière de droit souple, évaluons comment leur utilisation permet d'apporter de la légitimité à un instrument de droit souple et déterminons leur éventuelle pertinence avant, durant et après sa création. Dans un premier temps (point 4.1), nous introduisons les différents outils généraux de participation parlementaire à disposition des membres de l'Assemblée fédérale et annonçons leur score d'apport de légitimité en tant que premier mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. Dans un deuxième temps, nous explicitons ces résultats en évaluant les outils généraux de participation parlementaire selon les cinq critères de création de légitimité présentés dans le chapitre 2 (point 4.2). Puis, dans un troisième temps, nous analysons les phases temporelles pertinentes pour lesdits outils (point 4.3). Finalement, nous concluons le chapitre en proposant une représentation graphique des résultats (point 4.4).

550 LANZ, PETRIG et SINZ utilisent la terminologie « instruments » (*Allgemeine Kompetenzen und Instrumente* ou *Allgemeine parlamentarische Mitwirkungsinstrumente*). LANZ, Bundesversammlung, pp. 83 ss ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 76 ss.

551 PROTIC, OK Cst., art. 166, N 23 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 24.

4.1. Introduction aux outils généraux de participation parlementaire

Dans ce premier sous-chapitre, nous distinguons les outils généraux adaptés à la participation parlementaire dans le domaine du droit souple (point 4.1.1) de ceux qui ne le sont pas (4.1.2). Nous consacrons également une section à l'annonce des résultats de l'évaluation (point 4.1.3) qui suivra au point 4.2, en révélant le score d'apport de légitimité accordé aux outils généraux de participation parlementaire avant, durant et après la création du droit souple international.

4.1.1. Les outils généraux adaptés à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple

Parmi les outils généraux de participation parlementaire précités, plusieurs sont adaptés à la participation parlementaire dans le domaine du droit souple. Il s'agit, en l'occurrence, des outils d'information généraux (point 4.1.1.1) et des interventions parlementaires de mandat (point 4.1.1.2). L'objectif de la présente section est de brièvement exposer les raisons pour lesquelles nous considérons que ceux-ci peuvent permettre aux parlementaires de s'impliquer en matière de droit souple international. La section 4.1.2 explique, quant à elle, les raisons pour lesquelles les autres outils généraux de participation parlementaire, à savoir les outils de planification politique, ne se prêtent pas à l'implication parlementaire en matière de droit souple.

4.1.1.1. Les outils d'information généraux

Par « outils d'information généraux », nous entendons tous les moyens non-spécifiques à la politique étrangère par lesquels l'Assemblée fédérale obtient des informations de la part du Conseil fédéral. Parmi ceux-ci, nous retrouvons, plus particulièrement, les droits individuels à l'information des parlementaires et les droits généraux à l'information des commissions parlementaires (point 4.1.1.1.1), les rapports informatifs du Conseil fédéral à destination du Parlement (point 4.1.1.1.2) ainsi que les interventions parlementaires d'information (interpellation, question et question posée dans le cadre de l'heure des questions du Conseil national) (point 4.1.1.1.3).

4.1.1.1.1. Les droits d'information individuels et des commissions parlementaires

Les membres de l'Assemblée fédérale peuvent utiliser tous les outils d'information généraux à leur disposition pour obtenir des renseignements au sujet des instruments internationaux de droit souple. Le droit individuel à l'information des parlementaires ancré à l'art. 7 LParl s'étend à tous les événements passés, présents ou futurs[552] relevant des domaines politiques et thématiques de la Confédération[553], couvrant ainsi également les instruments internationaux de droit souple[554]. Cet outil accorde un droit aux parlementaires de demander des informations au Conseil fédéral et à l'administration fédérale, mais également un droit de l'obtenir « dans la mesure où l'exercice de [leurs] mandat[s] parlementaire[s] l'exige »[555]. Ce droit s'inscrit dans un système constitutionnel des droits à l'information en cascade ou à échelons. Premièrement, les membres individuels de l'Assemblée fédérale bénéficient des droits les moins étendus. Le droit à l'information des commissions parlementaires constitue le deuxième échelon, suivi par les droits des commissions de surveillance au troisième échelon. Enfin, les délégations des commissions de surveillance et la commission d'enquête parlementaire jouissent des droits les plus étendus[556]. Toutefois, en raison de la nature confidentielle du droit individuel à l'information[557], nous n'avons pu retracer aucun exemple d'une telle demande d'information portant sur un instrument de droit souple et ne pouvons dès lors pas conclure à sa pertinence pratique dans le domaine du droit souple. Toutefois, nous nous baserons sur son applicabilité, que nous venons d'établir, pour l'évaluer dans la suite de notre recherche.

Toute commission parlementaire peut faire usage de son droit général à l'information des art. 150 LParl et 153, al. 4 Cst. à l'encontre du Conseil fédéral afin de recevoir des renseignements au sujet d'un instrument international de droit souple qui concerne son domaine de compétence[558]. Le droit général

552 SÄGESSER, Informationsrechte, p. 68.

553 VON WYSS, *art. 7 LParl* in Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002 (Bâle : 2024) N 17.

554 ZURKIRCHEN, *Die Instrumente des parlamentarischen Vorstosses, Ein Beitrag zum Schweizerischen Parlamentsrecht* (Université de Fribourg, 1979), p. 56.

555 VON WYSS, Commentaire LParl, art. 7 N 19.

556 SÄGESSER, Informationsrechte, p. 68; LÜTHI, *art. 153 Cst.* in Bundesverfassung St. Galler Kommentar (Saint-Gall : 2023) N 21.

557 VON WYSS, Commentaire LParl, art. 7 N 17.

558 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 77.

à l'information des commissions est plus étendu que celui des membres individuels, en ce sens que les commissions parlementaires peuvent plus difficilement se voir refuser l'information (art. 150, al. 2 LParl). Ce droit à l'information se différencie selon les tâches de chaque commission parlementaire, car l'art. 153, al. 4 Cst. impose la condition selon laquelle l'information doit permettre d'« accomplir leurs tâches »[559]. Par exemple, une commission de la politique de sécurité pourrait demander des renseignements sur le *soft law* réglementant ce domaine, comme le Document de Montreux sur les entreprises militaires et de sécurité privée[560]. Cet outil peut s'avérer particulièrement utile pour les commissions parlementaires autres que les commissions de politique extérieure qui ne bénéficient pas des droits de participation spécifiques à la politique extérieure[561]. Ainsi, il présente le potentiel d'une distribution équitable des informations sur les instruments internationaux de droit souple dont l'objet concerne les compétences de plusieurs commissions parlementaires. Même s'il s'agit ici d'une demande d'information de la part de la commission (*Holschuld* du Conseil fédéral)[562] plutôt que d'une obligation d'apport de la part du Conseil fédéral telle qu'elle existe à l'art. 152, al. 2 LParl en faveur des CPE (*Bringschuld* du Conseil fédéral)[563], nous pouvons envisager la situation dans laquelle les deux droits se complémentent. Dans une telle situation hypothétique, le Conseil fédéral apporterait une information au sujet d'un instrument de droit souple aux CPE, les membres d'une autre commission thématique prendraient ensuite connaissance de son existence en échangeant avec leurs collègues des CPE et finiraient par user de leur droit à l'information ancré aux art. 153, al. 4 Cst. et 150 LParl pour obtenir des renseignements supplémentaires sur ledit instrument de droit souple. Nous pouvons également imaginer que les parlementaires prennent connaissance d'un instrument de droit souple au moyen de rapports informatifs du Conseil fédéral, définis ci-dessous, avant de se prévaloir de leur droit à l'information au sens des art. 150 LParl et 153, al. 4 Cst. ou même de leurs droits individuels de l'art. 7 LParl.

559 GONIN, *art. 153 Cst.* in Commentaire romand de la Constitution fédérale (2021) N 88.

560 Forum du Document de Montreux, Le Document de Montreux sur les entreprises militaires et de sécurité privées.

561 À ce propos, voir chapitre 5.

562 Terminologie allemande pour désigner l'obligation du Conseil fédéral à apporter l'information suite à la demande d'une commission parlementaire. En cas d'obligation dite *Holschuld* du Conseil fédéral, la première impulsion provient de la commission parlementaire.

563 Terminologie allemande pour désigner l'obligation d'apport d'information du Conseil fédéral sans demande préalable d'une commission parlementaire. En cas d'obligation dite *Bringschuld* du Conseil fédéral, la première impulsion provient du Conseil fédéral lui-même. Voir point 5.1.2.1.1.

4.1.1.1.2. Les rapports informatifs

L'Assemblée fédérale obtient également des informations sur les instruments internationaux de droit souple au moyen de divers rapports informatifs que le Conseil fédéral lui soumet, à savoir le rapport annuel sur la politique extérieure, les autres rapports thématiques périodiques, les rapports ponctuels non-périodiques et le rapport de gestion annuel. De manière générale, les rapports informatifs visent à permettre un important flux d'information de l'exécutif au législatif. Tel est le cas du rapport annuel sur la politique extérieure de l'art. 148, al. 3 LParl, dont la l'objectif principal consiste à brosser le tableau de la politique extérieure menée par la Suisse durant l'année écoulée[564]. Même si ce rapport porte spécifiquement sur la politique extérieure, nous l'abordons dans le chapitre sur les outils d'information généraux plutôt que dans le chapitre 5 consacré aux droits de participation spécifiques à la politique extérieure découlant de l'art. 152 LParl, en raison de son ancrage à l'art. 148, al. 3 au sein du Chapitre 1 du Titre 7 de la LParl portant sur les projets émanant du Conseil fédéral. Les six dernières éditions de ce rapport ont effectivement communiqué sur le droit souple international, sans que cette qualification ne soit systématiquement indiquée, opacifiant ainsi le fait que l'information porte sur un ou des instruments internationaux de droit souple[565].

Les autres rapports thématiques périodiques et les rapports ponctuels non-périodiques qui portent sur des sujets traités par des instruments internationaux non-contraignants permettent également un flux d'information du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale. En ce qui concerne les premiers, nous citons trois exemples. Premièrement, le Rapport sur la politique économique extérieure de 2022 a fourni des renseignements à l'Assemblée fédérale sur la mise à jour d'un instrument de droit souple, à savoir les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales[566] en cours d'élaboration et dont la finalisation était prévue pour la conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) de juin 2023[567]. Deuxièmement,

564 Conseil fédéral, Rapport sur la politique extérieure 2023 du 31 janvier 2024, FF 2024 413, p. 57.

565 Conseil fédéral, Rapport sur la politique extérieure 2018 du 30 janvier 2019, FF 2019 1535 ; Conseil fédéral, Rapport sur la politique extérieure 2019 du 29 janvier 2020, FF 2020 1541, 1550 ; Rapport sur la politique extérieure 2020, pp. 20, 39 ; Rapport sur la politique extérieure 2021, pp. 9, 25, 33 ; Conseil fédéral, Rapport sur la politique extérieure 2022 du 1er février 2023, FF 2023 507, pp. 9, 50 ; Rapport sur la politique extérieure 2023, pp. 18, 22, 43.

566 OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises du 8 juin 2023.

567 Secrétariat d'État à l'économie, Rapport sur la politique économique extérieure 2022 comprenant des messages concernant des accords économiques internationaux et

le Rapport sur la politique en matière de droits de l'homme contenant le bilan pour les années 2011 à 2014 a expliqué au Parlement le contexte et les conséquences de la création du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées[568] et du Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque[569], deux instruments de droit souple, en tant qu'engagements du Conseil fédéral dans des initiatives multipartites volontaires visant à promouvoir le respect des droits de l'homme dans le cadre des activités du secteur privé[570]. Troisièmement, le Rapport du Conseil fédéral sur les activités de politique migratoire extérieure de la Suisse de 2020[571] a mentionné l'engagement de la Suisse sur six mesures annoncées lors du Forum mondial sur les réfugiés[572]. Par conséquent, les rapports thématiques périodiques informent effectivement l'Assemblée fédérale au sujet de différents instruments internationaux de droit souple, faisant ainsi partie de l'un des modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple.

Parmi les rapports non-périodiques, hormis le Rapport du Conseil fédéral de 2019 sur la consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple[573], nous n'avons identifié aucun autre rapport spécialisé portant sur un instrument spécifique de droit souple ou sur ce concept de manière générale. Il ne peut toutefois pas être catégoriquement exclu qu'un tel rapport non périodique soit publié dans le futur, contribuant ainsi à l'information de l'Assemblée fédérale dans ce domaine et constituant un outil d'information général potentiel.

Le rapport de gestion annuel, quant à lui, est construit autour des objectifs du Conseil fédéral. Ces derniers se fondent sur le programme de la législature en cours. Le rapport les formule de manière extrêmement large, avant d'expliciter les mesures que le Conseil fédéral entreprend pour les réaliser[574].

rapport sur les mesures tarifaires prises en 2022 du 11 janvier 2023, FF 2023 304, pp. 60-61.

568 Association du Code de conduite international, Code de conduite international des entreprises de sécurité privées du 9 novembre 2010.

569 OCDE, Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque du 7 avril 2016.

570 Conseil fédéral, Rapport sur la politique extérieure en matière de droits de l'homme : bilan 2011-2014 et perspectives du 3 février 2015, FF 2015 1168.

571 Conseil fédéral, Rapport 2020 sur les activités de politique migratoire extérieure de la Suisse du 31 mars 2021, FF 2021 801, p. 11.

572 Les engagements du Conseil fédéral sont disponibles sur le site du Pacte mondial pour les réfugiés.

573 Rapport CF Soft Law, p. 1.

574 Conseil fédéral, Rapport de gestion 2022 du 15 février 2023, pp. 109-110.

Malgré le caractère large des objectifs, rien n'empêche qu'une telle mesure ne vise également, par exemple, la participation à un projet de droit international souple permettant de réaliser l'un desdits objectifs. Plus concrètement, le Conseil fédéral pourrait prendre part à un projet de droit souple afin de répondre à un objectif global défini sur la base du programme de la législature et en informer l'Assemblée fédérale dans le rapport de gestion annuel suivant. Le rapport de gestion annuel ne fait pas de distinction expresse entre la politique intérieure et la politique extérieure et ne présente qu'un aperçu restreint de l'état de cette dernière[575]. Jusqu'à présent, il a, en pratique, principalement fait mention des instruments de droit souple qui soulevaient des questions politiques délicates, tels que le Pacte mondial sur les migrations. Ainsi, le rapport de gestion annuel de 2022 reprend ce dernier en tant que nouvel objet en dehors du programme de la législature 2021 dans le cadre de l'objectif « La Suisse gère la migration, exploite le potentiel économique et social qu'offre la migration et promeut la coopération internationale » du fait de l'adoption du message relatif à l'arrêté fédéral concernant la soumission exceptionnelle du Pacte mondial sur les migrations à l'Assemblée fédérale[576]. Dès lors, la pertinence, même théorique, du rapport annuel de gestion en matière de *soft law* ne devrait pas être surestimée en raison de son caractère général orienté principalement vers la présentation des objectifs atteints et de la nature brève des informations qu'il fournit[577].

Finalement, le rapport annuel des traités internationaux en sa forme actuelle ne concerne que ces derniers, mais la création d'un rapport annuel semblable sur les instruments internationaux de droit souple pourrait constituer un outil d'information envisageable favorisant l'implication de l'Assemblée fédérale, comme nous le verrons à la fin de cette thèse[578]. En effet, sur la base de l'art. 48*a*, al. 2 de la Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (LOGA)[579], le Conseil fédéral soumet annuellement à l'Assemblée fédérale un rapport sur les traités qu'il aurait conclus, modifiés et dénoncés seul selon la procédure simplifiée durant l'année écoulée[580]. Une section spécifiquement consacrée aux traités internationaux de la Direction

575 LANZ, Bundesversammlung, p. 105.

576 Rapport de gestion 2022, p. 156.

577 LANZ, Bundesversammlung, p. 105. Le rapport de gestion annuel a perdu en importance dû au dynamisme et au besoin d'action de plus en plus rapide de la politique extérieure et a été complété par les activités des commissions de gestion. À ce propos, voir ibid., p. 107.

578 Voir point 9.2.1.4.

579 RS 172.010.

580 À propos de la procédure simplifiée, voir point 6.1.1.3.

du droit international public (DDIP) du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) coordonne la soumission de ce rapport annuel à l'Assemblée fédérale. L'art. 48*a*, al. 2 se référant expressément et exclusivement aux traités internationaux, nous constatons que le rapport annuel des traités internationaux en tant que tel ne peut pas englober les instruments internationaux de droit souple, mais reconnaissons le potentiel d'un tel rapport semblable pour ces derniers en tant qu'outil d'information général.

4.1.1.1.3. Les interventions parlementaires d'information

Les parlementaires utilisent régulièrement les interventions parlementaires d'information pour demander au Conseil fédéral de leur fournir des indications aux sujet du droit souple international. Dans cette catégorie d'outils d'information généraux, nous retrouvons l'interpellation (art. 125 LParl), la question ordinaire (art. 125 LParl) et la question posée dans le cadre de l'heure des questions du Conseil national (art. 31 RCN[581]). Le critère légal de l'interpellation[582] et de la question étant qu'elles doivent porter sur « une affaire touchant la Confédération », elles peuvent alors concerner les affaires de politique extérieure, y compris le droit souple international[583]. La question posée dans le cadre de l'heure des questions du Conseil national doit, quant à elle, se limiter à un sujet d'actualité dont un instrument de droit souple peut évidemment faire partie[584]. Le Pacte mondial sur les migrations qui répondait à la condition de sujet d'actualité a fait l'objet de nombreuses questions posées dans le cadre de l'heure des questions du Conseil national[585]. De plus, il pourrait être

581 Règlement du Conseil national du 3 octobre 2003, RO 2003 3623.

582 À titre d'exemple, les interpellations qui ont porté sur des instruments internationaux de droit souple : Interpellation 18.3842 Andreas Glarner du 26 septembre 2018. Pacte de l'ONU sur les migrations. Participation démocratique et validité intraétatique, Interpellation 18.4388 et Interpellation 18.4112.

583 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 78.

584 Ibid., p. 78.

585 À titre d'exemple, lors de l'heure des questions de la session ordinaire d'hiver 2018, pas moins de onze questions ont été posées au sujet du Pacte mondial sur les réfugiés autant sur le fond que sur le rôle de la Suisse (Heure des questions 18.5615 Glarner Andreas. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Quel avenir pour les réfugiés en Suisse ? ; Heure des questions 18.5619 Tuena Mauro. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Rejet par les autres Etats ; Heure des questions 18.5620 Zuberbühler David. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Etapes suivantes ; Heure des questions 18.5648 Stamm Luzi. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Quelles informations ? ; Heure des questions. 18.5649 Stamm Luzi. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Quelles conséquences ? ; Heure des questions 18.5650 Stamm Luzi. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Le Pacte sur les réfugiés va-t-il plus loin que le Pacte sur les migrations ? ; Heure des questions 18.5651 Dettling Marcel. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Quelle contrepartie pour la Suisse ? ; Heure des questions 18.5659 Buffat Michaël. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Le rôle de la Suisse ; Heure des questions 18.5662

argumenté que la qualité de sujet d'actualité d'un instrument international de droit souple est donnée dès qu'un ou une parlementaire s'y intéresse ; ainsi cette condition serait systématiquement remplie.

Les interventions parlementaires d'information jouissent d'une popularité de plus en plus importante dans le domaine de la politique extérieure[586], y compris en ce qui concerne la recherche d'informations sur les instruments internationaux de droit souple. En pratique, leur avantage principal par rapport aux droits à l'information tant individuels que ceux des commissions réside dans le fait que les informations obtenues sont publiques et ne peuvent pas être protégées par le secret de fonction, permettant ainsi une distribution de l'information davantage large[587]. Elles constituent, ainsi, un important outil d'information général, mais aussi un outil stratégique, au bénéfice des membres de l'Assemblée fédérale dans le domaine du droit souple.

4.1.1.2. Les interventions parlementaires de mandat

Les interventions parlementaires de mandat, à savoir le postulat (art. 123 LParl) et la motion (art. 120, al. 1 LParl), peuvent porter sur des instruments internationaux de droit souple. Les postulats de mesure s'avèrent ici particulièrement utiles ; ils peuvent permettre aux membres de l'Assemblée fédérale de charger le Conseil fédéral d'examiner l'opportunité de la (non-)participation de la

Geissbühler Andrea Martina. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Quelle contrepartie pour la Suisse ? ; Heure des questions 18.5677 Büchel Roland Rino. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Pourquoi s'escrimer à éviter le Parlement ? Pourquoi la Suisse n'a-t-elle pas pris part au vote de la commission de l'ONU ? ; Heure des questions 18.5683 Keller-Inhelder Barbara. Pacte de l'ONU sur les réfugiés. Comment planifier les solutions ?) et la réponse du conseiller fédéral Ignazio Cassis a été suivi par quatre questions complémentaires. De nombreuses questions portant sur le Pacte mondial sur les migrations ont été posées durant l'heure des questions de la session parlementaire de printemps 2021 (Heure des questions 21.7021 Page Pierre-André. Pacte migratoire mondial et responsabilité ; Heure des questions 21.7022 Page Pierre-André. Pacte migratoire mondial, facilitation des migrations ; Heure des questions 21.7071 Amaudruz Céline. Pacte migratoire mondial et image des migrants ; Heure des questions 21.7077 Addor Jean-Luc. Financement du Pacte mondial sur les migrations ; Heure des questions 21.7079 Addor Jean-Luc. Pacte mondial sur les migrations, gouvernance et médias ; Heure des questions 21.7114 Grin Jean-Pierre. Pacte migratoire mondial et mesures concrètes ; Heure des questions 21.7171 Nicolet Jacques. Mise en oeuvre du pacte migratoire mondial). Celles-ci étaient principalement concentrées sur les contours d'une éventuelle mise en œuvre des différentes dispositions du Pacte par le Conseil fédéral. À cette occasion, la réponse a été donnée par écrit, des questions complémentaires n'ont donc pas pu être posées par les membres du Conseil national.

586 EHRENZELLER, Aussenpolitik, p. 584 ; TRIPET CORDIER, *Ein Instrument der parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der schweizerischen Aussenpolitik die Information und Konsultation gemäss Art. 152 Parlamentsgesetz* (Chavannes-Lausanne : 2012), p. 27.

587 LANZ, Bundesversammlung, pp. 112–113; VON WYSS, Commentaire LParl, art. 7 N 17.

Suisse à l'élaboration d'un nouvel instrument ou à l'adhésion à un instrument existant[588]. Au vu de la nature du postulat, il ne s'agirait pas d'une contrainte du Conseil fédéral de participer ou d'adhérer à un instrument, mais uniquement d'une demande d'appréciation de l'opportunité d'une telle action. Un tel postulat constituerait un important échange entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale au sujet de l'instrument de *soft law* concerné, habilitant l'influence parlementaire sur le comportement gouvernemental[589].

Les motions, notamment celles de mesure, sont également utilisées par les membres de l'Assemblée fédérale pour s'impliquer dans le domaine du droit souple. Au moyen de celles-ci, les parlementaires peuvent charger le Conseil fédéral de prendre une mesure par rapport à un instrument de droit souple : le contraindre à agir ou à s'abstenir si la mesure relève de la compétence constitutionnelle partagée (par exemple, planifier et lancer au niveau international un nouvel instrument de droit souple) ou uniquement l'inciter lorsque la mesure concerne un domaine de compétence exclusif du Conseil fédéral, à savoir la conduite quotidienne de la politique extérieure (par exemple, adhérer ou non à un certain instrument international de *soft law*)[590]. Après avoir exposé les outils généraux adaptés à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, nous expliquons désormais pourquoi les outils de planification politique n'en font pas partie.

4.1.2. Les outils généraux inadaptés à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple : les outils de planification politique

Contrairement aux outils d'information généraux et aux interventions parlementaires de mandat, les outils de planification politique à disposition de l'Assemblée fédérale ne s'avèrent pas adaptés à la participation parlementaire en matière de droit souple. Certes, la formulation de l'art. 173, al. 1, lit. g Cst. selon lequel « [l'Assemblée fédérale] participe aux planifications importantes des activités de l'État » rappelle fortement celle de l'art. 166, al. 1 Cst. au sens duquel elle « participe à la définition de la politique extérieure ». Nous retrouvons le parallélisme de terminologie également dans le texte allemand qui utilise le verbe *mitwirken* autant à l'art. 173, al. 1, lit. g Cst. qu'à l'art. 166, al. 1 Cst. Comme l'indique LANZ, il n'est dès lors pas surprenant que la planification politique soit un outil qui s'inscrit bien dans les principes constitutionnels de la participation

588 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 79.

589 Ibid.

590 Voir point 4.2.2.1. Ibid., p. 80 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 130.

parlementaire à la politique extérieure[591]. À ce propos, nous rappelons les développements du troisième chapitre de la présente thèse[592] ; le verbe « participer » ou « mitwirken » signifie prendre part à quelque chose, à une action impliquant au moins un autre acteur et non pas agir tout seul[593]. De plus, cette participation à la planification politique est particulièrement importante dans les domaines qui ne peuvent que difficilement être organisés par la législation, tels que la politique étrangère[594]. Toutefois, comme nous le verrons, la planification politique ne s'avère pas toujours constituer l'outil le plus adapté à l'implication parlementaire en matière de droit souple.

D'une part, les rapports planificateurs, qu'ils concernent directement la politique extérieure, tels que la stratégie de politique extérieure, ou pas, relèvent d'un caractère trop général et adoptent une vision à trop long terme pour se référer à des instruments internationaux de droit souple concrets, précis et pas toujours prévisibles. Même si nous envisageons la situation dans laquelle un tel rapport mentionnerait un instrument de *soft law,* il ne présenterait pas de plus-value par rapport à un rapport informatif en raison de l'absence de leur approbation au moyen d'un arrêté fédéral simple au sens de l'art. 28, al. 1*bis,* lit. a LParl. La seule différence, certes utile, résiderait dans le moment auquel l'information parviendrait à l'Assemblée fédérale : les rapports planificateurs informent le Parlement sur le futur et non pas sur le passé. Une réelle plus-value par rapport aux rapports informatifs existerait dans les cas, basés sur l'art. 148, al. 2 LParl, où le Conseil fédéral soumettrait à l'Assemblée fédérale un rapport planificateur sous la forme d'un projet d'arrêté fédéral simple ou d'arrêté fédéral, car cela permettrait à l'Assemblée fédérale de prendre activement position à son sujet. Pourtant, il est difficilement envisageable en pratique que des rapports tels que le plan financier ou le programme de la législature fassent référence à des instruments de droit souple en raison de leurs caractères très généraux. Il convient de préciser ici que nous avons qualifié le rapport de politique extérieure de rapport *informatif,* et non *planificateur,* malgré sa récente orientation vers la stratégie de politique extérieure en vigueur[595] et l'existence d'un chapitre sur les perspectives en son sein. Ce chapitre perspectif est toutefois court, général et peu précis et l'objectif principal

591 LANZ, Bundesversammlung, p. 143.

592 Voir point 3.1.

593 « Participer » in Larousse en ligne.

594 GRAF, *art. 28 LParl* in Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002 (Bâle : 2024) N 9.

595 La stratégie est présentée par le Conseil fédéral au début de chaque législature indépendamment du rapport sur la politique extérieure ; LANZ, Bundesversammlung, p. 105.

de ce rapport reste de décrire la politique extérieure menée par la Suisse durant l'année écoulée[596].

D'autre part, les décisions de principe et de planification (art. 28, al. 1*bis*, lit. c LParl) ne sont pas applicables à des projets concrets de droit souple international, car elles sont prévues pour la fixation des objectifs stratégiques de politique extérieure à long terme[597]. Imposer une action spécifique vis-à-vis d'un instrument de droit souple au Conseil fédéral par une décision de principe et de planification serait contraire à la répartition constitutionnelle des compétences[598]. Toutefois, un instrument de droit souple a déjà été soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale en tant que décision de principe et de planification. En effet, le Conseil fédéral s'est fondé sur l'art. 28, al. 3 LParl pour soumettre le Pacte mondial sur les migrations sous forme d'arrêté fédéral simple à l'Assemblée fédérale en réponse aux motions 18.4093, 18.4103 et 18.4106, tout en soulignant le caractère *sui generis* de cette procédure[599]. Nous ne partageons pas l'avis du conseiller national Fluri lorsqu'il affirme que la signature du Pacte mondial sur les migrations constitue une décision préliminaire qui fixe des objectifs à atteindre au sens de l'art. 28, al. 2 LParl[600]. Au contraire, nous considérons, tout comme LANZ, qu'il s'agit d'une décision concrète de signer un document précis[601]. La formulation de l'art. 28, al. 2 LParl est claire en ce sens que les arrêtés de principe et de planification n'englobent pas ce type d'actes ponctuels de politique extérieure, mais constituent des « [...] décisions préliminaires qui fixent les objectifs à atteindre, les principes ou critères à respecter ou les mesures à prévoir ». Plus généralement, une telle lecture de l'art. 28, al. 2 LParl est conforme au partage constitutionnel des compétences en politique extérieure, qui prévoit que la conduite opérationnelle de la politique extérieure appartient au Conseil fédéral (art. 184, al 1 Cst.)[602]. Nous concluons donc que la décision de principe et de planification n'est pas la forme juridiquement appropriée pour permettre au Parlement de se prononcer sur la position de la Suisse vis-à-vis dudit Pacte, ni, *a fortiori,* d'aucun autre instrument international de droit souple en raison de la nature ponctuelle et concrète d'un tel acte.

596 Rapport sur la politique extérieure 2023, p. 57.

597 GRAF, Commentaire LParl, art. 28 N 23 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 145 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 80.

598 Ibid.

599 Message relatif au Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, p. 36.

600 Délibérations du Conseil national du 6 décembre 2018, BO 2018 N 2100.

601 LANZ, Bundesversammlung, p. 134.

602 Voir point 3.1.

Au vu de ce qui précède, les rapports planificateurs et les décisions de principe et de planification ne constituent pas des outils généraux adaptés à la participation parlementaire dans le domaine du droit souple et ne font donc pas l'objet de l'évaluation à venir dans ce chapitre.

4.1.3. L'apport de légitimité par les outils généraux de participation parlementaire avant, durant et après la création des instruments internationaux de droit souple

Les outils généraux que nous considérons adaptés à la participation parlementaire dans le domaine du droit souple obtiennent, dans leur ensemble, **deux points et demi sur cinq** en tant que score de création de légitimité. Les points sont accordés entièrement pour les critères de la surveillance et du façonnement et partiellement pour le critère de la politisation. Avant d'approfondir cette analyse dans les pages qui suivent, il convient de préciser que les cinq critères ne sont pas remplis de manière identique par tous les outils généraux de participation parlementaire. Alors qu'ils remplissent tous le critère de la surveillance, les rapports informatifs ne remplissent pas celui du façonnement. De plus, uniquement l'interpellation, la question lors de l'heure des questions du Conseil national et les mandats remplissent le critère de la politisation.

Il convient également d'observer une différence entre les outils généraux de participation parlementaire en ce qui concerne le moment de l'implication. Les outils d'information généraux s'avèrent pertinents en pratique notamment lors des phases « durant » et « après » la création de l'instrument de droit souple, tandis que les interventions parlementaires de mandat permettent une implication à tout moment de la vie de l'instrument.

Partant, les outils généraux de participation parlementaire permettent d'apporter de la légitimité à un instrument international de droit souple, durant et après sa création pour les outils d'information généraux et à tout moment de vie de l'instrument pour les interventions parlementaires de mandat, en surveillant l'activité du Conseil fédéral, en façonnant de manière indirecte son contenu et en facilitant dans une certaine mesure le débat politique à son sujet. Nous démontrons désormais ces résultats en évaluant les outils généraux de participation parlementaire selon les cinq critères de création de légitimité (point 4.2), puis en les analysant selon le moment de l'implication parlementaire (point 4.3).

4.2. L'évaluation des outils généraux de participation parlementaire selon leur apport de légitimité

Le présent sous-chapitre a pour objectif d'examiner si et comment, au moyen des outils d'information généraux et des interventions parlementaires de mandat, l'Assemblée fédérale exerce ses cinq fonctions élémentaires vis-à-vis d'un instrument de droit souple. Autrement dit, nous répondons ici à la question de savoir si l'utilisation des outils généraux de participation parlementaire peut contribuer à la légitimité du droit souple international. Dans ce cadre, nous répondons aux questions suivantes : le recours aux outils généraux de participation parlementaire permet-il à l'Assemblée fédérale de façonner, d'approuver et de débattre de l'instrument international de droit souple, d'exercer son rôle de représentante démocratique et de surveiller le comportement du Conseil fédéral à l'égard dudit instrument ?

Avant l'analyse individuelle de chaque critère de création de légitimité, des explications préliminaires et une vision d'ensemble méritent d'être présentées. Comme susmentionné et illustré à la Figure 4, les outils généraux de participation parlementaire ne remplissent pas tous les critères de création de légitimité. De plus, des divergences existent entre les différents outils. Premièrement, nous observons que tous les outils généraux de participation parlementaire permettent aux membres de l'Assemblée fédérale de surveiller le comportement du Conseil fédéral vis-à-vis d'un instrument international de droit souple. Les différents droits d'information, les rapports informatifs et les interventions parlementaires d'information en tant qu'outils classiques de surveillance ainsi que les interventions parlementaires de mandat, à plus forte raison, se voient accorder un point pour le critère de la surveillance. Deuxièmement, nous avons attribué un point pour le critère du façonnement du droit souple à tous les outils généraux de participation parlementaire, à l'exception des rapports informatifs. Malgré l'absence d'effet contraignant sur le Conseil fédéral, la pression politique que les parlementaires peuvent exercer en faisant usage de ces outils peut pousser celui-ci à adapter son comportement international. On parle alors d'un façonnement indirect. Du point de vue de ce critère, les outils généraux de participation parlementaire retrouvent leur utilité surtout durant la création du droit souple ou en cas d'une modification ultérieure de l'instrument. Troisièmement, la Figure 4 indique que le critère de la politisation n'est que partiellement rempli. L'interpellation et la question lors de l'heure des questions du Conseil national ainsi que le postulat et la motion offrent des possibilités pour des délibérations et la contestation au

sujet des instruments internationaux de droit souple aux membres de l'Assemblée fédérale, alors que les autres outils d'information généraux ne se résument, comme nous le verrons, qu'à des échanges de questions-réponses restreints. Par conséquent, nous n'accordons qu'un demi-point aux outils généraux de participation pour le critère de la politisation. Pour finir, les critères de l'approbation et de la représentation ne sont remplis par aucun des outils étudiés.

Figure 4. Satisfaction des critères de création de légitimité par les outils généraux de participation parlementaire.

	Critères de création de légitimité				
Outils généraux de participation parlementaire	Façonnement	Consentement	Politisation	Représentation	Surveillance
Droits individuels à l'information	✓				✓
Droits généraux à l'information des commissions	✓				✓
Interventions parlementaires d'information	✓		✓*		✓
Rapports informatifs					✓
Interventions parlementaires de mandat	✓		✓		✓
Score d'apport de légitimité	*1 point*	*0 point*	*0.5 point*	*0 point*	*1 point*

** uniquement interpellation et question à l'heure des questions*

4.2.1. Le façonnement indirect de l'instrument international de droit souple par les outils généraux de participation parlementaire

À l'exception des rapports informatifs, les outils généraux de participation parlementaire remplissent le critère du façonnement ou *outcome shaping*. Ils permettent aux membres de l'Assemblée fédérale d'influencer le contenu d'un instrument international de droit souple en exerçant de la pression, notamment politique, sous laquelle le Conseil fédéral adapte, par la suite, son comportement. Nous sommes donc en présence d'un façonnement indirect[603]. Ce critère est particulièrement satisfait lorsque les parlementaires utilisent ces outils généraux durant la création de l'instrument ou en cas d'une modification ultérieure de l'instrument. Pour des raisons de clarté, nous expliquerons d'abord comment les outils d'information généraux répondent au critère du façonnement (point 4.2.1.1), avant de nous attarder sur le façonnement

603 Pour la distinction entre le façonnement direct et indirect au sens de la présente thèse, voir point 2.2.2.3.1.

du droit souple international au moyen des interventions parlementaires de mandat (point 4.2.1.2).

4.2.1.1. Façonnement indirect par les outils d'information généraux

Les droits individuels à l'information ainsi que ceux des commissions et les interventions parlementaires d'information ne peuvent pas, par exemple, obliger le Conseil fédéral à agir ou à s'abstenir. Toutefois, comme l'explique BORER, ce sont des outils qui permettent d'exercer une influence sur le comportement de l'exécutif dû au poids politique d'un avis clairement exprimé au sein du Parlement[604]. Ces outils s'avèrent donc utiles non seulement pour imposer au Conseil fédéral la justification de son comportement sur la scène internationale, mais aussi pour exprimer les souhaits du Parlement en fonction desquels le Conseil fédéral adapte ses actions[605].

L'influence indirecte que ces trois outils peuvent exercer sur le contenu d'un instrument de droit souple à travers le Conseil fédéral intervient uniquement durant la création ou éventuellement en cas d'une modification ultérieure de l'instrument. Lors de la phase précédant la création de l'instrument, l'information qui peut être demandée par les membres de l'Assemblée fédérale serait trop générale pour considérer qu'elle exerce une influence sur le contenu d'un instrument encore inexistant. Lors de la phase succédant la création de l'instrument, même si l'information demandée porte sur son contenu, le comportement international du Conseil fédéral ne peut plus, à ce stade de l'élaboration de l'instrument, concerner son contenu. Ainsi, l'influence indirecte de l'Assemblée fédérale ne peut pas porter sur le contenu, mais uniquement sur l'adhésion de la Suisse audit instrument.

4.2.1.1.1. Limites légales des droits individuels à l'information et des droits généraux à l'information des commissions parlementaires

Le Conseil fédéral peut, dans certaines situations, limiter les droits d'information individuels des parlementaires et ceux des commissions. Ces situations ne concernent généralement pas les instruments de droit souple. Il en découle que le Conseil fédéral ne peut quasiment jamais refuser de fournir une information sur un instrument de droit souple aux parlementaires et aux commissions, sauf dans les cas où l'information ne serait pas nécessaire à l'exercice du mandat du parlementaire (art. 7, al. 1 LParl) ou l'exercice des attributions

604 BORER, *Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten* (Université de Bâle, 1986), p. 502.

605 Ibid., p. 503.

de la commission ne l'exigerait pas (art. 150, al. 1 LParl). Tel pourrait être le cas si une commission demande l'information sur un instrument de droit souple portant sur une thématique tout autre que celle de ses attributions. Cependant, le refus de fournir l'information pour cette raison serait, à notre avis, un agissement politique délicat.

En ce qui concerne les droits individuels à l'information, la loi prévoit quelques rares situations dans lesquelles une information peut être refusée à un membre de l'Assemblée fédérale (art. 7, al. 2 LParl). Il s'agit principalement des informations qui concernent les procédures de co-rapport et les séances du Conseil fédéral (lit. a), les informations qui sont classées confidentielles ou secrètes pour des raisons relevant de la sécurité de l'État ou du renseignement (lit. b), ou dont la prise de connaissance par des personnes non autorisées pourrait porter préjudice aux intérêts de la Suisse ainsi que celles qui doivent rester confidentielles pour des motifs de protection de la personnalité (lit. c)[606]. Tout comme le droit à l'information individuel, celui des commissions parlementaires peut être limité, c'est-à-dire que le Conseil fédéral peut refuser la transmission d'informations, lorsque les informations concernent les procédures de co-rapport et ses propres séances (art. 150, al. 2, lit. a LParl) ou si elles sont classées secrètes pour des raisons relevant de la sécurité de l'État ou du renseignement, ou si une prise de connaissance par des personnes non autorisées peut porter un grave préjudice aux intérêts du pays (art. 150, al. 2, lit. b LParl). SÄGESSER considère que l'absence d'inclusion à l'art. 150, al. 2 de la troisième limitation en faveur de la protection de la personnalité, telle qu'elle existe à l'art. 7, al. 2 LParl, est due à un oubli du législateur[607]. Même si nous rejoignons SÄGESSER sur ce point, car nous ne voyons pas de raisons pour lesquelles certaines informations devraient rester confidentielles pour des motifs de protection de la personnalité vis-à-vis des parlementaires individuels, mais pas des commissions parlementaires entières, les limites des art. 7, al. 2 et 150, al. 2 LParl ne se verraient pas appliquées dans le cas d'une demande d'information portant sur un instrument international de droit souple, car le contenu de ces instruments ne relève pas d'un aussi haut degré de confidentialité[608]. Au vu de ce qui précède, la faculté de contribuer au façonnement de l'instrument international de droit souple des droits individuels et des commissions à l'information n'est jamais restreinte par ces limites légales.

606 SÄGESSER, Informationsrechte, p. 71.

607 Ibid., p. 72.

608 Voir point 4.1.1.1; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 78.

4.2.1.1.2. Caractère public des interventions parlementaires d'information

Le caractère public de l'utilisation d'un outil contribue à la pression politique que celui-ci met sur le Conseil fédéral. Grâce à leur publicité, les interventions parlementaires d'information s'avèrent donc être un outil utile pour les parlementaires ; elles leur permettent de contraindre le Conseil fédéral à justifier ou à concrétiser sa position dans le cadre d'un débat public, d'exposer leurs souhaits quant à la suite des événements de l'affaire en question et plus globalement, d'exercer une influence sur le cours des relations extérieures ou encore de prendre rapidement position sur des actualités de politique extérieure au moyen d'interpellations urgentes[609]. Ainsi, il convient de retenir que l'effet d'une intervention parlementaire d'information publique sur le comportement ultérieur du Conseil fédéral vis-à-vis d'un instrument international de droit souple serait plus important que celui d'une demande d'information individuelle ou de commission se déroulant à huis clos.

4.2.1.1.3. Absence de caractère façonneur des rapports informatifs

Les rapports informatifs à eux seuls ne permettent pas aux membres de l'Assemblée fédérale de façonner un projet de droit souple. En effet, ils peuvent constituer une base d'information nécessaire pour utiliser les autres outils d'information ou pour déposer des interventions parlementaires de mandat. Toutefois, l'acte passif de recevoir l'information au moyen d'un rapport ne contribue ni à élaborer directement le contenu d'un instrument ni à exercer une influence sur celui-ci en dirigeant le comportement du Conseil fédéral.

Il convient d'opérer ici une distinction avec les rapports planificateurs qui sont, comme nous l'avons souligné dans la première partie de ce chapitre, inadaptés à la participation parlementaire dans le domaine du droit souple[610]. Nous considérons que l'impact que l'Assemblée fédérale peut avoir sur le comportement du Conseil fédéral vis-à-vis d'un instrument de droit souple diffère considérablement selon si elle en prend connaissance dans un rapport informatif ou planificateur, en raison du moment de vie de l'instrument de droit souple auquel le rapport intervient. Parmi les rapports planificateurs du Conseil fédéral, il convient de mentionner le plan financier (art. 143 LParl) et le programme de la législature (art. 146 et 147 LParl), les deux accompagnés par des projets d'arrêtés fédéraux simples, ainsi que d'autres planifications et rapports au sens de l'art. 148 LParl. MATTLE et GRAF considèrent que cette faible forme de participation ne peut même pas être qualifiée de participation

609 BORER, Legalitätsprinzip, pp. 502-503.

610 Voir point 4.1.2.

à la planification, notamment lorsque le rapport n'est pas accompagné d'une décision de principe et de planification. Dans ce cas, le rapport n'a qu'une portée informative, car l'Assemblée fédérale ne se contente que d'en prendre connaissance, alors que la participation à la planification nécessite un comportement actif[611]. À leur sens, la participation minimale devrait consister en une délibération relative à la prise de connaissance, inexistante dans le cadre de l'art. 28, al. 1*bis,* lit. a LParl au sens duquel l'Assemblée fédérale se contente de prendre connaissance des rapports planificateurs « [...] pour information ou d'en prenant acte »[612]. Nous ne contredisons pas ce point de vue, mais considérons essentiel d'opérer une différence entre les rapports *informatifs* et les rapports contenant des éléments prospectifs tels que ceux visés à l'art. 28, al. 1*bis,* lit. a LParl. Les premiers fournissent souvent des informations sur des événements qui se sont déjà déroulés et ne permettent ainsi pas à l'Assemblée fédérale d'avoir un impact sur leurs résultats à cause de leur caractère rétrospectif. Les rapports *planificateurs,* quant à eux, offrent l'occasion, comme l'indique GRAF, aux parlementaires de recourir à d'autres outils à leur disposition, tels que des interventions parlementaires de mandat, afin d'influencer le résultat[613]. Nous ne pouvons pas parler d'un véritable caractère façonneur d'un rapport planificateur hypothétique contenant des informations relatives aux instruments de droit souple à venir. Nous pouvons cependant envisager que celui-ci permette à l'Assemblée fédérale d'exercer une influence sur le comportement du Conseil fédéral à l'égard du contenu de l'instrument en faisant usage des autres outils à sa disposition à un moment où l'adaptation de ce contenu est encore possible.

4.2.1.2. Façonnement indirect par les interventions parlementaires de mandat

Les interventions parlementaires de mandat permettent à l'Assemblée fédérale de participer de manière indirecte au façonnement du droit souple international, notamment en orientant les actions du Conseil fédéral[614]. Les interventions parlementaires de mandat sont plus rares que les interventions parlementaires d'information et vont au-delà de la recherche de renseignements ; le postulat et la motion constituent des moyens d'action permettant de directement

611 GRAF, Commentaire LParl, art. 28 N 10 ; MATTLE, *Mitwirkung des Parlaments an der politischen Planung* (Zurich, Bâle, Genève : 2011), p. 30 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 143.

612 GRAF, Commentaire LParl, art. 28 N 10 ; MATTLE, Planung, p. 30.

613 GRAF, Commentaire LParl, art. 28 N 11.

614 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 79.

déployer des effets sur le Conseil fédéral[615]. Même si le postulat permet aux parlementaires d'obtenir des informations sur le sujet du postulat, une nature créative et d'initiative ressort du fait qu'il engage le Conseil fédéral à examiner l'opportunité d'une action concrète et à se positionner clairement sur celle-ci[616]. LANZ parle à ce propos du « caractère formateur » des mandats[617].

Plus généralement, le postulat et la motion permettent à l'Assemblée fédérale de confier des mandats au Conseil fédéral au sens de l'art. 171 Cst.[618]. La deuxième phrase de cette disposition indique que la loi définit « les instruments à l'aide desquels l'Assemblée fédérale peut exercer une influence sur les domaines relevant de la compétence du Conseil fédéral ». Ainsi, ces instruments doivent permettre à l'Assemblée fédérale d'intervenir avec un certain poids dans les domaines d'action du Conseil fédéral, y compris la politique extérieure[619]. L'art. 171 Cst. consacre donc une conception coopérative de la séparation des pouvoirs[620]. La notion d'« influence » se situe, selon AUBERT et GONIN, quelque part entre la codécision, jugée trop imposante, et la simple recommandation, que le constituant a rejetée en raison de sa faiblesse[621]. Ceci fait écho aux verbes « participer » ou « mitwirken » de l'art. 166 Cst., en ce sens que l'autorité concernée déploie un effet, mais pas toute seule. En ce qui concerne la politique extérieure plus précisément et comme susmentionné[622], le Tribunal fédéral a expressément considéré que l'Assemblée fédérale peut, par le biais d'interventions parlementaires de mandat, inciter ou inviter le Conseil fédéral à envisager la conclusion d'un traité, mais qu'elle ne peut en aucun cas l'obliger à entreprendre des actes concrets de politique extérieure, tels que des négociations, car ceux-ci relèvent de la compétence exclusive du Conseil fédéral au sens de l'art. 184 Cst.[623]. Ce raisonnement vaut *mutatis mutandis* pour les instruments internationaux de droit souple.

615 LANZ, Bundesversammlung, p. 135.

616 Ibid., p. 117.

617 Ibid.

618 Dans une conception plus large de la notion de mandat, l'interpellation et la question peuvent être rattachés à l'art. 171 Cst. Pour les besoins de la présente thèse, celles-ci ont été apparentées et traitées dans le cadre de la catégorie des interventions parlementaires d'information, correspondant plus précisément à leur fonction. GONIN, art. 171 Cst. N 13.

619 AUBERT, art. 171 Cst. N 11, 12.

620 MERKER et CONRADIN, art. 171 Cst. N 15.

621 AUBERT, PC Cst., art. 171 N 13 ; GONIN, CR Cst., art. 171 N 29 ; MERKER et CONRADIN, BSK BV, art. 171 N 16.

622 Voir point 3.1.

623 ATF 139 V 263, consid. 7.2.

Le même raisonnement que pour les droits d'information individuels ainsi que ceux des commissions et les interventions parlementaires d'information s'applique ici. Quand bien même les postulats de mesure et les motions visant les phases « durant et après » la création de l'instrument ne déploient pas d'effet contraignant sur le comportement du Conseil fédéral en raison du partage constitutionnel des compétences, l'influence politique indirecte que ceux-ci engendrent ne saurait être ignorée. Quant aux motions de mesure qui concernent la phase « avant » la création de l'instrument, celles-ci peuvent effectivement contraindre le Conseil fédéral à entreprendre des actions vis-à-vis d'un instrument de droit souple, mais uniquement si elles portent sur l'orientation et la planification à long terme (compétence de l'Assemblée fédérale au sens de l'art. 166, al. 1 Cst.). Dès lors, une influence directe sur le contenu d'un instrument de droit souple au moyen d'une motion de mesure doit être exclue. De plus, il en découle, comme pour les outils d'information généraux, que ce façonnement indirect peut avoir lieu uniquement si la motion ou le postulat intervient durant la création de l'instrument, en ce sens qu'il serait, comme nous le verrons, insuffisamment précis pour orienter le comportement du Conseil fédéral vis-à-vis du contenu s'il intervenait avant la création de l'instrument. S'il se produisait après celle-ci, le Conseil fédéral n'aurait plus l'opportunité d'exercer, lui-même, une influence sur l'instrument.

4.2.2. L'absence de consentement à l'instrument international de droit souple au moyen des outils généraux de participation parlementaire

Aucun outil général de participation parlementaire ne peut effectivement permettre à l'Assemblée fédérale d'approuver un instrument international de droit souple. Autrement dit, ils ne permettent pas à l'Assemblée fédérale de consentir au résultat de la procédure internationale de son élaboration. En faisant usage d'outils d'information généraux, les parlementaires se limitent à demander ou à recevoir des renseignements au sujet des instruments internationaux de droit souple et ne permettent donc pas de consentir à ces derniers. Les postulats de mesure, quant à eux, ne peuvent pas non plus permettre un tel consentement ; ils ne pourraient hypothétiquement qu'inciter le Conseil fédéral à examiner l'opportunité de l'adhésion à un instrument international de droit souple. Plus généralement, un postulat peut ainsi charger le Conseil fédéral d'examiner si une mesure ou un acte doit être pris ou encore de présenter un rapport indépendamment de l'examen de l'opportunité d'un acte ou d'une mesure (art. 123, 2ème phrase LParl) ; il ne peut en aucun cas le contraindre à effectivement présenter le projet dudit acte ou à exécuter ladite mesure, en

l'occurrence l'adhésion ou l'abstention d'adhésion à un instrument international de droit souple[624].

4.2.2.1. Problématique des motions de mesure

Les motions de mesure méritent que nous nous attardions un peu plus longuement sur elles, car une motion qui chargerait le Conseil fédéral à adhérer à un instrument de droit souple déjà existant pourrait s'apparenter, en quelque sorte, à un consentement de l'Assemblée fédérale. Dans ce cas de figure, l'Assemblée fédérale exprimerait son assentiment au résultat d'une procédure internationale de création d'un instrument international de droit souple. Or, comme nous le verrons, l'Assemblée fédérale ne peut pas contraindre le Conseil fédéral à entreprendre de telles démarches en raison du partage constitutionnel des compétences en politique étrangère selon les art. 166 et 184 Cst[625].

Contrairement au postulat qui ne charge le Conseil fédéral que d'examiner l'opportunité d'un acte ou d'une mesure, la motion, quant à elle, charge le Conseil fédéral d'adopter ou de prendre effectivement ledit acte ou ladite mesure. Selon l'art. 120, al. 1 LParl, le Conseil fédéral est tenu de prendre une mesure lorsqu'elle relève de son domaine de compétence ou de présenter un projet d'acte législatif à l'Assemblée fédérale permettant de mettre en œuvre la motion, notamment lorsqu'il ne souhaite pas faire usage de sa propre compétence[626]. À la lecture de cette disposition, le Conseil fédéral se voit obligé d'exécuter la motion dans les deux situations[627]. Ainsi, la motion risquerait de constituer un mandat contraignant même dans un domaine de compétence du Conseil fédéral. Cela est concevable pour les questions qui relèvent des domaines de compétence délégués par les lois fédérales au Conseil fédéral, car cette délégation peut être annulée ou précisée à tout moment, toujours au niveau de la loi[628]. Or, la répartition constitutionnelle des compétences constitue une limite à l'effet contraignant des motions, car le Conseil fédéral ne peut pas, en vertu du parallélisme des formes, céder à l'Assemblée fédérale ses compétences découlant de la Constitution par une modification de la loi[629]. Les

624 GRAF, art. 123 LParl N 3.

625 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 80.

626 GRAF, art. 120 LParl N 17.

627 BIAGGINI, *art. 171 Cst.* in BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Zurich : 2017) N 8 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 125.

628 BLUM et al., *Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge*, p. 550.

629 GLASER, *art. 171 Cst.* in Bundesverfassung, St. Galler Kommentar (Saint-Gall : 2023) N 9-10 ; MERKER et CONRADIN, BSK BV, art. 171 N 19 ; GRAF, Commentaire LParl, art. 120 N 17.

travaux préparatoires relatifs à la LParl exposaient déjà les différences d'effets d'une motion selon si elle vise un domaine de compétence constitutionnelle de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral. La motion relative aux compétences constitutionnelles de l'Assemblée fédérale a une valeur juridique d'instruction (effet contraignant), tandis que la motion relative aux compétences constitutionnelles du Conseil fédéral a uniquement la valeur d'une directive politique[630]. Dans ce dernier cas, la décision elle-même reste dans la compétence et de la responsabilité du Conseil fédéral.

Malgré le fait que la motion soit de plus en plus utilisée pour mener la politique extérieure[631], la problématique des motions de mesure et de la répartition constitutionnelle des compétences est particulièrement visible dans ce domaine, qui englobe les instruments internationaux de droit souple, comme nous le verrons avec l'exemple de la motion 24.3474. Autrement dit, une motion qui obligerait le Conseil fédéral à prendre une mesure ponctuelle de politique étrangère entrerait en conflit avec le partage des compétences entre le législatif et l'exécutif tel qu'opéré par la Constitution fédérale. Deux situations se présentent en matière de politique extérieure qui peuvent également concerner les instruments internationaux de droit souple. Premièrement, une motion de mesure peut concerner la définition de la politique étrangère au sens de l'art. 166, al. 1 Cst. Dans ce cas, elle ne vise pas un domaine relevant de la seule compétence du Conseil fédéral et celui-ci doit exécuter la motion au sens de l'art. 120, al. 2 LParl. Tel serait le cas, par exemple, d'une motion qui chargerait le Conseil fédéral de lancer ou de planifier à long terme un projet de droit souple au niveau international[632]. La deuxième situation serait celle où la motion enjoindrait au Conseil fédéral de prendre un acte ponctuel de conduite opérationnelle de la politique extérieure. Cet aspect relève de la compétence exclusive du Conseil fédéral en vertu de l'art. 184, al. 1 Cst. Nous pouvons ici imaginer une motion qui indiquerait au Conseil fédéral d'adhérer ou de ne pas adhérer à un instrument de droit souple spécifique[633]. Le Conseil fédéral ne peut pas être contraint à exécuter une telle motion, mais doit justifier son choix s'il décide de s'en écarter en proposant un classement aux Chambres (art. 122, al. 3 LParl)[634]. L'art. 122, al. 5 LParl ne s'applique pas en raison de cette

630 Conseil fédéral, Avis sur le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1er mars 2001 sur la Loi sur le Parlement du 22 août 2001, FF 2001 5206.

631 Pour une statistique détaillée de l'augmentation du nombre des motions déposées ainsi qu'adoptées en matière de politique extérieure, voir LANZ, Bundesversammlung, pp. 122-123 ; GLASER, SGK BV, art. 171 N 17 ; GONIN, CR Cst., art. 171 N 31.

632 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 80.

633 Ibid.

634 Ibid. ; LANZ, Bundesversammlung, pp. 129-130.

impossibilité de contrainte[635]. Ainsi, dans le premier cas, la motion de mesure déploierait un effet d'instruction (contraignant pour le Conseil fédéral), tandis que dans le deuxième cas, elle ne jouirait que d'un caractère de directive politique (non-contraignant pour le Conseil fédéral)[636].

Pour des raisons de sécurité juridique, il est regrettable que la loi ne reflète pas aussi clairement cette différenciation aujourd'hui et conduise à une pratique contradictoire quant aux instruments internationaux de droit souple. Par exemple, la motion 24.3474 a exigé du Conseil fédéral qu'il soumette l'initiative *European Sky Shield,* un instrument international non-contraignant, à l'approbation du Parlement[637]. En raison des avis favorables des commissions parlementaires consultées et de la compétence du Conseil fédéral à signer la déclaration d'adhésion à ce protocole d'accord, clairement définie sur la base de l'art. 184, al. 1 Cst., le Conseil fédéral a signé ladite déclaration en octobre 2024 lorsque la motion était encore pendante[638]. La situation qui s'est donc présentée est celle où l'instrument en question a déjà été signé en raison de la compétence conférée au Conseil fédéral par la Constitution fédérale, mais où une motion de mesure déployant un effet de directive politique était toujours pendante. La doctrine ne présente pas une approche identique quant à la résolution de ce problème, mais s'accorde sur le fait qu'une motion ne peut pas déployer un effet juridique contraignant sur le Conseil fédéral lorsqu'elle concerne un domaine relevant de la compétence constitutionnelle exclusive de ce dernier[639]. À notre avis, une précision de cette limite aux motions de mesures au niveau de l'art. 120 LParl permettrait non seulement de garantir davantage les compétences constitutionnelles gouvernementales, mais également d'écarter de telles motions de mesures sur une base légale expresse, y compris en matière de droit souple international. Une telle clarification au niveau de la loi permettrait d'éviter d'emblée les situations telles que celle qui s'est produite dans le cadre de la motion 24.3474 et qui posent un risque pour la cohérence de la politique extérieure suisse et sèment le doute en pratique quant au partage horizontal des compétences dans ce domaine. La motion 24.3474 a finalement été rejetée le 12 décembre 2024 par le Conseil national[640].

635 LANZ, Bundesversammlung, p. 129.

636 Ibid., p. 130.

637 Motion 24.3474 CPS-N du 13 mai 2024. Adhésion à European Sky Shield Initiative.

638 DFAE, La Suisse signe la déclaration d'adhésion à l'European Sky Shield Initiative (ESSI), Communiqué de presse du 18 octobre 2024.

639 Pour une vision complète des différentes approches doctrinales sur cette question, voir LANZ, Bundesversammlung, pp. 126-127.

640 Délibérations du Conseil national du 12 décembre 2024, BO 2024 N 2342.

Le cas du Pacte mondial sur les migrations illustre le fait que les motions de mesure portant sur la compétence exclusive du Conseil fédéral ne déploient pas un effet juridiquement contraignant sur celui-ci, mais que leur poids politique influence son comportement. Les Chambres ont adopté trois motions de mesure qui chargeaient le Conseil fédéral de « ne pas approuver le Pacte mondial sur les migrations, les 10 et 11 décembre 2018 au Maroc, et de soumettre au Parlement la proposition d'approbation sous la forme d'un arrêté fédéral »[641]. La qualification du Pacte en tant que droit souple ainsi que la compétence exclusive du Conseil fédéral d'adhérer à ce type d'instruments en vertu de l'art. 184, al. 1 Cst. n'ont pas fait l'objet de débat. Ainsi, au vu des développements précédents, d'un point de vue juridique, ces motions ne déployaient qu'un effet de directive politique ; le Conseil fédéral aurait pu s'en écarter en justifiant sa position[642]. Il en ressort que le comportement ultérieur du Conseil fédéral dans ce dossier, à savoir la mise en œuvre desdites motions, était donc motivé plutôt par des considérations politiques que juridiques.

En conclusion, les parlementaires peuvent faire usage des motions, soit pour contraindre le Conseil fédéral à prendre des mesures de définition de politique étrangère en rapport avec un projet international de droit souple, soit pour l'encourager, mais non pas l'obliger, à prendre des décisions concrètes sur un projet de droit souple relevant de la conduite opérationnelle de la politique étrangère, telles que l'adhésion ou l'abstention d'adhésion à un instrument de droit souple. Partant, elles ne répondent pas au critère d'approbation.

4.2.3. La politisation de l'instrument international de droit souple au moyen des outils généraux de participation parlementaire

Parmi les outils généraux de participation parlementaire, seules certaines interventions parlementaires offrent à l'Assemblée fédérale une possibilité de politisation au sujet d'un instrument de droit souple. Il s'agit, en l'occurrence, de l'interpellation, de la question posée lors de l'heure des questions du Conseil national et des interventions parlementaires de mandat. Ce critère n'est dès lors que partiellement rempli et contribue d'un demi-point au score de création de légitimité des outils généraux de participation parlementaire.

641 Motion 18.4093 ; Motion 18.4103 ; Motion 18.4106.

642 LANZ, Bundesversammlung, p. 135.

4.2.3.1. Absence de politisation par la majorité des outils d'information généraux

L'interpellation et la question posée à l'heure des questions exceptées, les outils d'information généraux ne permettent pas aux membres de l'Assemblée fédérale d'avoir un débat d'opinions divergentes sur un projet de droit souple international, en ce sens que, comme formulé par LEY, les contradictions politiques ne sont pas représentées et articulées dans le processus politique[643]. Les droits à l'information individuels et ceux des commissions se résument, tout au plus, à un simple échange d'une question venant du Parlement et d'une réponse de la part du Conseil fédéral qui n'offre pas de plus amples possibilités de fournir des suggestions pour des modifications, de formuler une critique (alternativité) ou encore de prévoir un changement juridique dans le futur (révisibilité). À titre d'exemple, les commissions parlementaires, ainsi que leurs sous-commissions, peuvent inviter le Conseil fédéral à participer à une séance afin qu'il leur fournisse des informations (art. 150, lit. a LParl). Il convient de comprendre ici une séance de questions réponses entre ce dernier et la commission parlementaire qui l'invite[644]. De plus, comme précédemment mentionné, ces échanges ne sont pas publics. Ces deux éléments se trouvent donc à l'origine d'une utilisation réduite de ces deux outils en pratique[645].

En ce qui concerne les rapports informatifs, une simple prise de connaissance d'informations par l'Assemblée fédérale telle que prévue pour les rapports pertinents en matière de droit souple ne permet pas à celle-ci d'en politiser le contenu. L'Assemblée fédérale prend acte du rapport de politique extérieure annuel et un examen préalable par les CPE a lieu sur la base de leurs droits spécifiques figurant à l'art. 152 LParl[646]. Il s'agit, en l'occurrence, d'une simple prise de connaissance de la part de l'Assemblée fédérale et non de l'adoption d'un arrêté fédéral[647]. À ce propos, TRIPET estime qu'il conviendrait de réfléchir à la valeur procédurale et politique que la délibération d'un arrêté fédéral simple apporterait dans ce cadre, surtout au vu de la difficulté de gérer ce domaine par la législation dite classique[648]. Ainsi l'approbation du rapport de politique extérieure annuel sous forme d'arrêté fédéral simple

643 LEY, Opposition im Völkerrecht, p. 381.

644 VON WYSS, art. 150 LParl N 18.

645 LANZ, Bundesversammlung, p. 111 ; VON WYSS, Commentaire LParl, art. 7 N 28.

646 TRIPET CORDIER, Instrument, p. 19.

647 Lors de l'élaboration de la LParl, l'Assemblée fédérale a refusé d'obliger le Conseil fédéral à présenter le rapport sous forme d'un projet d'arrêté fédéral simple. Voir à ce propos, GRAF, art. 148 LParl N 6.

648 TRIPET CORDIER, Instrument, p. 20.

pourrait permettre à l'Assemblée fédérale une participation plus active en politique extérieure, y compris dans le domaine du droit souple international. Toutefois, cette idée a expressément été rejetée durant les travaux préparatoires de la LParl[649] ; la répartition constitutionnelle des compétences ainsi que l'exigence de la souplesse d'action en politique extérieure l'ont emporté sur une participation accrue du Parlement[650]. À cela s'ajoutent, sans doute aussi, des raisons liées au manque de ressources en termes de temps et de compétence des parlementaires[651].

4.2.3.1.1. Cas particulier du rapport de gestion annuel

Le critère de la politisation pourrait être rempli dans le cas où un rapport qui contient des informations sur un instrument de droit souple en élaboration devait être approuvé par l'Assemblée fédérale sous forme d'un arrêté fédéral ou d'un arrêté fédéral simple[652]. Tel pourrait théoriquement être le cas du rapport de gestion au sens des art. 144, al. 2 et 3 et 145, al. 1 et 2 LParl. Celui-ci doit être approuvé par l'Assemblée fédérale sous forme d'un arrêté fédéral simple (art. 145, al. 2 LParl), déchargeant ainsi l'exécutif de sa responsabilité politique[653]. Cet élément présente une importance particulière lorsque nous parlons de l'implication parlementaire ; il ne permet pas uniquement une participation passive de l'Assemblée fédérale (simple acquiescement du rapport), mais un comportement actif. Or, comme indiqué en introduction du présent chapitre, la situation dans laquelle le rapport de gestion annuel contiendrait des informations au sujet d'un instrument international de droit souple reste fortement hypothétique. C'est pour cette raison que nous considérons qu'aucun rapport informatif ne permet de remplir le critère de la politisation.

4.2.3.1.2. Politisation au moyen de certaines interventions parlementaires d'information

Il en va autrement pour les interventions parlementaires d'information, notamment l'interpellation et la question posée durant l'heure des questions du

649 Avis du Conseil fédéral sur le rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 5196.

650 DETREKÖY et al., *Für eine partizipative Aussenpolitik, Drei Empfehlungen zur Stärkung des Whole-of-Switzerland-Ansatzes*, p. 10.

651 Voir point 9.2.1.3.

652 Solution qui a été définitivement rejetée lors de l'élaboration de la LParl. Avis du Conseil fédéral sur le rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 5196.

653 HÄGGI FURRER et MERKER, *art. 169 Cst.* in Basler Kommentar Bundesverfassung (Bâle : 2015) N 44.

Conseil national. Les membres de l'Assemblée fédérale apprécient particulièrement ces outils d'information, car ils leurs permettent d'interpeller et d'interroger le Conseil fédéral en se positionnant de façon visible devant l'électorat grâce à la publicité de ces échanges, notamment dans les cas où l'intervention d'information résulte en un débat au sein des Chambres[654]. À cette dernière occasion, l'effet politisant est dégagé, car le Conseil fédéral peut être confronté à des alternatives personnelles et substantielles et un changement juridique ultérieur peut en découler.

L'interpellation peut ouvrir la porte à une discussion parlementaire lorsqu'elle concerne un instrument de *soft law,* car l'auteur de l'interpellation peut indiquer s'il est satisfait ou non de la réponse du Conseil fédéral et demander que celle-ci fasse l'objet d'un débat lors duquel les autres parlementaires auraient également l'occasion de s'exprimer (art. 125, al. 2, LParl ; art. 28, al. 4, RCN ; art. 24, al. 3, RCE)[655].

La question posée pendant l'heure des questions du Conseil national n'habilite certes pas le débat dans une mesure aussi large que l'interpellation, mais octroie tout de même la possibilité à son auteur de poser une question complémentaire orale (art. 31, al. 3 RCN) et permet aux membres de l'Assemblée fédérale d'obtenir des informations dans les plus courts délais[656]. Ainsi, les membres du Conseil national peuvent recevoir des renseignements sur des sujets d'actualité, comme des nouveaux projets de droit souple ou ceux qui ont été récemment élaborés, en moins d'une semaine, et ont également le droit de poser une question complémentaire par oral suite à la réponse du Conseil fédéral. Bien que l'heure des questions eût disparu de la panoplie des interventions parlementaires pendant presque vingt ans[657], celle-ci constitue un outil utile, intéressant et apprécié à disposition des membres du Conseil national, notamment grâce à la rapidité de l'obtention de l'information ainsi qu'à la possibilité de poser une question supplémentaire et la spontanéité de la réponse

654 LANZ, Bundesversammlung, p. 112 ; MOERI, *Die Kompetenzen der schweizerischen Bundesversammlung in den auswärtigen Angelegenheiten* (Hochschule St. Gallen für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaten, 1990), p. 269 ; BORER, Legalitätsprinzip, p. 503.

655 L'art. 125 LParl a précisé, par rapport à l'art. 22*ter* de l'ancienne LREC, que ce n'est pas chaque membre de l'Assemblée fédérale, mais uniquement l'interpellant lui-même qui peut demander une discussion au sein du Conseil ; GRAF, art. 125 LParl N 1.

656 Les deuxième et troisième lundis de chaque session parlementaire commencent par l'heure des questions. Les députées doivent soumettre leurs questions au plus tard jusqu'à midi le mercredi précédent (art. 31, al. 3 RCN).

657 L'heure des questions avait existé de 1946 à 1962, puis a été réintroduite en 1979. GRAF, Commentaire LParl, art. 125 N 6.

du Conseil fédéral[658]. Par exemple, le conseiller national Balthasar Glättli a considéré que cet outil permet de poser des questions particulièrement pointues au gouvernement ainsi que d'obtenir des affirmations et éventuellement des engagements sur lesquels les membres de l'Assemblée fédérale peuvent s'appuyer par la suite et ainsi influencer le travail du Conseil fédéral sur le sujet[659]. Par ailleurs, la question lors de l'heure des questions peut constituer une première étape préalable au dépôt d'une motion ou d'un postulat, notamment lorsque son auteur n'est pas satisfait de la réponse du Conseil fédéral[660].

Malgré sa forte ressemblance avec l'interpellation, la question simple, quant à elle, ne permet pas d'ouvrir une discussion après la réponse du Conseil fédéral et ne remplit dès lors pas ce troisième critère[661]. Comme l'interpellation, la question ordinaire permet à un membre de l'Assemblée fédérale, la majorité d'une commission ou à un groupe parlementaire d'exiger du Conseil fédéral qu'il fournisse des renseignements sur une affaire touchant à la Confédération (art. 125 LParl). Le Conseil fédéral y répond par écrit à la session parlementaire suivante (art. 125, al. 2 LParl) et sa réponse liquide la question, en ce sens qu'une discussion au sein des chambres fédérales n'est pas possible (art. 125, al. 5 LParl). Toutefois, nous n'avons pu retracer aucun exemple concret d'une question portant spécifiquement sur un instrument de *soft law*. À notre avis, l'utilisation plus limitée de la question ordinaire que de l'interpellation en pratique est justement due à l'impossibilité de déclencher un débat d'opinions divergentes par la suite ; les membres de l'Assemblée fédérale privilégient alors les autres outils d'information, notamment en présence de sujets d'actualité, comme l'émergence d'un nouvel instrument international de droit souple. Au vu de ce qui précède, parmi les interventions parlementaires d'information, ce sont surtout l'interpellation et la question posée lors de l'heure des questions du Conseil national qui peuvent permettre aux membres de l'Assemblée fédérale de politiser au sujet d'un instrument international de droit souple.

658 « L'heure des questions […] est une institution du Conseil national qui se révèle aussi intéressante qu'efficace. Elle est en effet intéressante non seulement pour les députés, mais aussi pour le public, car elle permet d'obtenir rapidement des membres du Conseil fédéral qu'ils répondent à des questions portant sur l'actualité. L'heure des questions peut en outre servir à animer l'activité du conseil, grâce notamment à l'instrument de la question complémentaire, qui appelle une réponse spontanée de la part du conseiller fédéral concerné », Commission des institutions politiques du Conseil national, Rapport sur l'initiative parlementaire 11.443 Landolt Martin. Supprimer l'heure des questions du 17 novembre 2011, p. 2 ; ZURKIRCHEN, Instrumente, p. 85.

659 Services du Parlement, L'heure des questions – Les conseillers fédéraux passent leur oral, Blog de l'Assemblée fédérale 2018.

660 Ibid.

661 ZURKIRCHEN, Instrumente, p. 73.

4.2.3.2. Politisation au moyen des interventions parlementaires de mandat

Le postulat et la motion constituent des outils qui permettent aux membres de l'Assemblée fédérale de faire part de leurs positions[662], de débattre et d'exprimer une opposition vis-à-vis du contenu d'un instrument de droit souple. Un postulat qui charge le Conseil fédéral d'examiner l'opportunité d'une mesure relative à un instrument international de droit souple permet d'abord au Conseil fédéral de donner son avis en proposant d'accepter ou de rejeter le postulat, puis le postulat est réputé adopté lorsqu'il est approuvé par l'un des deux conseils à la suite de délibérations (art. 124, al. 2 LParl). En approuvant ou en rejetant le postulat, il n'est pas exclu que les membres de l'Assemblée fédérale débattent du contenu de l'instrument en manifestant des opinions divergentes à son sujet. Nous soupçonnons que cette possibilité de débat est l'une des raisons pour lesquelles le postulat est une intervention parlementaire particulièrement apprécié dans le domaine de la politique extérieure[663]; la seconde étant le fait qu'il correspond fidèlement au partage constitutionnel des compétences en matière de politique extérieure. *A fortiori,* il en va de même pour une motion de mesure qui porte sur un instrument international de droit souple dont la procédure d'examen et d'adoption est davantage complexe et nécessite des délibérations, puis l'adoption par les deux chambres fédérales[664].

Toutefois, dans le cas où un postulat ou une motion de mesure interviendrait après la création d'un instrument de droit souple, ceux-ci ne porteraient que sur l'éventuelle adhésion ou abstention d'adhésion de la Suisse à l'instrument. Dans une telle situation, les éléments d'alternativité et de révisibilité feraient défaut, en ce sens que la manifestation d'opinions divergentes au sein de l'Assemblée fédérale ne pourrait conduire à la formulation d'alternatives politiques ou à de futures modifications de contenu, car l'instrument aurait déjà été définitivement adopté[665]. Par conséquent, le critère de la politisation n'est rempli que lorsque le postulat et la motion de mesure sont utilisés avant, lorsque au moins la thématique de l'instrument est connue, ou durant la création de l'instrument de droit souple.

662 LANZ, Bundesversammlung, p. 117.

663 LANZ a constaté une importante augmentation non seulement du nombre de postulats formulés, mais également adoptés entre 2010 et 2018 dans ce domaine. Pour une statistique complète de 2010 à 2018, voir ibid., pp. 119-121.

664 Pour une appréciation plus détaillée de ces procédures, voir GRAF, art. 121 LParl N 6-12. Pour une vision schématique, voir Assemblée fédérale, Objets soumis à délibération et procédure parlementaire, Motion.

665 LEY, Opposition im Völkerrecht, pp. 194-201.

4.2.4. L'absence de représentation par le biais des outils généraux de participation parlementaire

Le critère de la représentation au sens de la présente évaluation n'est rempli par aucun outil général de participation parlementaire. Les outils généraux de participation parlementaire, notamment ceux dont la conséquence est une prise de position publique du Conseil fédéral, servent à la fonction de représentation des membres de l'Assemblée fédérale au niveau interne, en ce sens que le parlementaire qui soumet une interpellation, une question ordinaire ou à l'occasion de l'heure des questions du Conseil national ou encore une intervention parlementaire de mandat démontre à l'électorat son engagement pour certains sujets et oblige le Conseil fédéral à rendre des comptes concernant ces derniers[666].

En revanche, aucun des outils généraux de participation parlementaire n'habilite l'Assemblée fédérale, ses diverses formations ou ses membres à se prononcer directement sur la scène internationale. Concernant une représentation indirecte, nous pourrions imaginer, par exemple, la situation dans laquelle, au moyen d'une motion de mesure, l'Assemblée fédérale dirigerait rigoureusement les actes à prendre par le Conseil fédéral dans le cadre des négociations d'un instrument international de droit souple. Or, comme indiqué précédemment au point 4.2.2.1, il s'agirait dans le cas d'espèce d'une mesure ponctuelle de politique extérieure. Le Conseil fédéral ne se retrouverait donc pas dans l'obligation d'exécuter une telle motion et d'adopter le comportement souhaité par l'Assemblée fédérale. Dû à cette facilité pour le Conseil fédéral de s'écarter du mandat dont il a été chargé, contrairement à la possibilité d'en faire de même en présence d'un avis consultatif au sens de l'art. 152, al. 3 LParl[667], nous ne pouvons pas conclure que les motions de mesure permettent à l'Assemblée fédérale et ses membres d'exercer leur rôle de représentant même indirectement dans le cadre d'un instrument de droit souple.

4.2.5. La surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple au moyen des outils généraux de participation parlementaire

Les outils généraux de participation parlementaire permettent effectivement aux membres de l'Assemblée fédérale de surveiller les activités du Conseil fédéral relatives aux instruments internationaux de droit souple, car la surveil-

666 GRAF, Commentaire LParl, art. 125 N 7.

667 Voir point 5.2.4.

lance au sens de ce dernier critère de création de légitimité concerne principalement l'obtention de toutes les informations nécessaires par le Parlement[668]. Ils présentent tous des liens forts avec la haute surveillance du gouvernement ; plus particulièrement, ils constituent tous des instruments de haute surveillance à disposition de l'Assemblée fédérale au sens de l'art. 169 Cst.[669]. Par conséquent, ils obtiennent un point pour la satisfaction de ce critère.

Avant d'expliquer comment les outils d'information généraux (point 4.2.5.2), puis les interventions parlementaires de mandat (point 4.2.5.3) satisfont à ce critère, nous aborderons la question de la source de l'impulsion de l'information, c'est-à-dire le caractère de *Holschuld* des outils généraux de participation parlementaire et ses conséquences (point 4.2.5.1).

4.2.5.1. Caractéristique *Holschuld* des outils généraux de participation parlementaire

Hormis les rapports informatifs, tous les outils généraux identifiés permettant l'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de *soft law* présentent le même défi. Autant les droits à l'information individuels que ceux des commissions, autant les interventions parlementaires d'information que celles de mandat sont déclenchés par une première impulsion provenant de l'Assemblée fédérale elle-même (outils de « recherche d'information », *Holschuld*), en ce sens qu'il appartient à celle-ci de demander activement les informations au Conseil fédéral, d'exiger d'être informée[670]. Cette première action du Parlement sous-entend que l'utilisateur de l'outil ait connaissance au moins de l'existence de l'instrument de droit souple qui fait l'objet de sa demande d'information, de son postulat ou de sa motion. Or, ces connaissances font souvent défaut en l'absence de communication de la part du gouvernement, car les instruments internationaux de droit souple sont nombreux, élaborés dans divers fora et portent sur des sujets spécialisés[671]. Par exemple, si un membre de l'Assemblée fédérale souhaite confier un mandat portant sur un instrument international de droit souple au Conseil fédéral, il doit au moins avoir connaissance de son existence ou des discussions sur sa future création et disposer d'une base d'informations minimale à son sujet.

Les outils d'information prévoyant une première impulsion de la part du Conseil fédéral (*Bringschuld*) tels que les rapports informatifs ou l'obligation

668 UIP, Parliamentary Involvement in International Affairs, p. 5.

669 BIAGGINI, art. 169 Cst. N 18-19.

670 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 76.

671 Voir point 1.1.1.

d'informer les CPE de l'art. 152 LParl abordée dans le cinquième chapitre de cette thèse[672], permettent de pallier cette difficulté. D'un côté, les rapports informatifs ont le potentiel de fournir des connaissances minimales sur un instrument de droit souple aux parlementaires. De l'autre, en échangeant même informellement avec leurs collègues siégeant au sein des CPE qui doivent régulièrement être informés par le Conseil fédéral sans formuler des demandes expresses[673], les autres membres de l'Assemblée fédérale peuvent acquérir des informations suffisantes pour ensuite utiliser les outils généraux d'information à leur disposition ou pour soumettre un postulat ou une motion. Nous observons donc ici comment les différents outils généraux et spécifiques à la politique extérieure peuvent se compléter mutuellement.

4.2.5.2. Surveillance par le biais des outils d'information généraux

Les droits d'information individuels et ceux des commissions ainsi que les trois interventions parlementaires d'information garantissent un droit à l'information aux différentes formations du Parlement et sont unanimement catégorisés en tant qu'outils de surveillance classiques par la doctrine[674]. À titre d'exemple, l'interpellation, la question ordinaire et la question posée durant l'heure des questions permettent principalement à l'Assemblée fédérale d'obtenir des informations du Conseil fédéral de manière rapide et publique constituant ainsi des instruments classiques de la haute surveillance au sens de l'art. 169, al. 1 Cst.[675]. En utilisant les outils d'information généraux, les parlementaires, d'une part, invitent le Conseil fédéral à présenter son point de vue et à justifier ses actions en matière de droit souple et, d'autre part, reçoivent les informations nécessaires pour ensuite déclencher un éventuel débat et critiquer le comportement du Conseil fédéral vis-à-vis dudit instrument de *soft law*[676].

Il en va de même pour les rapports informatifs[677]. Le rapport de gestion annuel est, quant à lui, expressément conçu en tant qu'outil de haute surveil-

672 Voir point 5.2.5.1.

673 À ce propos, voir point 5.1.2.1.1.

674 Voir NEUENSCHWANDER, *art. 169 Cst.* in Commentaire romand de la Constitution fédérale (2021) N 55-66 ; HÄGGI FURRER et MERKER, art. 169 N 45-46 ; GRAF, Commentaire LParl, art. 125 N 7 ; LANZ, Bundesversammlung, pp. 111-113.

675 LANZ, Bundesversammlung, p. 111; VON WYSS, *Maximen und Prinzipien des parlamentarischen Verfahrens: eine Untersuchung über die Schweizerische Bundesversammlung* (Université de Zurich, 2001), p. 97.

676 BORER, Legalitätsprinzip, p. 503.

677 En ce qui concerne le rapport annuel sur les traités internationaux, voir notamment LANZ, Bundesversammlung, p. 106.

lance (art. 169 Cst.)[678]. Son importance en tant qu'outil de haute surveillance réside dans le fait qu'il habilite un comportement actif de la part de l'Assemblée fédérale (approbation par l'Assemblée fédérale sous forme d'un arrêté fédéral simple). Comme susmentionné, la fonction de surveillance des rapports informatifs est davantage renforcée par leur caractère de *Bringschuld,* en ce sens que le Conseil fédéral apporte l'information, sans qu'il soit nécessaire de l'exiger.

4.2.5.3. Surveillance par le biais des interventions parlementaires de mandat

La motion et le postulat sont des mandats qui découlent de l'art. 171 Cst. et vont certes au-delà de la simple obtention d'information, mais constituent *a fortiori* également des instruments de haute surveillance au sens de l'art. 169 Cst.[679]. Ceux-ci permettent en particulier à l'Assemblée fédérale d'intervenir elle-même lorsqu'elle estime que les outils classiques de haute surveillance ont révélé des incohérences ou des manquements relatifs au comportement gouvernemental[680], y compris face au droit souple international.

4.3. L'évaluation des outils généraux de participation parlementaire selon le moment de l'implication

Le troisième sous-chapitre vise à situer le moment de vie d'un instrument de droit souple lors duquel l'Assemblée fédérale peut intervenir en faisant usage des outils généraux de participation parlementaire. Il convient de noter d'emblée que les différents outils généraux de participation parlementaire ne permettent pas tous une implication parlementaire au même moment de vie d'un instrument de droit souple. Tandis que les rapports informatifs et les interventions parlementaires de mandat peuvent s'avérer pertinents à tout moment, les droits individuels à l'information, les droits généraux à l'information des commissions ainsi que les interventions parlementaires d'information n'habilitent l'implication parlementaire que durant et après la création de l'instrument de droit souple sur lequel ils portent. Nous présentons ces résultats

678 BIAGGINI, BV Kommentar, art. 169 N 18 ; HÄGGI FURRER et MERKER, BSK BV, art. 169 N 42 ; NEUENSCHWANDER, CR Cst., art. 169 N 46.

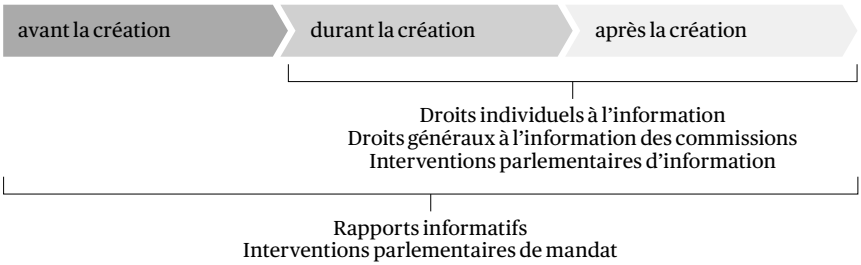
679 LANZ, Bundesversammlung, p. 135 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 79 ; BIAGGINI, BV Kommentar, art. 169 N 18.

680 HÄGGI FURRER et MERKER, BSK BV, art. 169 N 54.

à l'aide de la Figure 5 ci-dessous qui situe les différents outils généraux de participation parlementaire sur la ligne temporelle d'un instrument international de droit souple.

Figure 5. Dimension temporelle : Intervention des outils généraux de participation parlementaire dans la vie d'un instrument international de droit souple.

Ligne temporelle d'un instrument international de droit souple



Nous abordons, dans un premier temps, les outils d'information généraux ne permettant l'implication parlementaire que durant et après la création du droit souple (point 4.3.1). Dans un second temps, nous expliquons comment les rapports informatifs et les interventions parlementaires de mandat habilitent cette implication à toutes les étapes de vie d'un tel instrument (point 4.3.2). Auparavant, il convient de brièvement intégrer certains résultats de notre évaluation selon l'apport de légitimité. Malgré le fait que certains outils généraux de participation parlementaire puissent intervenir durant et après la création de l'instrument international de droit souple et d'autres tout au long de sa vie, l'exercice de certaines fonctions de l'Assemblée fédérale au moyen de ceux-ci n'est limité qu'à certaines phases temporelles. En d'autres termes, le façonnement du contenu de l'instrument international de droit souple peut avoir lieu uniquement lorsque les outils généraux de participation parlementaire qui l'habilitent interviennent durant sa création[681]. De plus, les membres de l'Assemblée fédérale ont l'opportunité d'en politiser au moyen d'outils généraux qui sont utilisés avant et durant sa création[682]. La surveillance du comportement du Conseil fédéral est, quant à elle, assurée par les outils généraux de participation tout au long de la vie de l'instrument international de droit souple.

681 Voir points 4.2.1.1 et 4.2.1.2.

682 Voir point 4.2.3.2.

4.3.1. Durant et après la création du droit souple : les droits individuels à l'information, les droits généraux à l'information des commissions et les interventions d'information

Globalement parlant, les membres de l'Assemblée fédérale peuvent utiliser les outils d'information généraux à tous les moments de vie d'un instrument de droit souple. Les droits à l'information individuels, ceux des commissions et les interventions parlementaires d'information s'étendent autant aux événements passés et présents qu'aux projets et mesures prévues pour l'avenir[683]. Par conséquent, nous pouvons envisager qu'une demande de renseignement ou une intervention d'information de la part d'un ou une parlementaire ou d'une commission porte sur un instrument de droit souple déjà existant, en cours d'élaboration ou encore sur un projet futur. Cependant, comme déjà examiné, dû à la caractéristique de *Holschuld* de ces outils, selon laquelle l'impulsion pour l'intervention doit provenir du Parlement lui-même, l'auteur doit avoir des connaissances minimales sur un instrument de droit souple ou du moins de son existence afin de pouvoir demander plus de renseignements à son sujet. Il est dès lors fort difficile, mais non pas impossible (surtout en cas d'échanges avec des collègues bénéficiant des droits à l'information *Bringschuld*), d'imaginer qu'un parlementaire ait, en pratique, des connaissances suffisantes sur un instrument de droit souple avant que son élaboration ne soit lancée au niveau international. Tel peut être le cas, par exemple, lorsque l'instrument est élaboré, dans un premier temps, uniquement par des acteurs non-étatiques ou encore en raison de son caractère hautement spécialisé. Ainsi, en pratique, les droits individuels à l'information, les droits généraux à l'information des commissions et les interventions parlementaires portent principalement sur les instruments internationaux déjà existants ou ceux qui sont en cours de création. Partant, nous retenons les phases temporelles « durant » et « après » la création en tant que résultat de l'évaluation temporelle des droits individuels à l'information, des droits généraux à l'information et des interventions parlementaires d'information.

4.3.2. Avant, durant et après la création du droit souple : les rapports informatifs et les interventions parlementaires de mandat

Les rapports informatifs (point 4.3.2.1) et les interventions parlementaires de mandat (point 4.3.2.2) habilitent l'implication parlementaire lors des trois phases temporelles de vie d'un instrument international de droit souple.

683 SÄGESSER, Informationsrechte, p. 68.

4.3.2.1. Rapports informatifs

Le Conseil fédéral utilise les rapports dits informatifs pour renseigner l'Assemblée fédérale au sujet des instruments internationaux de droit souple surtout après leur création ou éventuellement durant cette dernière, mais la phase préalable à leur création ne doit pas non plus être entièrement exclue. La phase temporelle la plus pertinente ici est celle après la création de l'instrument. À titre d'exemple, les six derniers rapports annuels sur la politique extérieure ont, en effet, fourni à l'Assemblée fédérale des informations au sujet de divers instruments internationaux de droit souple dans le cadre d'une vision rétrospective de la politique extérieure menée par la Suisse[684]. La phase temporelle durant la création peut également être concernée dans la situation où le rapport intervient lorsque l'instrument est en cours d'élaboration et la Suisse y participe, notamment lorsqu'il porte sur un sujet médiatisé. Même s'il est peu commun que le Conseil fédéral inclue dans un rapport informatif des éléments relatifs à un instrument de droit souple avant que l'élaboration de celui-ci n'ait démarré, cette hypothèse est envisageable lorsque le Conseil fédéral lance lui-même l'idée d'un instrument de droit souple au niveau international ou lorsqu'il en est informé par un autre acteur à l'origine d'un projet. Par exemple, dans son Rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées du 2 décembre 2005 (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004, Entreprises privées chargées de tâches de sécurité), le Conseil fédéral a informé les Chambres fédérales qu'il entendait « lancer un processus au niveau international, de préférence en collaboration avec le CICR, afin de contribuer à un dialogue interétatique, de réaffirmer et de clarifier les obligations des États et des autres acteurs au regard du droit international et d'étudier des modèles de réglementation au niveau national, régional et international »[685]. Le résultat de ce processus a été la création du Document de Montreux. Malgré le fait qu'une grande partie des instruments provient d'initiatives privées, porte sur des questions techniques et touche un cercle de destinataires restreints dont le Conseil fédéral n'a pas forcément connaissance avant l'élaboration, nous considérons que la phase temporelle « avant » est pertinente pour les rapports informatifs au vu de l'exemple du Document de Montreux.

684 Rapport sur la politique extérieure 2018, p. 1535 ; Rapport sur la politique extérieure 2019, pp. 1541, 1550 ; Rapport sur la politique extérieure 2020, pp. 20, 39 ; Rapport sur la politique extérieure 2021, pp. 9, 25, 33 ; Rapport sur la politique extérieure 2022, pp. 9, 50 ; Rapport sur la politique extérieure 2023, pp. 18, 22, 43.

685 Conseil fédéral, Rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004. Entreprises privées chargées de tâches de sécurité) du 2 décembre 2005, FF 2006 692.

4.3.2.2. Interventions parlementaires de mandat

En ce qui concerne les interventions parlementaires de mandat, autant le postulat que la motion de mesure peut intervenir durant les trois phases temporelles d'un instrument de droit souple. Un postulat peut, par exemple, encourager le Conseil fédéral à examiner l'opportunité de lancer un projet de droit souple au niveau international (phase temporelle « avant »), à rejoindre l'élaboration d'un instrument en cours de création (phase temporelle « durant ») ou encore à adhérer à un instrument déjà existant (phase temporelle « après »)[686]. Cependant, le délai maximal de deux ans dont dispose le Conseil fédéral pour fournir une réponse à un postulat peut être réducteur dans le cas d'un postulat hypothétique qui lui demanderait d'apprécier l'opportunité d'adhérer à un projet international de droit souple en élaboration. Par exemple, si le Conseil fédéral prend deux ans pour répondre au postulat et sa réponse caractérise de manière positive l'adhésion, sa possibilité d'influencer le contenu du projet par la suite peut être réduite, car la phase des négociations pourrait être déjà terminée. Dans ce cas, la Suisse ne pourrait rejoindre l'instrument en question qu'après sa création. Le postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004 précité ne chargeait pas le Conseil fédéral directement d'examiner l'opportunité d'un éventuel projet de droit souple au niveau international, mais uniquement de déterminer si « la législation internationale suffit à régir l'activité des entreprises de sécurité privées face aux défis actuels ». C'est ensuite le Conseil fédéral qui a lancé le processus officiel au niveau international résultant en un instrument international de droit souple.

La motion peut, elle aussi, intervenir à n'importe quelle phase temporelle d'un instrument international de droit souple. La différence avec le postulat réside dans le fait que celle-ci pourrait indiquer au Conseil fédéral non pas d'examiner l'opportunité de ces actes, mais de les entreprendre effectivement. Cependant, il convient de souligner la différence d'effets juridiques de la motion. Dans le premier cas d'un lancement d'un projet de droit souple à long terme (phase temporelle « avant »), une telle mesure concernerait la définition de la politique étrangère au sens de l'art. 166, al. 1 Cst. et ne viserait pas un domaine relevant de la compétence constitutionnelle exclusive du Conseil fédéral. Par conséquent, la mesure devrait être exécutée[687]. Toutefois, concernant les deux autres cas de figures correspondant aux phases temporelles « durant » et « après », les mesures de rejoindre l'élaboration ou d'adhérer à un instrument de droit souple consisteraient en des actes ponctuels de politique

686 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 79.

687 Ibid., p. 80.

extérieure relevant de la compétence exclusive du Conseil fédéral et celui-ci pourrait s'abstenir de les exécuter en présentant une justification[688].

En somme, alors que l'Assemblée fédérale peut exiger du Conseil fédéral qu'il examine l'opportunité d'un acte à entreprendre durant ou après la création d'un instrument de droit souple (postulat de mesure), elle ne peut pas le contraindre à prendre ledit acte à ces moments de vie de l'instrument (motion de mesure). Au contraire, lors de la phase « avant », les mandats (postulat et motion) de l'Assemblée fédérale produisent généralement des effets contraignants sur le Conseil fédéral. Par conséquent, les interventions parlementaires de mandat permettent l'implication de l'Assemblée fédérale lors de toutes les phases temporelles d'un instrument de droit souple, sauf dans le cas de figure où le Conseil fédéral déciderait de s'écarter de la mesure visant les phases « durant » et « après », préconisée par une motion.

4.4. Conclusion intermédiaire sur les outils généraux de participation parlementaire

La question fondamentale soulevée par l'examen des outils généraux de participation parlementaire en tant que mode d'implication de l'Assemblée fédérale dans le domaine du droit souple international est celle de l'adaptabilité du cadre juridique suisse déjà existant et non spécifiquement conçu pour la politique extérieure à l'évolution de l'ordre juridique international vers un emploi accru du droit souple. Nous sommes partie de l'observation que l'Assemblée fédérale n'utilise pas uniquement les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure pour exercer une influence sur les instruments internationaux de droit souple mais que d'autres outils plus généraux permettent également une implication dans ce domaine. Les résultats du présent chapitre démontrent que, globalement, les parlementaires disposent de tous les outils généraux, à l'exception de ceux de planification politique, pour s'impliquer à différentes phases temporelles d'un instrument de droit souple et contribuent ainsi, dans une certaine mesure, à sa légitimité.

La Figure 6 ci-dessous met en relation l'évaluation des outils généraux selon les cinq critères de création de légitimité et leur évaluation selon le moment de l'implication. Son axe vertical représente le score de création de légitimité, tandis que l'axe horizontal dessine la ligne temporelle d'un instrument international de droit souple. Le graphique est complété par des couleurs et/ou motifs pour chaque critère de création de légitimité satisfait par les outils

688 Ibid. ; LANZ, Bundesversammlung, p. 130.

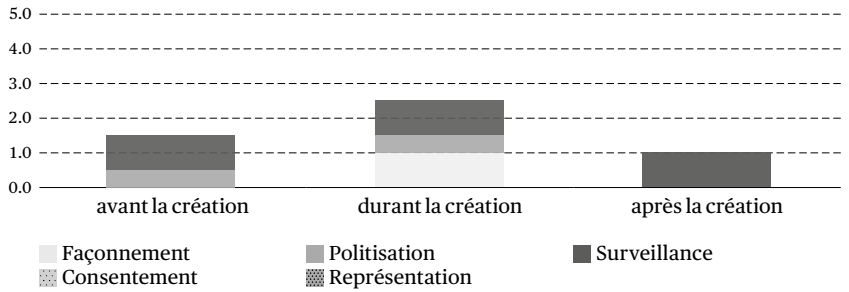
généraux de participation parlementaire lors de chaque phase temporelle. Il permet donc de schématiser comment l'utilisation des outils généraux de participation parlementaire permet d'apporter de la légitimité avant, durant et après la création des instruments internationaux de droit souple. Nous soulignons deux constats principaux qui ressortent de notre analyse des outils généraux de participation parlementaire à l'aide de la Figure 6 :

— Dans leur ensemble, lorsqu'ils interviennent avant ou après la création de l'instrument international de droit souple, les outils généraux de participation parlementaire contribuent à sa légitimité en surveillant le comportement du Conseil fédéral et en partiellement donnant lieu à la politisation. Le score de création de légitimité à ces deux phases temporelles est respectivement d'un point et demi et d'un point.

— Dans leur ensemble, lorsqu'ils interviennent durant la création de l'instrument international de droit souple, les outils généraux de participation parlementaire lui apportent de la légitimité en surveillant le comportement du Conseil fédéral, en façonnant indirectement son contenu et en donnant partiellement lieu à la politisation. Le score de création de légitimité à cette phase temporelle est de deux points et demi. Le façonnement n'est donc possible, au moyen des outils généraux de participation parlementaire, que durant la création de l'instrument de droit souple.

Partant, la Figure 6 montre que les outils généraux de participation parlementaire assurent la contribution de légitimité la plus importante lorsque les membres de l'Assemblée fédérale les utilisent durant la création d'un instrument international de droit souple.

Figure 6. Apport de légitimité par les outils généraux de participation parlementaire avant, durant et après la création de l'instrument international de droit souple.



En outre, trois remarques conclusives générales méritent d'être retenues du présent chapitre. Premièrement, les outils généraux de participation parlementaire englobent un large groupe d'outils différents qui ne s'avèrent pas

tous pertinents au même moment de vie des instruments de droit souple et qui ne fournissent pas le même apport en termes de légitimité. Tandis que les outils d'information généraux, hormis les rapports informatifs, permettent une implication parlementaire notamment durant et après la création de l'instrument de droit souple, ces derniers peuvent, au même titre que les interventions parlementaires de mandat, concerner les trois phases temporelles. Par ailleurs, le troisième critère de création de légitimité n'est pas rempli de manière identique par tous les outils généraux en ce sens qu'uniquement les interpellations, les questions posées à l'heure des questions du Conseil national et les interventions parlementaires de mandat offrent des possibilités de politisation au sujet de l'instrument de droit souple.

Deuxièmement, aucun outil général de participation parlementaire ne permet aux membres de l'Assemblée fédérale de contraindre juridiquement le Conseil fédéral d'adopter un comportement déterminé vis-à-vis d'un instrument de droit souple spécifique dû à la répartition constitutionnelle des compétences en politique extérieure. Ils déploient, tout de même, un important effet politique que le Conseil fédéral ne saurait ignorer, notamment en présence d'outils généraux publics[689]. Un outil, dont la conséquence est une réponse publique du Conseil fédéral, a donc un apport de légitimité plus conséquent et est plus populaire auprès des parlementaires au vu de son potentiel politique[690]. La soumission du Pacte mondial sur les migrations à l'Assemblée fédérale sous forme d'arrêté fédéral simple au sens de l'art. 28, al. 3 LParl constitue l'exemple le plus parlant de cette pression politique sous laquelle le Conseil fédéral peut se retrouver suite à l'utilisation des outils généraux par les parlementaires, le poussant à adapter son comportement.

Troisièmement, nous soulignons encore une fois le caractère *Holschuld* des outils généraux de participation parlementaire à l'exception des rapports informatifs[691]. Il démontre l'importance d'une vision d'ensemble des différents modes d'implication parlementaire qui fera l'objet du chapitre 9 de la présente thèse[692]. À titre d'exemple, les rapports informatifs, les échanges avec des collègues siégeant au sein des CPE qui bénéficient des droits *Bringschuld* ou encore les discussions avec des collègues internationaux peuvent fournir aux parlementaires des renseignements nécessaires pour recourir ensuite aux outils généraux à leur disposition.

689 BORER, Legalitätsprinzip, p. 502.

690 LANZ, Bundesversammlung, p. 111.

691 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 76.

692 Voir 9.2.1.1.

Ces trois conclusions intermédiaires nous permettent de clore l'analyse des outils généraux de participation parlementaire en tant que mode d'implication parlementaire en matière de droit souple. Nous nous consacrons désormais aux droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure.

5. Les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure

Après avoir évalué les outils généraux permettant une implication parlementaire dans le domaine du droit souple, nous nous focalisons désormais sur les droits spécialement conçus pour l'implication de l'Assemblée fédérale en matière de politique extérieure. Pour revenir à l'exemple de notre conseillère nationale Anne, il s'agit ici, plus concrètement, des droits d'information et de consultation dont elle jouit en tant que membre de la CPE-N. En cette qualité, elle a contribué, entre 2020 et 2021, à trois avis consultatifs au sujet du projet d'imposition de l'économie numérique du G20 et de l'OCDE, un instrument international de droit souple important. Très concrètement, ses contributions consistaient principalement à commenter la note d'information reçue de la part du Conseil fédéral au sujet de l'instrument concerné lors des réunions ordinaires de la CPE-N et à valider la déclaration écrite contenant les considérations de la commission, c'est-à-dire l'avis consultatif transmis par la suite au Conseil fédéral. Ce chapitre se consacre donc à l'analyse de la légitimité que ces droits spécifiques à la politique extérieure – à savoir, les obligations d'informer et de consulter et les droits de demander d'être informées ou consultées des commissions parlementaires – permettent d'apporter aux instruments internationaux de droit souple avant, durant et après leur création.

Nous faisons deux remarques préliminaires en guise d'introduction du présent chapitre. Premièrement, à la différence du chapitre précédent, nous parlons ici de « droits » et d'« obligations » et non pas d'« outils », car le législateur les formule systématiquement en tant que tels dans les dispositions constitutionnelles et légales pertinentes[693]. Cette caractérisation démontre qu'il s'agit d'une catégorie bien plus restreinte, conçue de manière groupée et concise par le législateur. Deuxièmement, tandis que les obligations d'informer et de consulter bénéficient uniquement aux deux CPE, les autres commissions compétentes jouissent du droit de demander une information ou une consultation

693 Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, p. 400 ; Commission des institutions politiques du Conseil national, Rapport sur l'initiative parlementaire Loi sur le Parlement (LParl) du 1er mars 2001, FF 2001 3439.

au sens de l'art. 152, al. 5 LParl[694]. Les CPE remplissent ainsi la fonction de charnière entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale dans le domaine de politique extérieure[695], dans lequel s'inscrit également le développement des instruments internationaux de droit souple.

Le présent chapitre se décline en quatre sous-chapitres. L'introduction identifie les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure et établit leur applicabilité aux instruments internationaux de droit souple, puis dévoile, à titre préliminaire, les résultats de leur double évaluation (point 5.1). Nous démontrons ces résultats dans les deuxième et troisième sous-chapitres, en évaluant les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure selon les cinq critères de création de légitimité (point 5.2) et en déterminant les phases temporelles lors desquelles ils habilitent l'implication parlementaire (point 5.3). Nous terminons le présent chapitre avec une illustration graphique des résultats et quatre conclusions intermédiaires qui en découlent (point 5.4).

5.1. Introduction aux droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure

Nous présentons, tout d'abord, le principe d'échange de vues sous l'égide duquel se situent les droits de participation spécifiques à la politique extérieure (point 5.1.1), puis établissons leur pertinence pour l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple (point 5.1.2), avant de dévoiler leur score d'apport de légitimité avant, durant et après la création du droit souple international (point 5.1.3).

5.1.1. L'échange de vues : le principe chapeautant les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure

Le principe d'échange de vues chapeaute l'ensemble des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure. Plus précisément, selon l'art. 152, al. 1 LParl, les commissions compétentes en matière de politique extérieure et le Conseil fédéral entretiennent des contacts mutuels et procèdent régulièrement à des échanges de vues. Ainsi, l'échange de vues

694 LANZ, Bundesversammlung, pp. 225-227.

695 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 34 ; SÄGESSER, Informationsrechte, p. 72 ; LÜTHI, Die Stellung der Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz, p. 62.

habilite la participation des CPE à la préparation de négociations du Conseil fédéral avec des interlocuteurs étrangers[696]. Il ne s'agit toutefois pas d'un droit de participation parlementaire indépendant ou autonome, mais d'un principe dont la concrétisation s'effectue de différentes manières, y compris par les obligations d'information et de consultation. À ce sujet, PETRIG et SINZ parlent du droit à la consultation en tant que véritable vecteur de l'échange de vues en raison de son caractère bidirectionnel[697]. Plus généralement, le principe d'échange de vues incarne l'idée d'imbrication et de complémentarité des compétences du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en politique extérieure comme « les doigts d'une même main »[698]. Il concrétise donc l'obligation constitutionnelle de coopération et de concertation permanente entre le Parlement et le Gouvernement, consacrant ainsi une nécessité de coopération intensive entre les deux organes[699].

L'échange de vues concerne également le droit souple international. Comme nous le verrons dans la suite du présent chapitre, il ressort explicitement des travaux préparatoires[700] et des précisions législatives ultérieures[701] que les droits de participation, notamment l'obligation d'informer ainsi que celle de consulter des alinéas 2 et 3 de l'art. 152 LParl portent sur le *soft law* international. Il découle de ce constat que tous les développements à venir dans le présent chapitre s'inscrivent dans la conception de l'entretien des contacts mutuels et d'échange de vues régulier au sujet du droit souple international entre le Conseil fédéral et les CPE.

5.1.2. Les droits de participation spécifiques à la politique extérieure adaptés à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple

L'Assemblée fédérale s'acquitte des tâches annoncées à l'art. 166, al. 1 Cst., puis explicitées à l'art. 24, al. 1 LParl, à savoir le suivi de « [...] l'évolution de la situation internationale et la participation au processus de décision relatif aux

696 Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3438.

697 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 83, 91.

698 Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, p. 399 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 73 ; TRIPET CORDIER, *art. 152 LParl* in Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002 (Bâle : 2024) N 20.

699 Avis du Conseil fédéral sur le rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 5195.

700 Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3438.

701 Notamment l'art. 5*b* OLOGA.

questions importantes en matière de politique extérieure », en faisant usage des droits spécifiques à la politique extérieure dont elle bénéficie. Ces droits sont expressément formulés à l'art. 152 LParl et sont au nombre de deux, chacun comportant deux volets : le droit à l'information (obligation d'informer au sens de l'art. 152, al. 2 et droit de demander à être informé de l'al. 5) et le droit à la consultation (obligation de consulter au sens de l'art. 152, al. 3, 3*bis*, 4 et le droit d'être informé de l'al. 5). Ils s'appliquent, tous les quatre, à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. La présente section traite, tout d'abord, les obligations d'informer et de consulter les CPE (point 5.1.2.1), puis les droits de toutes les commissions parlementaires compétentes à demander d'être informées ou consultées (point 5.1.2.2).

5.1.2.1. Les obligations d'informer et de consulter les commissions de politique extérieure

Les développements de droit souple international font partie des « événements importants » au sujet desquels les CPE doivent être informées au sens de l'art. 152, al. 2 LParl ainsi que des « orientations principales » ou « négociations internationales importantes » sur lesquelles elles doivent être consultées par le Conseil fédéral selon l'art. 152, al. 3 LParl. Dans un premier temps, nous expliquons comment le champ d'application des obligations d'informer (point 5.1.2.1.1) et de consulter (point 5.1.2.1.2) s'étend aux instruments internationaux de droit souple. Dans un second temps, nous déterminons le seuil d'importance que les instruments internationaux de droit souple doivent atteindre pour déclencher les obligations d'information et de consultation à charge du Conseil fédéral (point 5.1.2.1.3).

5.1.2.1.1. L'obligation d'informer les commissions de politique extérieure : « événements importants » de politique extérieure

Une obligation d'informer les CPE au sujet du droit souple international pèse sur le Conseil fédéral (*Informationsbringschuld* du Conseil fédéral)[702]. Nous nous intéressons ici à l'alinéa 2 de l'art. 152 LParl qui impose au Conseil fédéral une obligation d'informer les collèges présidentiels des conseils et les CPE de façon régulière, rapide et complète sur des événements importants dans le domaine de la politique extérieure, que ceux-ci concernent uniquement cette dernière ou qu'ils aient des implications pour la politique intérieure de la Suisse[703]. Le Conseil des États et le Conseil national comprennent chacun un

702 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 23.

703 Ibid. N 21.

collège présidentiel qui se compose du président ou de la présidente, du premier et du second vice-présidents ou vice-présidentes, membres élus pour un mandat d'un an par les conseils respectifs (art. 34 LParl). Comme les droits généraux à l'information des commissions parlementaires, ce droit à recevoir l'information en matière de politique extérieure retrouve également son ancrage constitutionnel à l'art. 153, al. 4 Cst. L'art. 152, al. 2 LParl concrétise ce droit en établissant deux obligations d'information. La première, et celle à laquelle nous nous intéressons principalement dans la présente section, est l'obligation du Conseil fédéral d'apporter l'information des développements importants dans le domaine de la politique extérieure aux collèges présidentiels des conseils et aux CPE, sans aucune intervention de leur part. La seconde est une obligation à charge des CPE de transmettre, par la suite, ces informations aux autres commissions parlementaires compétentes[704]. Trois autres éléments figurant à l'art. 152 pourraient s'inscrire dans l'obligation du Conseil fédéral d'informer : l'obligation de garder les CPE informées de l'état d'avancement des travaux dans la perspective des orientations prises et de l'avancement des négociations sur lesquelles elles auraient été consultées (al. 3 *in fine*), l'obligation implicite d'informer suite à une consultation des présidents des CPE en cas d'urgence (al. 4, 1ère phrase)[705] et l'obligation d'information expresse à charge des présidents des commissions (al. 4, 2ème phrase).

L'obligation d'information s'inscrit plus généralement dans la conception selon laquelle l'Assemblée fédérale doit disposer de toutes les informations pertinentes afin de pouvoir remplir son rôle de « décideur coresponsable » dans le domaine de la politique extérieure tel que défini aux art. 166, al. 1 Cst. et 24, al. 1 LParl[706]. Comme les départements fédéraux sont les détenteurs principaux des informations de politique extérieure au vu des compétences découlant de l'art. 184, al. 1 Cst., ils sont également les premiers débiteurs d'information envers les CPE, même si les parlementaires peuvent l'obtenir de différentes manières, comme nous le verrons notamment au chapitre 8. Plus concrètement, l'information peut être définie comme un accroissement de connaissances de celles et ceux qui la reçoivent, les membres des CPE en l'occurrence, et par ce biais des autres intéressés aussi. Contrairement à la consultation qui relève d'un caractère bidirectionnel, l'information est une

704 En pratique, le secrétariat des CPE met les procès-verbaux à la disposition des secrétariats des commissions concernées, TRIPET CORDIER, Instrument, p. 40.

705 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 83.

706 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 17 ; ODERMATT et TOPHINKE, *art. 24 LParl* in Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002 (Bâle : 2024) N 5 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 83.

transmission de savoir unilatérale[707]. De plus, il est nécessaire de disposer des informations pertinentes avant de pouvoir donner son avis sur un sujet ; à ce propos, PETRIG et SINZ soulignent la caractéristique fondamentale de l'information en tant que « condition préalable » à l'exercice du droit de consultation[708].

Le Conseil fédéral doit informer les collèges présidentiels et les CPE au sujet des instruments internationaux de droit souple. L'obligation d'information porte sur les événements importants survenus dans le domaine de la politique extérieure. La notion d'« événement » à l'alinéa 2 est plus large que celles d'« orientation » et de « négociations internationales importantes » à l'alinéa 3, car elle englobe les comportements de la Suisse au-delà d'un rôle actif[709]. Cependant, le texte de la disposition légale n'indique pas expressément si les projets internationaux de droit souple sont inclus dans la notion d'« événements survenus dans le domaine de la politique extérieure ». Les interprétations historique, systématique et téléologique effectuées par PETRIG et SINZ ont abouti, toutes les trois, au même résultat ; elles ont confirmé que cette notion juridique indéterminée couvre également les développements de droit souple international. Nous nous rattachons à cette analyse pour trois raisons principales. Brièvement, l'expression « événements importants survenus dans le domaine de la politique extérieure » résume l'énumération de l'ancienne disposition légale qui englobait également « les projets envisagés dans le cadre des organisations internationales »[710], y compris leurs activités d'élaboration de normes, que celles-ci soient dures ou souples, développées unilatéralement ou dans un contexte multilatéral. De plus, au vu de la systématique de la norme et du fait que l'obligation d'information à l'alinéa 3 *in fine* porte explicitement, comme nous le verrons plus tard, sur les normes juridiques souples en cours d'élaboration, l'information de l'alinéa 2 s'avère particulièrement utile avant la création ou l'appropriation ultérieure d'un instrument de droit souple. Finalement, en raison de son caractère de « condition préalable à l'exercice du droit de consultation », l'objet sur lequel porte le droit à l'information doit au moins être tout aussi étendu que celui de la consultation[711]. Les « orientations

707 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 83.

708 Ibid.

709 Ibid., p. 89.

710 Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3438 ; Art. 47bisa, al 2 LREC : « Le Conseil fédéral informe sans tarder les présidents des conseils et les commissions de politique extérieure de manière régulière et complète sur la situation en matière de politique extérieure, sur les projets envisagés dans le cadre des organisations internationales et sur les négociations menées avec des États étrangers ».

711 « Les critères applicables à l'information du Parlement sont définis de manière plus large que ceux qui s'appliquent à la consultation », Secrétariat des CPE, Note relative à la participation des Chambres fédérales dans le domaine de la politique extérieure, p. 3.

principales de politique extérieure » sur lesquelles porte le droit à la consultation incluant également certains instruments internationaux de *soft law*[712], il découle du sens et du but de la disposition que la notion d'« événements survenus dans le domaine de la politique extérieure » doit être interprétée de manière à englober également les développements de droit souple international[713]. L'obligation d'information ne porte cependant pas sur tous les événements survenus dans le domaine de la politique extérieure, mais se limite à ceux qui sont *importants*. Ce seuil matériel pour déclencher l'obligation d'informer vaut donc également pour les instruments de *soft law* et sera abordée au point 5.1.2.1.3 du présent sous-chapitre.

5.1.2.1.2. L'obligation de consulter les commissions de politique extérieure

L'obligation du Conseil fédéral de consulter les commissions compétentes en matière de politique extérieure qui figure à l'art. 152, al. 3 et 4 LParl s'étend aux instruments internationaux de droit souple. Elle présente un intérêt tout particulier dans le domaine du droit souple pour deux raisons. Premièrement, les droits de participation disponibles pour les traités, notamment l'approbation, sont, comme nous le verrons dans le sixième chapitre, indisponibles pour les instruments internationaux de droit souple[714]. Deuxièmement, la mise en œuvre de l'obligation de consulter de l'art. 152 LParl se trouve à l'origine du plus grand nombre de contestations parlementaires[715].

Comme le droit à l'information, la consultation permet à l'Assemblée fédérale d'exercer ses compétences en matière de politique extérieure au sens des art. 166, al. 1 Cst. et 24, al. 1 LParl. Nous partageons l'avis de certains auteurs selon lequel ce droit relève d'une importance considérable, en ce sens qu'il est la consécration du partage de compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale en politique extérieure[716], car il habilite expressément les membres de l'Assemblée fédérale à agir de manière active

712 Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3438 ; voir point 5.1.2.1.2.

713 Pour l'interprétation historique, systématique et téléologique complète, voir PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 89-90.

714 Ibid., p. 90.

715 Par exemple, Postulat 18.4104 ; Motion 09.3361 CPE-N du 6 avril 2009. Accords de double imposition. Consultation des Commissions de politique extérieure ; Motion 18.3378 CPE-N du 19 mars 2018. Rapports établis par des organisations internationales sur la Suisse. Implication du Parlement dans la procédure de consultation ; Motion 09.3361 CPE-N du 6 avril 2009. Accords de double imposition. Consultation des Commissions de politique extérieure ; Motion 22.4260 ; Motion 22.4264.

716 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 30 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 224.

dans ce domaine autrement dominé par les actions du Conseil fédéral. Plus concrètement, la consultation permet aux CPE, destinataires principales de l'obligation de consulter, de partager leurs positions et de formuler des propositions au sujet de certaines questions de politique extérieure[717], allant donc au-delà d'une transmission de connaissances unilatérale (information) et instaurant ainsi un dialogue entre le Conseil fédéral et les commissions parlementaires[718]. En outre, le Conseil fédéral doit s'acquitter de son obligation de consulter sans intervention aucune des destinataires (*Konsultationsbringschuld* du Conseil fédéral)[719].

L'Assemblée fédérale doit incontestablement être consultée sur les projets de droit souple international au sens de l'art. 152, al. 3 LParl. En ce qui concerne ces derniers, deux objets sur trois s'avèrent pertinents, à savoir l'obligation de consultation sur les orientations principales ainsi que celle sur les directives ou lignes directrices concernant un mandat pour des négociations internationales importantes. Les consultations portant sur les modifications prévues de la configuration du réseau diplomatique et consulaire suisse à l'étranger ne concernent évidemment pas les instruments internationaux de droit souple et ne seront pas analysées davantage. Dès lors, la présente section se limite à exposer comment les projets internationaux de droit souple entrent dans les catégories d'« orientations principales » (point a) et de « négociations internationales importantes » (point b). Dans leur avis de droit de 2021, PETRIG et SINZ ont réalisé une interprétation juridique minutieuse de ces deux notions juridiquement indéterminées. Nous nous contentons de mettre en exergue les éléments saillants pour la consultation des CPE en matière de droit souple international et nous partageons, pour le surplus, l'analyse de PETRIG et SINZ que nous trouvons convaincante et convergente avec le reste de la doctrine[720].

a) « Orientations principales » de politique extérieure

Les CPE doivent être consultées sur les orientations principales de la politique extérieure. La notion large d'« orientations principales » comprend également le développement de normes juridiques souples[721]. Nous démontrons ce constat en trois points. Il convient d'emblée de marquer la différence entre les trois versions linguistiques de la LParl. Alors que la version française parle

717 Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3238 ; TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 31.

718 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 91.

719 LANZ, Bundesversammlung, p. 229.

720 Voir PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 95-101.

721 Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3438.

d'« orientations principales », les versions allemande et italienne utilisent les termes « wesentliche Vorhaben » et « progetti essenziali ». À première vue, la terminologie française (« orientations ») pourrait donner l'impression d'une limitation de la consultation à des objectifs stratégiques, alors que les versions allemande et italienne (« Vorhaben » et « progetti ») sembleraient viser également des actions concrètes[722]. Malgré cette incohérence parmi les différentes versions linguistiques de la loi, cette notion juridique indéterminée couvre toutes les activités de la politique extérieure, y compris celles de nature concrète qui concernent, comme nous le verrons, un instrument international de droit souple précis[723]. Par conséquent et à notre avis, les formulations allemande et italienne représentent de manière plus fiable l'idée derrière cette notion juridique indéterminée, alors que la formulation française reste peu adaptée. D'ailleurs, au vu de l'intitulé de la disposition en question (information et consultation en matière de politique extérieure), le législateur vise ici implicitement les orientations principales de la politique extérieure. Cette dernière est une notion large au sens de l'art. 166, al. 1 Cst. dont le fait de légiférer à l'international, que ce soit de manière contraignante ou non, fait indéniablement partie[724]. Comme susmentionné, la notion d'« orientation » à l'alinéa 3 est plus restreinte que celle d'« événement » à l'alinéa 2. Tandis que l'obligation d'informer doit porter sur tous les événements importants de politique extérieure impliquant la Suisse, peu importe si celle-ci joue un rôle passif ou actif, l'obligation de consultation ne vise que ceux où le Conseil fédéral joue un rôle actif[725].

En outre, il ressort expressément des travaux préparatoires de la LParl que la notion d'« orientations » comprend également les actions relatives aux instruments internationaux de droit souple. Selon la Commission des institutions politiques du Conseil national, il s'agit plus concrètement d'« accords qui n'imposent aucune obligation juridique à la Suisse mais qui peuvent être d'une importance fondamentale pour la position de la Suisse dans le concert international »[726]. PETRIG et SINZ soulignent, au surplus, que cette prise en

722 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 19, 97.

723 Selon le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national dans le cadre des travaux préparatoires de la LParl, « L'on peut classer sous cette rubrique [d'orientations principales] les normes juridiques « douces », tels que le « Partenariat pour la Paix », un accord qui n'impose aucune obligation juridique à la Suisse [...] », Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3438.

724 La notion de « politique extérieure » doit être comprise de manière large, en ce sens qu'elle comprend toutes les activités menées dans le cadre des affaires extérieures de la Suisse. Pour plus d'information sur cette notion, voir point 3.1. EPINEY, BSK BV, art. 166 N 9 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 13 ; PROTIC, OK Cst., art. 166, N 11.

725 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 96.

726 Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3439.

compte expresse du concept de *soft law* par le législateur a eu lieu en 2002, une époque où la tendance privilégiant ce type d'instruments et leur importance croissante étaient moins visibles qu'aujourd'hui[727].

Finalement, l'art. 5*b* OLOGA qui précise le caractère « principal » des orientations vise expressément le droit souple international en se référant aux « recommandations et décisions d'organisations internationales et d'organes multilatéraux ». Au vu de tout ce qui précède, il ne fait aucun doute que la notion d'« orientations » au sens de l'art. 152, al. 3 LParl peut concerner les instruments internationaux de droit souple pertinents dans le cadre desquels le Conseil fédéral adopte un comportement actif.

b) « Négociations internationales importantes »

Le Conseil fédéral est également obligé de consulter les CPE au sujet des directives ou lignes directrices concernant un mandat pour des négociations internationales importantes, y compris celles qui aboutissent à un résultat souple, avant d'adopter ou de modifier ce mandat[728]. La formulation large de « négociations internationales » englobe non seulement les négociations menées au sein des organisations internationales qui aboutissent à des décisions créant du droit applicable en Suisse tel que précisé par l'ancien droit plus restrictif[729], mais toutes les négociations bilatérales et multilatérales. L'absence de termes plus précis à l'actuel alinéa 3 s'inscrit dans l'objectif global visé par l'art. 152 LParl et témoigne d'une volonté historique du législateur d'inclure l'Assemblée fédérale dans un panorama large d'activités de politique extérieure, y compris celles liées au développement des normes de droit souple. En outre, limiter la notion de « négociations internationales » uniquement à celles résultant en un traité international omettrait l'importante réalité selon laquelle la nature juridique de l'instrument international en négociation est souvent décidée à la fin du processus. Suivant une telle conception restrictive de la notion, la consultation des CPE, et donc la participation parlementaire elle-même, seraient fortement réduites ; elles interviendraient soit au début du processus dans les rares cas où la nature juridique contraignante de l'instrument

727 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 98.

728 EHRENZELLER, *Bundesversammlung* in Droit constitutionnel suisse (Zurich : 2020), p. 1711 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 101.

729 La formulation plus restrictive figurant à l'art. 47bisa, al. 3 de l'ancienne LREC se référait uniquement aux « négociations menées au sein d'organisations internationales et conduisant à des décisions qui sont directement applicables en droit suisse ou qui entraînent une modification de la législation suisse ». Quant aux négociations bilatérales sous l'ancien droit, les CPE n'avait qu'un droit de demander d'être consultées sur celles qui portaient sur un traité international (art. 47bisa, al. 5 LREC).

est déterminée en amont, soit très tardivement lorsque le contenu de l'instrument est déjà élaboré en tant qu'« orientation principale »[730]. Ainsi, la notion de « négociations internationales » doit porter sur tout type d'instruments afin d'assurer une implication parlementaire effective.

Après avoir démontré que les obligations à charge du Conseil fédéral s'étendent également à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, la présente section se tourne vers la question importante de savoir sur quels instruments internationaux de droit souple le Conseil fédéral doit informer et consulter les CPE. Par conséquent, les prochains paragraphes tenteront de déterminer le critère de l'importance qui permet de trier les objets sur lesquels les CPE doivent être informées et consultées.

5.1.2.1.3. Seuil matériel des obligations d'informer et de consulter : l'importance des instruments internationaux de droit souple

Les obligations d'informer et de consulter les CPE ne s'étendent pas à tous les instruments de droit souple international, mais uniquement à ceux qui atteignent un certain seuil, plus précisément aux événements « importants », aux orientations « principales » et aux négociations internationales « importantes ». Nous parlons, à ce propos, du critère de l'importance. Il est nécessaire de déterminer ce seuil avant de procéder à l'évaluation des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure, car il circonscrit l'objet sur lequel ces obligations portent. Autrement dit, tous les critères de création de légitimité auxquels les obligations d'informer et de consulter répondent, ainsi que les phases temporelles lors desquelles elles sont pertinentes, ne concernent que les instruments internationaux de droit souple atteignant ce seuil. La présente section a pour objectif de déterminer plus précisément le sens des trois notions juridiquement indéterminées susmentionnées (« importants », « principales » et « importantes ») et d'expliciter les développements de droit souple international sur lesquels les CPE doivent être informées et consultées en application dudit critère de l'importance. Dans leur avis de droit de fin 2021, PETRIG et SINZ ont procédé à une interprétation juridique complète et probante de ces notions juridiques indéterminées figurant à l'art. 152, al. 2 et 3 LParl à laquelle nous renvoyons pour le surplus[731]. En pratique, ces notions doivent être appréciées au cas par cas par le Conseil fédéral et les CPE ; en cas de désaccord sur la qualification, une demande sur la base de l'art. 152, al. 5 LParl reste à disposition des commissions[732].

730 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 100.

731 Voir ibid., pp. 104-114.

732 TRIPET CORDIER, Instrument, p. 41.

Avant d'être repris à l'art. 152 LParl, le concept du critère de l'importance apparaît d'abord à l'art. 24, al. 1 LParl selon lequel « l'Assemblée fédérale [...] participe au processus de décision relatif aux questions importantes en matière de politique extérieure ». La doctrine estime que la notion de « questions importantes » est d'ordre matériel et non formel, en ce sens que des critères formels tels que la forme ou la nature d'un acte de politique extérieure ne sont pas décisifs et qu'elle doit s'apprécier au cas par cas en prenant en compte toutes les circonstances[733]. Toutefois, il est judicieux de tenter d'effectuer une schématisation ou catégorisation dans un domaine à multiples facettes et formes d'activités tels que la politique extérieure[734]. Dans le cadre de notre question de recherche, le critère de l'importance constitue le critère de sélection des normes internationales souples auxquelles le Parlement devrait être associé[735].

Les alinéas 2 et 3 de l'art. 152 LParl reposent sur deux notions juridiques indéterminées pour instaurer le seuil à partir duquel l'obligation d'information et de consultation pèse sur le Conseil fédéral, à savoir « principal » et « important ». L'absence de cohérence entre les trois versions linguistiques de la disposition et le sens étymologique de ces termes interchangeables ne permettent pas de dégager l'intention du législateur quant à la fixation du seuil pour l'obligation d'information et de consultation. En effet, en français et en italien le terme « important » et « importante » est utilisé à deux reprises (pour les événements et les négociations internationales), tandis que la qualification des orientations se distingue, « principales » en français et « essenziali » en italien. Quant à la version allemande du texte, celle-ci contient trois termes extrêmement proches, mais non identiques, à savoir « wichtige », « wesentliche » et « bedeutende ». Ces termes indiquent uniquement que les événements, les orientations et les négociations doivent être d'une certaine portée et pertinence[736]. La limite à partir de laquelle les CPE doivent être informées et consultées ne découle pas non plus clairement des travaux préparatoires de la LParl. Seul le sentiment que celle-ci n'est pas fixée très haut afin de permettre l'échange de vue intensif entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, prévu à l'art. 152, al. 1 LParl, peut en être dégagé. Malgré les différences terminologiques, ces deux notions fondent le même seuil, constituant ainsi le critère de l'importance. La différence entre l'obligation d'informer et l'obligation de consulter réside donc dans les objets sur lesquels elles portent, c'est-à-dire les

733 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 13 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 20, 35.

734 DIGGELMANN, *Verletzt die « Standardabkommen-Praxis » der Bundesversammlung die Bundesverfassung?*, p. 298 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 103.

735 HAURI, *Soft Law international : Rapport du Conseil fédéral*, p. 14.

736 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 105.

« événements », respectivement les « orientations » et les « directives ou lignes directrices concernant un mandat pour des négociations internationales » et non pas dans leur seuil.

L'utilisation de concepts juridiques indéterminés est particulièrement adaptée à la réglementation de l'implication des organes dans un domaine en constante évolution qui concerne la panoplie d'activités diverses que recouvre la politique extérieure[737]. Malgré les nombreuses difficultés d'application pratique dues notamment à l'absence de définition uniforme du droit souple, à la différence d'appréciation de l'importance en politique extérieure et en politique intérieure, au décalage éventuel entre la forme et le contenu d'un instrument ainsi que le caractère évolutif de la notion de l'importance, le Conseil fédéral considère que le critère de l'importance devrait rester l'élément décisif du seuil d'association de l'Assemblée fédérale aux projets de droit souple[738]. Selon PETRIG et SINZ, la formulation fortement imprécise de l'art. 5*b* OLOGA et sa contribution modeste à la clarification du critère de l'importance témoignent de la difficulté que présente la définition abstraite des cas qui déclenchent le droit à la consultation[739]. Il convient donc de se demander si un seuil de l'importance pour l'information et la consultation du Parlement est effectivement abstraitement définissable. Nous examinons, d'abord, le seuil imposé par la notion d'orientations « principales » (point a), avant de passer à celui des événements « importants » et des négociations internationales « importantes » (point b).

a) Seuil des orientations « principales »

L'art. 5*b* OLOGA précise la notion d'« orientations principales ». Due à une application peu satisfaisante de l'art. 152, al. 3 LParl telle qu'alléguée par certains parlementaires et illustrée par NAEF[740], le Conseil fédéral a introduit le nouvel article 5*b* à son OLOGA, donnant ainsi suite aux initiatives parlementaires 14.433 Aeschi du 20 juin 2014 et 14.474 Romano du 12 décembre 2014. Depuis le 1er août 2016, date de son entrée en vigueur, l'alinéa 1er de cet article dresse une courte liste non-exhaustive de cas dans lesquels les CPE doivent être consultées[741]. Premièrement, le Conseil fédéral doit consulter les CPE lorsque « la mise en œuvre de recommandations ou de décisions d'organisations

737 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 13 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 103 ; TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 28.

738 Rapport CF Soft Law, p. 15.

739 PETRIG, Democratic Participation, p. 19 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 135.

740 NAEF, Soft Law und Gewaltenteilung, pp. 1115-1119.

741 Rapport CF Soft Law, p. 15.

internationales ou d'organes multilatéraux nécessite une adoption ou une modification importante d'une loi fédérale » (lit. a) et deuxièmement, lorsque « la renonciation à la mise en œuvre desdits actes expose la Suisse à des préjudices économiques importants, à des sanctions, à l'isolement ou à une atteinte à sa réputation politique ou lorsqu'elle entraîne d'autres inconvénients graves pour la Suisse » (lit. b).

Un instrument international de droit souple international atteint le seuil de « principal » en tout cas dans deux cas de figures : lorsque sa mise en œuvre nécessite l'adoption ou une modification importante d'une loi fédérale ou lorsqu'elle risque de conduire à la prise de mesures de rétorsion à l'encontre de la Suisse. La tentative de précision à l'art. 5*b* OLOGA reste regrettablement vague et floue et rajoute davantage de notions indéterminées telles que « modification importante », « préjudices économiques importants » ou « inconvénients graves ». Il est clair, pour tous les acteurs impliqués, que les CPE ne peuvent et ne doivent pas être consultées sur tous les instruments internationaux de droit souple, mais la difficulté pratique continue de reposer dans le triage dû à l'imprécision de la définition du critère de l'importance à l'art. 5*b* OLOGA.

La formulation du premier cas de figure de l'art. 5*b* OLOGA, c'est-à-dire le critère de nécessité de la mise en œuvre au niveau d'une loi fédérale, s'inspire du droit référendaire. Selon l'art. 141, al. 1, lit. d, ch. 3 Cst., sont soumis au référendum facultatif les traités internationaux dont la mise en œuvre exige l'adoption ou la modification d'une loi fédérale[742]. Ce dernier, quant à lui, repose sur l'art. 164, al. 1 Cst. au sens duquel toute disposition importante fixant des règles de droit fédéral doit être édictée sous forme d'une loi fédérale, autrement dit par le législateur fédéral[743]. Il en découle que l'art. 5*b*, al. 1, lit. a OLOGA retrouve son origine dans le principe de base selon lequel l'élaboration de la législation constitue la fonction primaire du Parlement[744]. Ainsi, le concept de l'importance en matière de législation nationale et internationale dite dure[745] s'avère pertinent pour saisir la notion d'« orientations principales » à l'art. 152, al. 3 LParl, y compris en ce qui concerne le droit international souple[746].

742 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 107.

743 TORNAY SCHALLER, *art. 141 Cst.* in Commentaire romand de la Constitution fédérale (Bâle : 2021) N 58.

744 LANZ, Bundesversammlung, p. 223.

745 DIGGELMANN remet en question l'adéquation des critères taillés sur mesure pour saisir l'importance de la législation intérieure à la législation internationale, notamment en présence de traités internationaux dont « le poids économique » est considérable, ce dernier ne constituant pas un critère à prendre en considération dans l'évaluation de l'importance selon l'art. 164 Cst. Pour le surplus, voir DIGGELMANN, « Standardabkommen-Praxis », pp. 304 ss.

746 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 107, 114.

Pour déterminer si un développement de droit international souple constitue une orientation « principale », il convient de se référer aux mêmes principes valables pour le droit international contraignant. Pour ce qui est de ce dernier, il est incontestable qu'au moins les traités internationaux soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale au sens de l'art. 166, al. 2 Cst. entrent dans le champ d'application des orientations « principales », car leur portée matérielle s'étend aux dispositions importantes fixant des règles de droit et concerne ainsi la compétence législative principale (art. 164, al. 1 Cst.)[747]. À notre avis, une interprétation analogue aux instruments internationaux de droit souple est convaincante en raison du fait que l'art. 5*b*, al. 1 OLOGA repose, indirectement, sur l'art. 164 Cst. De plus, PETRIG et SINZ considèrent que la proximité et l'entrelacement de la législation internationale dure et souple, l'utilisation accrue du droit souple qui concerne de plus en plus la fonction primaire de l'Assemblée fédérale et la conception dynamique de la participation parlementaire à la politique extérieure telle que prévue par l'art. 166, al. 1 Cst. argumentent en faveur de l'utilisation des mêmes paramètres pour qualifier d'orientation « principale » les projets de droit international dur et souple[748]. Nous admettons le bien-fondé de ces derniers arguments, mais les considérons secondaires à celui reposant sur les liens implicites entre les art. 5*b* OLOGA et 152, al. 3 LParl d'un côté, et l'art. 164 Cst. de l'autre. Ainsi, les éléments découlant de la jurisprudence et de la doctrine sur l'art. 164 Cst. à prendre en compte dans la détermination de la notion de l'importance de la législation nationale et *a fortiori,* de la réglementation internationale non-contraignante sont, à titre illustratif, les suivants : la taille du cercle des individus concernés par la législation, l'effet déployé sur les droits fondamentaux des justiciables, le caractère controversé de son contenu, la nouveauté de celui-ci ou encore son poids politique[749]. Il convient ici d'ajouter que l'art. 5*b*, al. 1 OLOGA prévoit expressément, à sa lettre b, un élément compris dans le faisceau d'éléments de l'art. 164 Cst., à savoir les conséquences économiques et les autres inconvénients graves pour la Suisse en cas de non-conformité[750].

Pour illustrer l'application de ces éléments non-exhaustifs permettant d'apprécier le critère de l'importance des instruments internationaux de droit souple, trois exemples sont présentés. Premièrement, concernant le caractère

747 LANZ, Bundesversammlung, p. 233 ; PROTIC, OK Cst., art. 166, N 38 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 42.

748 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 112-114.

749 ATF 133 II 331, consid. 7.2.1 ; DUBEY, *art. 164 Cst.* in Commentaire romand de la Constitution fédérale (Bâle : 2021) N 21-22 ; MÜLLER et al., *Elemente einer Rechtssetzungslehre* (Zurich : 2024), pp. 143 ss ; TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, p. 589.

750 DUBEY, CR Cst., art. 164 N 22.

controversé, GLASER et MÜLLER critiquent l'absence de consultation des commissions parlementaires dans le contexte du projet de convention de l'OCDE sur les demandes groupées d'assistance administrative en matière fiscale qui contenait, à leur sens, des questions controversées au niveau national[751]. Deuxièmement, les caractères controversé et nouveau seraient également donnés dans le cas des normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme du GAFI en raison d'une conception de l'infraction de blanchiment d'argent fondamentalement différente que celle qui existe en droit suisse[752]. Troisièmement, le caractère du poids politique devrait, à notre avis, être admis à tous les instruments de droit souple qui ont entraîné d'importants débats parlementaires tels que le Pacte mondial sur les migrations ou encore les projets de droit souple de l'OCDE qui ont conduit à l'adoption de l'art. 5*b* OLOGA. En pratique, celui-ci est actuellement surtout accordé aux dossiers relatifs aux relations avec l'UE et au libre-échange[753].

Au vu de ce qui précède, il convient d'apprécier le critère de l'importance précisé à l'art. 5*b*, al. 1 OLOGA au moyen du faisceau d'éléments établi dans le cadre de l'art. 164 Cst. pour déterminer si un développement de droit souple international constitue une « orientation principale » et déclenche dès lors une obligation de consultation des CPE. Le seuil de l'obligation de consultation peut ainsi différer selon le domaine concerné et dépendre de la combinaison des différents éléments, même si les acteurs impliqués en pratique semblent mettre sur un pied d'égalité le concept complexe de l'importance avec le poids politique[754]. En substance, les différents éléments énumérés de manière non-exhaustive constituent uniquement des directives pour l'appréciation en pratique, une pesée de tous les intérêts et une prise en compte des circonstances du cas d'espèce devant être effectuées à chaque fois[755]. De plus, dans le cadre

751 GLASER et MÜLLER, *Die Mitwirkung der Bundesversammlung beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge* in Demokratische Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: Perspektiven aus Österreich und der Schweiz (Baden Baden : 2017), p. 36 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 112.

752 GLASER et MÜLLER, Mitwirkung p. 35 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 112. Le Conseil fédéral a, quant à lui, considéré cet instrument comme exemple de « développements importants dans le domaine du droit souple » en référence aux événements importants de politique extérieure qui fondent uniquement l'obligation d'information ; Aide-mémoire sur le droit souple, p. 6.

753 Entretien avec le conseiller en politique extérieure d'un parti politique, janvier 2024.

754 Entretiens avec des conseillers en politique extérieure de deux partis politiques, janvier 2024.

755 DUBEY, CR Cst., art. 164 N 25 ; MÜLLER et al., Rechtssetzungslehre, p. 145 ; TRIPET CORDIER, Instrument, p. 41 ; WYTTENBACH et WYSS, *art. 164 Cst.* in Basler Kommentar Bundesverfassung (Bâle : 2015) N 10.

de l'art. 164 Cst., le Tribunal fédéral accorde une grande marge de manœuvre à l'Assemblée fédérale quant à l'appréciation du critère de l'importance[756]. Les CPE devraient donc disposer d'une marge de manœuvre comparable dans la détermination du critère de l'importance du droit souple international déclenchant l'obligation de consulter au sens des art. 5*b* OLOGA et 152, al. 3 LParl.

b) Seuil des événements « importants » et des négociations internationales « importantes »

Les seuils d'information et de consultation découlant du terme « important » aux alinéa 2 et 3 de l'art. 152 LParl doivent être compris de la même manière que celui imposé par la notion d'orientations « principales ». Plus précisément, le seuil de l'obligation d'informer les CPE ne peut pas être fixé plus haut, car l'information constitue une condition préalable à l'exercice du droit à la consultation. La Note du secrétariat des CPE relative à la participation des Chambres fédérales dans le domaine de la politique extérieure énumère de manière détaillée les « développements importants »[757]. Toutefois, nous ne qualifions pas cette liste d'exhaustive et estimons que le Conseil fédéral doit informer les CPE de tout autre événement de politique extérieure répondant au seuil de l'importance tel que défini dans la section précédente. EHRENZELLER considère qu'afin de garantir une participation effective de l'Assemblée fédérale, il appartient aux CPE elles-mêmes, et non au Conseil fédéral, de faire le tri entre les événements importants et ceux qui le sont moins[758]. Nous pouvons ainsi observer un parallèle avec la large marge de manœuvre laissée à l'Assemblée fédérale par le Tribunal fédéral dans le cadre de l'art. 164 Cst. susmentionné. Cependant, une mise en pratique de cette compétence des CPE de sélectionner les événements importants nous paraît peu réaliste. Un risque de submersion des CPE ne saurait été ignoré dans le cas où le Conseil fédéral, plus précisément les départements, transférerait un maximum d'informations au sujet des événements de politique extérieure aux CPE qui feraient ensuite le tri de ceux qui sont importants. Quant aux négociations internationales « importantes », elles constituent une catégorie plus spécifique d'« orientations principales », un acte spécifique relatif aux orientations, dont le seuil pour l'obligation de consulter ne peut pas être interprété de manière plus restrictive[759].

756 Par exemple, ATF 143 II 87, consid. 5.1 cité dans DUBEY, CR Cst., art. 164 N 25 ; TSCHANNEN, *art. 164 Cst.* in Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar (Saint-Gall : 2023) N 7.

757 Note relative à la participation des Chambres fédérales dans le domaine de la politique extérieure, p. 3.

758 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 35; PROTIC, OK Cst., art. 166, N 18.

759 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 108.

5.1.2.2. Les droits des commissions parlementaires compétentes de demander à être informées ou consultées en matière de politique extérieure

Les commissions parlementaires compétentes peuvent demander à être informées ou consultées au sujet d'un instrument de droit souple selon l'art. 152, al. 5 LParl. Le cercle des bénéficiaires des droits de demander à être informé ou consulté n'est pas limité aux CPE, mais s'étend à toutes les autres commissions parlementaires compétentes, ce droit spécifique à la politique extérieure constituant une *lex specialis* par rapport à leurs droits généraux d'information traités au chapitre 4[760].

Une demande d'être informée ou consultée peut porter sur toute question relative à la politique extérieure utile pour l'exercice des attributions de la commission parlementaire intéressée et peut donc concerner tout instrument international de droit souple indépendamment de son importance[761]. Premièrement, la demande doit concerner la politique extérieure, car l'art. 152 LParl porte expressément sur l'information et la consultation en matière de politique extérieure[762]. Deuxièmement, l'art. 152 LParl est une *lex specialis* par rapport à l'art. 150 LParl sur les droits généraux à l'information des commissions parlementaires[763], qui reste donc applicable pour les aspects non réglés par la loi spéciale. Ainsi, l'information demandée doit être exigée pour « l'exercice de leurs attributions ». Ces informations n'ont toutefois pas besoin de porter sur un événement important de la politique extérieure comme cela est le cas à l'art. 152, al. 2 LParl[764], en ce sens « [...] [le Conseil fédéral] peut être sollicité par les commissions pour qu'elles soient informées ou consultées par lui sur toute question relative à la politique extérieure »[765]. Il en découle que le critère de l'importance ne s'applique pas au droit des commissions parlementaires compétentes de demander d'être informées ou consultées au sens de l'alinéa 5. Dès lors, les commissions parlementaires compétentes peuvent exiger du Conseil fédéral, en vertu de l'art. 152, al. 5 LParl, de leur fournir des informations sur tout instrument international de droit souple[766]. À titre

760 Voir point 4.1.1.1. TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 18.

761 Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3439 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 86.

762 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 85.

763 VON WYSS, Commentaire LParl, art. 150 N 11, 21 ; voir point 4.1.2.

764 Dans ce sens, voir LANZ, Bundesversammlung, pp. 228, 234 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 86 ; SÄGESSER, *Parlamentarische Informations- und Konsultationsrechte*, p. 387.

765 Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3439.

766 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 86. La seule exception par analogie étant les limites posées par l'art. 150, al. 2 LParl. À ce propos, voir point 4.1.2.

d'exemple, en octobre 2023, la CPE-N a demandé d'être consultée sur la base de l'art. 152, al. 5 LParl au sujet de l'adhésion de la Suisse au protocole d'accord lié à l'initiative *European Sky Shield,* un instrument international de droit souple sur laquelle elle s'est prononcée favorablement[767].

Les droits de demander d'être informé ou consulté présentent le même défi que les outils d'information généraux[768]. Un minimum de connaissances est nécessaire pour pouvoir déposer une demande d'information ou de consultation[769]. À titre d'exemple, en matière de droit souple, la commission doit au moins être au courant de l'existence ou de l'émergence d'un instrument avant de pouvoir demander des informations additionnelles à son sujet au Conseil fédéral. Comme cela a déjà été précisé en lien avec les outils d'information généraux, ces connaissances ne sont pas toujours assurées en raison du grand nombre d'instruments internationaux de droit souple, leur nature parfois hautement spécialisée et la diversité de fora dans le cadre desquels ils sont élaborés. Ce constat accentue la pertinence d'un usage complémentaire des différents modes d'implication parlementaire étudiés dans la présente recherche[770].

5.1.3. L'apport de légitimité par les droits de participation spécifiques à la politique extérieure avant, durant et après la création des instruments internationaux de droit souple

Après avoir déterminé que les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure constituent effectivement un mode d'implication parlementaire disponible en matière d'instruments internationaux de droit souple et circonscrit les contours de leur application à ce domaine, nous sommes désormais en mesure d'annoncer brièvement les résultats avant d'approfondir notre double évaluation de ce mode d'implication parlementaire. Pour des raisons d'interdépendance légale et d'indissociabilité pratique, le score commun que nous attribuons aux droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure est de **trois points et demi sur cinq**. Nous leur accordons deux points entiers pour les critères du façonnement et de la surveillance et deux demi-points pour les critères de la politisation et de la représentation. Tous les volets des droits à l'information et à la consultation satisfont au critère de la surveillance et presque tous au critère du façonnement (sauf l'obligation d'informer). Inversement, les critères de la

767 Motion 24.3474.

768 Voir point 4.1.1.1.

769 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 84.

770 Voir point 9.2.1.1.

politisation et de la représentation ne sont satisfaits que par les deux volets du droit à la consultation, à savoir l'obligation de consulter et le droit de demander à être consulté.

Nous observons des différences entre les droits spécifiques à la politique extérieure également en ce qui concerne le moment de vie d'un instrument souple auquel ils habilitent l'implication parlementaire. Alors que les obligations d'informer et de consulter permettent d'associer les CPE lors des trois phases temporelles, le droit de demander à être informées ne s'avère pertinent que « durant » et « après » la création de l'instrument de droit souple. Le droit de demander à être consultées, quant à lui, ne permet aux commissions parlementaires d'effectivement s'impliquer que « durant » la création de l'instrument de droit souple.

Au vu de ce qui précède, les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure apportent de la légitimité à un instrument de droit souple avant et durant sa création en surveillant le comportement du Conseil fédéral, en façonnant son contenu et, dans une certaine mesure, en facilitant le débat politique, donnant ainsi lieu à une représentation parlementaire indirecte. Ils font de même après la création de l'instrument de droit souple, sans toutefois habiliter les membres de l'Assemblée fédérale à façonner et à politiser son contenu.

5.2. L'évaluation des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure selon leur apport de légitimité

Le deuxième sous-chapitre porte sur l'analyse multicritère qui nous permet d'évaluer si et comment les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure contribuent, dans l'ensemble, mais également individuellement, à légitimer les instruments internationaux de droit souple. Les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure, exercés de manière complémentaire, permettent de légitimer dans une certaine mesure les instruments internationaux de droit souple. Par leur biais, le Parlement surveille les activités du Conseil fédéral tout au long de la vie d'un instrument de droit souple et façonne de manière indirecte le contenu de ce dernier, notamment avant et durant sa création. De plus, au moyen des deux volets de la consultation, celui-ci assume indirectement son rôle de représentant et peut attester d'un débat d'opinions divergentes, avant et durant la création de l'instrument, en son sein. Ce dernier élément est également rendu indirectement possible par l'un des volets du droit à l'information.

Avant de débuter l'analyse du premier critère de création de légitimité, à savoir le façonnement du droit souple international, il convient d'apporter quelques remarques explicatives globales en lien avec la Figure 7. Cette illustration démontre que l'obligation d'informer, l'obligation de consulter, le droit de demander à être informé et le droit de demander à être consulté en matière de politique extérieure remplissent de manière divergente les cinq critères de création de légitimité. Premièrement, tous les droits spécifiques à la politique extérieure habilitent les commissions parlementaires à surveiller les comportements du Conseil fédéral relatifs aux instruments internationaux de droit souple. La surveillance des relations avec l'étranger à l'art. 166, al. 1 Cst. constituant un aspect de la participation de l'Assemblée fédérale en matière de politique extérieure, un contrôle politique large survient donc à toutes les étapes de vie d'un instrument de droit souple. Un point est donc accordé pour le critère de la surveillance.

Deuxièmement, nous soulignons que tous, hormis l'obligation d'informer, permettent aux membres des commissions parlementaires de façonner le contenu de l'instrument de droit souple, en dirigeant le comportement du Conseil fédéral. Lorsque nous utilisons la formulation « permettre de façonner », nous ne suggérons pas que le façonnement d'un instrument de droit souple est nécessairement réussi par les membres de l'Assemblée fédérale individuels, mais que la loi met à leur disposition ce mode d'implication parlementaire dont l'usage présente le potentiel de dégager un tel effet. Des divergences existent quant au moment de vie de l'instrument auquel ce façonnement intervient. Tandis que les deux volets de la consultation rendent le façonnement possible avant et durant la création de l'instrument, le droit de demander à être informé ne le permet que s'il intervient durant la création. Le critère du façonnement étant donc rempli par la majorité des droits spécifiques, nous accordons un point entier.

Troisièmement, la consultation et le droit de demander à être informé (indirectement pour sa part) permettent également aux parlementaires de politiser le contenu d'un instrument de droit souple. L'élaboration de l'avis consultatif constitue certes l'occasion pour les membres de la commission consultée de débattre de leurs opinions politiques divergentes au sujet d'un instrument de droit souple, mais uniquement dans les cas où l'objet de la consultation porte suffisamment spécifiquement sur ledit instrument.

Quatrièmement, il découle de la Figure 7. que les deux volets de la consultation permettent aux membres des commissions parlementaires d'assumer leur rôle de représentant démocratique. Par conséquent, nous n'accordons qu'un demi-point pour la satisfaction du critère de la représentation. La consultation remplit le critère de la représentation indirecte, car le comportement

du Conseil fédéral vis-à-vis d'un instrument de droit souple qui se conforme à l'avis consultatif des commissions parlementaires permet de refléter la position du Parlement à ce sujet. Cinquièmement, aucun droit de participation parlementaire spécifique à la politique extérieure n'engendre un consentement parlementaire à l'instrument international de droit souple.

Figure 7. Satisfaction des critères de création de légitimité par les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure.

	Critères de création de légitimité				
Outils généraux de participation parlementaire	Façonnement	Consentement	Politisation	Représentation	Surveillance
Obligation d'informer					✓
Obligation de consulter	✓		✓	✓	✓
Droit de demander d'être informé	✓		✓		✓
Droit de demander à être consulté	✓		✓	✓	✓
Score d'apport de légitimité	*1 point*	*0 point*	*1 point*	*0.5 point*	*1 point*

5.2.1. Le façonnement indirect de l'instrument international de droit souple par les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure

Les deux volets de la consultation peuvent effectivement permettre au Parlement d'exercer une influence sur le contenu de l'instrument international de droit souple en dirigeant les actions du Conseil fédéral. Le droit de demander à être informé, lui aussi, permet aux parlementaires de contribuer au façonnement en exerçant de la pression politique sous laquelle le Conseil fédéral ajuste son comportement. L'obligation d'informer, quant à elle, ne remplit pas le critère de *outcome shaping*, notamment en raison de sa qualité purement unidirectionnelle[771]. La consultation répond à ce critère notamment lorsqu'elle est exercée avant ou durant la création de l'instrument (ou en cas d'une modification ultérieure de son contenu), alors que le droit de demander à être informé uniquement lorsqu'il est exercé durant la création de l'instrument. Dans un premier temps, nous présentons les raisons pour lesquelles une différence existe entre les deux volets de l'information (point 5.2.1.1), avant de nous attarder plus longuement sur le façonnement des instruments internationaux de droit souple par la consultation (point 5.2.1.2).

771 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 83.

5.2.1.1. Façonnement indirect par l'information

L'obligation d'information telle que prévue aux alinéas 2 et 3 de l'art. 152 LParl ne permet pas aux membres des CPE de façonner un instrument de droit souple international. Cette obligation impose au Conseil fédéral, en pratique à ses départements, de rendre compte de son comportement sur la scène internationale, y compris en ce qui concerne l'élaboration de la législation non-contraignante. Cette responsabilité du Conseil fédéral est d'autant plus renforcée par l'obligation d'information continue suite à une consultation (art. 152, al. 3 LParl) ainsi que par l'attention prêtée par les membres des CPE aux instruments internationaux de droit souple depuis les discussions sur le Pacte de l'ONU sur les migrations[772]. Toutefois, nous ne pouvons pas conclure que le simple fait que le Conseil fédéral apporte l'information sans que celle-ci ne soit préalablement demandée ou qu'il rende des comptes de son propre gré constitue un argument suffisant pour retenir une influence indirecte sur le contenu de l'instrument de droit souple. Ainsi, l'obligation d'information de l'art. 152, al. 2 LParl forme certes, dans certaines situations, l'étape préalable à la consultation, mais l'acte de recevoir une information non demandée sur un instrument de droit souple ne peut, à lui seul, ni contribuer à élaborer directement ce dernier, ni à le façonner indirectement en dirigeant le comportement du Conseil fédéral.

Le droit de demander à être informé satisfait au critère du façonnement au même titre que les outils d'information généraux. Par une demande d'information sur un projet de droit souple, la commission parlementaire demanderesse peut envoyer un signal au Conseil fédéral quant à l'intérêt de ses membres pour le projet en question ou lui communiquer un indice en exigeant une information précise. Dans une telle situation, un façonnement indirect du contenu de l'instrument de droit souple pourrait se produire, car une influence politique sur le comportement du Conseil fédéral serait exercée grâce au sentiment clairement exprimé au sein de la commission parlementaire demanderesse[773]. De plus, et à l'image des outils d'information généraux, un tel façonnement indirect ne pourrait avoir lieu qu'à la phase « durant » la création de l'instrument, une demande intervenant « avant » sa création ne pouvant pas être suffisamment précise[774].

772 L'Aide-mémoire sur le droit souple de l'administration fédérale recommande de fournir une information plutôt détaillée de l'instrument de droit souple : « mentionner l'étendue et le degré de détail des règles de conduite de l'instrument en question et d'ajouter tout élément pertinent », Aide-mémoire sur le droit souple, p. 6.

773 BORER, Legalitätsprinzip, p. 503.

774 Voir point 4.2.1.1.

5.2.1.2. Façonnement indirect par la consultation

Les deux volets du droit à la consultation tels que conçus à l'art. 152 LParl constituent des moyens par lesquels les commissions parlementaires compétentes peuvent exercer une influence sur les actions du Conseil fédéral et ainsi, indirectement, sur le contenu de l'instrument de droit souple, objet de la consultation. Le droit à la consultation de l'art. 152, al. 3 LParl institue l'un des droits de participation les plus importants du Parlement, mais sert tout autant au Conseil fédéral. D'un côté, il permet aux CPE d'exercer leur influence suffisamment tôt dans le processus. De l'autre côté, la procédure de consultation en amont donne l'opportunité au Conseil fédéral d'évaluer les sentiments du Parlement vis-à-vis d'un certain projet et donc d'adapter les paramètres de négociation à l'avance[775].

L'avis consultatif des commissions parlementaires, qu'il découle de l'obligation du Conseil fédéral ou du droit de demander une consultation des commissions, ne déploie pas d'effet contraignant sur le Conseil fédéral[776]. Nous déduisons de l'avis du Conseil fédéral du 26 juin 2024 en réponse à la motion 24.3474 relative à l'adhésion à l'initiative *European Sky Shield* que les commissions parlementaires consultées peuvent émettre des réserves, dont certaines peuvent être importantes[777]. Ceci découle également de la directive 4.2, §§ 3 et 4 des Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl concernant l'information et la consultation du Parlement dans le domaine de la politique extérieure publiées le 27 novembre 2024 par le Conseil fédéral[778]. Même si, avec son avis consultatif, les commissions ne peuvent pas instruire le Conseil fédéral de prendre ou ne pas prendre un acte de politique extérieure vis-à-vis d'un instrument international de droit souple[779], ce dernier se doit de l'examiner sérieusement et de s'écarter uniquement lorsqu'il le « juge nécessaire » en pondérant dûment et sérieusement tous les intérêts en jeu[780]. Le poids particulier que revêtent les avis consultatifs des commissions parlementaires est davantage accentué par la mise en œuvre de deux mesures de renforcement au sein de l'administration fédérale, à savoir l'indication provisoire des décisions du

775 TRIPET parle de « thermomètre politique ». TRIPET CORDIER, Instrument, p. 53 ; TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 30.

776 GOETSCHEL et WASSERFALLEN, *Aussenpolitik* in Handbuch der Schweizer Politik (Zurich : 2022), p. 685.

777 Motion 24.3474.

778 Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl.

779 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 31.

780 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 92 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 229.

Conseil fédéral soumises à consultation, reprise par la directive 4.2, §2[781] et l'obligation pour le Conseil fédéral de fournir une réponse à l'avis consultatif après sa prise de décision définitive[782]. De plus, selon le §4 de la directive 4.2 précitée, en cas de réserve importante de la part des CPE consultées, le département compétent doit soumettre une nouvelle proposition au Conseil fédéral et joindre un projet de réponse aux CPE. Nous concluons, au vu de ce qui précède, que l'éloignement de l'avis consultatif des commissions devrait constituer l'exception. Ainsi, dans une grande majorité de cas dans lesquels les comportements du Conseil fédéral vis-à-vis d'un instrument international de droit souple se conforment à l'avis consultatif des commissions parlementaires, celles-ci façonnent indirectement ledit instrument.

De plus, cet argument est davantage renforcé par le fait que l'art. 5*b* OLOGA, qui donne des exemples de l'obligation de consulter de l'art. 152 LParl, repose, certes indirectement, sur le principe selon lequel l'élaboration de la législation, qu'elle soit dure ou souple, constitue la tâche primaire de l'Assemblée fédérale. Comme susmentionné, la formulation du premier cas de figure de l'art. 5*b* OLOGA, c'est-à-dire le critère de nécessité de la mise en œuvre au niveau d'une loi fédérale, s'inspire du droit référendaire[783]. Il en découle que l'art. 5*b*, al. 1, lit. a OLOGA trouve son origine dans le principe de base selon lequel l'élaboration de la législation constitue la fonction primaire du Parlement[784]. Dès lors, la conclusion selon laquelle la consultation des CPE permet le façonnement des instrument internationaux de droit souple s'aligne avec ce principe originel des dispositions qui la concrétisent.

Malgré la difficulté pratique « de trouver un moment pour la consultation où l'instrument de droit souple peut encore être façonné »[785], les avis consultatifs des commissions parlementaires fournis sur la base de l'art. 152, al. 3 et 5 leur permettent de contribuer au façonnement de l'instrument de droit souple notamment lorsqu'ils interviennent « avant » et « durant » sa création. Les CPE disposent de connaissances suffisantes pour contribuer au façonnement de l'instrument avant sa création, notamment lorsque la consultation a lieu sur la base d'un projet de mandat du Conseil fédéral su sens de l'art. 5*b*, al. 2 OLOGA. C'est justement ce mécanisme qui incarne l'affirmation d'EHRENZELLER

781 C'est-à-dire que la décision de politique extérieure du Conseil fédéral sur laquelle les CPE sont consultées est prise « sous réserve de la consultation », Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl.

782 Délibérations du Conseil national du 9 mars 2023, BO 2023 N 358.

783 Voir point 5.1.2.1.3.

784 LANZ, Bundesversammlung, p. 223.

785 Rapport CPA, p. 48.

selon laquelle la participation au sens de l'art. 166, al. 1 Cst. signifie plus qu'une simple légitimation de l'action gouvernementale en matière de politique extérieure, mais qu'une implication du Parlement doit intervenir dès le « decision shaping »[786].

5.2.1.2.1. Obligation de consultation allégée dans les cas d'urgence

L'obligation de consulter, et donc également la possibilité pour les commissions de politique extérieure d'exercer une influence sur le contenu de l'instrument de droit souple potentiellement concerné, se voit restreinte dans les cas d'urgence. Plus précisément, l'alinéa 4 de l'art. 152 LParl prévoit que le Conseil fédéral peut se contenter de consulter uniquement les présidents et présidentes des CPE, sur lesquels pèse ensuite l'obligation d'informer leurs commissions respectives. Nous pouvons parler, à ce propos, d'une obligation de consulter allégée. Dans un avis commun de juin 2000, les CPE des deux chambres fédérales ont déclaré qu'il était de la plus haute importance pour elles d'être consultées sur les questions essentielles de politique étrangère, de politique économique extérieure et de politique d'État, c'est-à-dire principalement sur les questions d'ordre stratégique[787]. PETRIG et SINZ renforcent ce constat par deux arguments additionnels : la conception de la participation parlementaire en matière de politique extérieure en tant que processus, et non comme un simple choix binaire à l'art. 166, al. 1 Cst., déjà affirmée par EHRENZELLER[788], et l'implication précoce du Parlement dans le cadre d'un projet en tant que but de la consultation[789]. Toutefois, la raison d'être de cet alinéa est liée au constat qu'en matière de politique étrangère, il est parfois nécessaire d'agir extrêmement rapidement, y compris potentiellement en ce qui concerne les développements de droit souple, et que l'obligation de consultation ne devrait pas restreindre la marge de manœuvre du Conseil fédéral[790].

Dès lors, nous ne pouvons pas exclure que le façonnement d'un instrument de droit souple par un avis consultatif des CPE soit limité uniquement aux présidents et présidentes de celles-ci dans des cas d'urgence. L'obligation

786 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 18.

787 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 27.

788 EHRENZELLER, *Aussenpolitische Handlungsfähigkeit und Verfassung: Eine Betrachtung aus der Sicht der neuen schweizerischen Bundesverfassung* in Tradition und Weltoffenheit des Rechts (Berlin : 2002), p. 720 cité dans PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 109.

789 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 109-110.

790 ZEHNDER, *Parlamentarische Tätigkeit im globalen Kontext* (Université de Berne, 2007), p. 27 ; Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3439.

de transmettre l'information à leur tour aux CPE ne contribue en rien au façonnement de l'instrument, le raisonnement étant identique à celui relatif à l'obligation d'informer figurant à l'alinéa 2[791]. Toutefois, la pertinence pratique de ce cas de figure ne devrait pas être surestimée. Premièrement, à notre avis, il est peu probable que l'élaboration d'un instrument de droit souple constitue un cas si urgent qu'une consultation dite ordinaire des CPE ne puisse avoir lieu. Secondement, la consultation d'urgence est peu appréciée par les présidents et présidentes des CPE en raison de la responsabilité politique qui leur incombe dans ce cas[792]. Ces derniers peuvent juger la procédure d'urgence inadéquate et une demande de prolongation du délai est en général demandée afin que leurs commissions puissent tout de même être consultées[793].

5.2.1.2.2. Utilité résiduelle du droit des commissions parlementaires compétentes de demander à être consultées

L'alinéa 5 de l'art. 152 LParl ouvre une possibilité à toutes les commissions parlementaires compétentes de demander au Conseil fédéral à être consultées en matière de politique extérieure. Nous parlons toutefois d'une utilité résiduelle de ce droit par rapport à l'obligation de consulter. Ce volet s'avère particulièrement utile et permet ainsi un façonnement indirect du contenu du droit souple par les commissions parlementaires dans deux cas. Premièrement, en ce qui concerne les CPE, la demande de consultation peut intervenir lorsque l'obligation de les consulter ne pèse pas sur le Conseil fédéral au sens de l'alinéa 3 du même article, par exemple lorsqu'un instrument de droit souple n'atteint pas le seuil du critère de l'importance. Deuxièmement, ce droit peut également être utilisé par les autres commissions parlementaires compétentes, non concernées par l'obligation de consulter au sens de l'art. 152, al. 3 LParl, dans le cas où le sujet d'un instrument international de droit souple touche étroitement à leur domaine de compétence. Le moment auquel cette demande et l'avis consultatif interviennent est naturellement déterminé par la commission parlementaire auteure de la demande elle-même. Il est évidemment dans l'intérêt de la commission que l'avis soit formulé de manière claire et qu'il parvienne au Conseil fédéral à un moment où les possibilités de façonnement lui sont encore ouvertes, c'est-à-dire avant ou durant la création de l'instrument[794].

791 Voir point 5.2.1.1.

792 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 38.

793 Ibid. ; Rapport CPA, p. 45.

794 EHRENZELLER, Bundesversammlung, p. 1711.

5.2.2. L'absence de consentement à l'instrument international de droit souple au moyen des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure

Les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure ne constituent pas le fondement pour l'expression du consentement de l'Assemblée fédérale aux instruments internationaux de droit souple. En d'autres termes, ni les obligations d'informer et de consulter, ni les droits de demander à être informées et consultées de l'art. 152 LParl ne permettent aux commissions parlementaires de mettre leur sceau d'approbation sur les instruments internationaux de droit souple. Comme précédemment mentionné, l'information se limite à une réception de nouvelles connaissances par les commissions parlementaires ; ce droit de participation parlementaire s'arrête dès que le Conseil fédéral a agi unilatéralement et n'exige aucun comportement actif de la part des parlementaires (sauf la première impulsion dans le cas d'une demande d'information)[795]. Quant à la consultation, celle-ci n'équivaut pas à une approbation, car l'avis des commissions parlementaires qui en résulte relève d'une nature non-contraignante[796]. En outre, l'Assemblée fédérale ne peut pas contraindre le Conseil fédéral à entreprendre des démarches spécifiques de politique extérieure, telles qu'une éventuelle (non-)approbation sur la base de l'art. 166, al. 1 Cst. et des dispositions légales s'y rapportant, y compris l'art. 152 LParl[797], en raison du partage constitutionnel des compétences en matière de politique extérieure et de la conception constitutionnelle de la participation parlementaire en matière de politique extérieure qui n'est conçue « nicht nur [als] Entscheidungskompetenz, sondern auch [als] Prozess »[798].

5.2.2.1. Nature non-contraignante de l'avis consultatif des commissions parlementaires compétentes

L'obligation de consultation et le droit de demander à être consultée n'habilitent pas la commission parlementaire demanderesse à approuver l'instrument international de droit souple qui fait objet de la consultation, car le Conseil fédéral peut s'écarter de son avis consultatif dans le cadre de l'art. 152, al. 3, 4 ou 5 LParl.

795 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 83.

796 Voir point 5.2.2.1.

797 Ibid., p. 80.

798 EHRENZELLER, Aussenpolitische Handlungsfähigkeit, p. 720 cité dans PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 109.

L'avis consultatif donné sur la base de l'art. 152 LParl, ou d'autres dispositions de la LParl, par les commissions parlementaires compétentes ne déploie pas d'effet contraignant sur le Conseil fédéral[799], en ce sens qu'il ne constitue pas un droit de veto en faveur des commissions parlementaires[800]. Elles ne peuvent ainsi ni instruire le Conseil fédéral, ni co-décider avec celui-ci[801]. La proposition de renforcement de la nature de l'avis consultatif des commissions parlementaires a été expressément rejetée à l'occasion d'une initiative parlementaire sur la réforme du Parlement en 1991[802]. Cette nature non-contraignante de l'avis consultatif des CPE est notamment due au fait que la procédure de consultation du Parlement ne doit pas restreindre la marge de manœuvre juridique du Conseil fédéral[803]. Toutefois, le poids politique que présentent les avis consultatifs des commissions parlementaires ne devrait pas être négligé[804]. Même si le Conseil fédéral n'est pas juridiquement obligé de se conformer à cet avis, il découle, directement de l'art. 166 al. 1 Cst., un devoir du Conseil fédéral non seulement de prendre connaissance des différents avis de l'Assemblée fédérale, mais de les examiner au fond[805]. À ce propos, SCHMID parle d'une obligation de « réflexion sincère sur le contenu des prises de position de l'Assemblée fédérale et de ses commissions » à la charge du Conseil fédéral[806]. L'absence d'un tel examen sérieux de l'avis des commissions parlementaires irait à l'encontre des droits de participation de l'Assemblée fédérale[807], en omettant le sens et le but de l'instrument de consultation, à savoir la réalisation du modèle de la coopération entre les pouvoirs[808].

Le Conseil fédéral peut s'écarter de l'avis consultatif des commissions parlementaires compétentes lorsque les circonstances l'exigent et lorsqu'il a dûment et concrètement pondéré les intérêts en jeu[809]. En faisant un parallèle avec la participation des cantons à la politique extérieure afin de définir plus

799 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 28, 31 ; ZEHNDER, Tätigkeit, p. 17.

800 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 92 ; GRAF, art. 151 LParl N 10 ; SÄGESSER, Parlamentarische Informations- und Konsultationsrechte, p. 288 ; THURNHERR, *art. 153 Cst.* in Basler Kommentar Bundesverfassung (Bâle : 2015) N 16.

801 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 31.

802 Conseil fédéral, Avis sur la réforme du Parlement du 3 juin 1991, FF 1991 III 854.

803 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 ; Rapport sur l'initiative parlementaire Loi sur le Parlement (LParl) du 1er mars 2001, p. 3439 ; Avis du Conseil fédéral sur la réforme du Parlement, p. 854.

804 COTTIER et al., *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht* (Berne : 2001), p. 263.

805 PROTIC, OK Cst., art. 166 N 24.

806 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 27.

807 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 12.

808 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 92 ; Rapport sur la répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, p. 433.

809 EHRENZELLER, Aussenpolitik, pp. 293 ss.

précisément ces circonstances quelque peu abstraites, PETRIG et SINZ tirent deux conclusions. Premièrement, le seuil pour ne pas suivre l'avis consultatif est fixé à un niveau élevé ; le Conseil fédéral s'en écarte seulement lorsqu'il le « juge nécessaire »[810]. Secondement, au vu du principe de la pondération différenciée établie pour la participation cantonale[811], les avis consultatifs dans le domaine de la législation internationale, y compris souple, revêtent une importance particulière en raison de la fonction primaire du Parlement de légiférer[812].

Une incertitude persiste en doctrine quant à la question de savoir si le Conseil fédéral doit motiver son choix de s'écarter de l'avis consultatif des commissions parlementaires compétentes. De manière générale, le fait d'examiner au fond l'avis de l'Assemblée fédérale implique une obligation pour le Conseil fédéral de justifier l'orientation de ses actions de politique extérieure au sens de l'art. 166, al. 1 Cst[813]. L'art. 152, al. 3, 4 et 5 LParl, quant à lui, ne mentionne pas d'obligation de motiver à la charge du Conseil fédéral. D'une part, PETRIG et SINZ considèrent, au vu des autres dispositions relatives à la participation cantonale et parlementaire, qu'en l'absence d'une obligation de motiver expressément formulée par la norme pertinente, une telle obligation ne repose pas sur le Conseil fédéral lorsqu'il s'écarte de l'avis consultatif[814]. Cependant, cette obligation de motivation lorsque le Conseil fédéral ne suit pas la prise de position cantonale est limitée selon l'art. 4, al. 3 *in fine* de la Loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération du 22 décembre 1999[815], en ce sens qu'il ne doit que communiquer les « raisons essentielles » de son choix aux cantons. En suivant l'analyse de PETRIG et SINZ dans son rapport du 10 février 2025, la CPE-N a, elle-même, fait mention de « [...] **l'introduction** d'un devoir de justification pour le Conseil fédéral s'il s'écarte d'un avis de commission », considérant, ainsi, qu'un tel devoir juridique n'existe pas actuellement[816]. D'autre part, GRAF est d'avis qu'une telle obligation pèse toujours sur le Conseil fédéral en raison de la haute surveillance, c'est-à-dire de l'exigence générale de rendre compte de ses actes devant l'Assemblée fédérale[817]. Nous devons nous

810 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 92.

811 Plus les compétences de l'organe consulté sont importantes dans le domaine concerné par l'objet de la consultation, plus son avis a de poids.

812 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 92.

813 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 12 ; PROTIC, OK Cst., art. 166, N 24.

814 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 92-93.

815 RS 138.1.

816 CPE-N, Rapport sur l'initiative parlementaire Droits de participation du Parlement en matière de politique extérieure, p. 3.

817 GRAF, Commentaire LParl, art. 28 N 23.

rattacher ici à l'opinion de GRAF, car l'interprétation téléologique de PETRIG et SINZ semble manquer de prendre en compte le sens et le but de l'art. 166, al. 1 Cst. dans lesquels s'inscrit cette obligation du Conseil fédéral de justifier ses actes de politique extérieure auprès de l'Assemblée fédérale et qui constitue la *lex generalis* par rapport à l'art. 152, al. 3, 4 et 5 LParl, pertinente lorsque la *lex specialis* omet de régler certains aspects, par exemple l'obligation de motiver. Au vu de ce qui précède, nous sommes d'avis qu'une obligation de justifier son choix pèse déjà sur le Conseil fédéral lorsqu'il s'écarte de l'avis consultatif de la commission parlementaire au sens de l'art. 152, al. 3 ou 5 LParl. Cette vision est également soutenue par une récente mesure de renforcement du droit à la consultation adoptée par l'administration fédérale avant la modification parallèle de bases légales. Depuis 2023, le département compétent doit répondre clairement à l'avis consultatif de la commission parlementaire après que le Conseil fédéral a pris une décision définitive[818], autrement dit, le département doit justifier sa position. Cette mesure a été indirectement confirmée par la directive 4.2, §3 du Conseil fédéral précitée. Elle prend donc tout son sens dans le cas où le Conseil fédéral renonce à suivre ledit avis consultatif.

5.2.3. La politisation de l'instrument international de droit souple au moyen des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure

Le critère de la politisation n'est que partiellement rempli. Le droit à l'information n'offre en aucun cas des possibilités de politiser l'instrument de droit souple au sein de l'Assemblée fédérale (point 5.2.3.1). Le droit à la consultation, quant à lui, présente de telles possibilités au sein des commissions parlementaires et ce, si deux conditions cumulatives sont remplies (point 5.2.3.2). La consultation doit avoir lieu avant ou durant la création de l'instrument de droit souple et l'objet de la consultation doit porter suffisamment spécifiquement sur l'instrument en question.

5.2.3.1. Politisation indirecte au moyen du droit de demander à être informé

En raison de sa caractéristique unidirectionnelle, le droit à l'information tel que conçu à alinéa 2 de l'art. 152 LParl ne peut pas donner lieu à la politisation d'un projet de droit souple international au sein des commissions parlementaires

818 « Das zuständige Departement muss eine klare Konsultationsantwort einer Kommission beantworten, nachdem der Bundesrat definitiv entschieden hat », Délibérations du Conseil national du 9 mars 2023, BO 2023 N 358.

informées. Il ne fournit ainsi pas un espace dans le cadre duquel l'alternativité et la révisibilité peuvent être exercées. Le même raisonnement que pour l'absence d'habilitation de la politisation par les outils d'information généraux (hormis l'interpellation et la question posée à l'heure des questions) peut être appliqué ici. Nous renvoyons à ces développements pour le surplus[819].

Le droit de demander à être informé de l'art. 152, al. 5 LParl présente, quant à lui, un caractère plus bidirectionnel. Cette recherche active d'informations peut conduire à une politisation indirecte de l'instrument de droit souple. Dans un tel cas de figure, les membres des commissions peuvent exiger des informations sur un instrument de droit souple prévu ou en élaboration afin de demander, par la suite, une consultation plus ciblée à son sujet au sens de la même base légale. Comme nous le verrons dans la section suivante, une politisation pleine et entière se produit dans le cadre de cette dernière.

5.2.3.2. Politisation au moyen de la consultation

Les deux volets de la consultation permettent aux membres des commissions parlementaires d'avoir un débat d'opinions divergentes sur un projet de droit souple international. La mise en pratique du droit à la consultation résulte en un avis consultatif soumis par la commission parlementaire consultée. À l'occasion de l'élaboration de celui-ci, les membres de la commission parlementaire, représentants de tous les partis politiques élus, débattent de leurs positions politiques divergentes au sujet du projet de droit souple concerné sur la base d'une note d'information du Conseil fédéral, afin de parvenir à un avis consultatif commun dont les composantes ne sont pas juridiquement limitées. Différentes alternatives politiques peuvent donc être formulées dans le cadre des discussions et la possibilité de voir un changement juridique dans le futur grâce à l'avis consultatif ne devrait pas être exclue.

L'avis consultatif est le résultat d'un processus plus complexe de transmissions d'informations. TRIPET illustre l'application de l'obligation de consulter sur les directives ou lignes directrices concernant un mandat pour des négociations internationales importantes à l'aide de l'exemple de la négociation d'un accord de libre-échange entre la Suisse et la Chine[820]. Une généralisation à partir de cet exemple est possible et pertinente pour les instruments internationaux de droit souple également, car la procédure de consultation n'est en

819 Voir point 4.2.3.1.

820 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 32 et 33 ; TRIPET CORDIER, Instrument, pp. 55-57.

aucun cas spécifique au type ou au contenu du projet consulté[821]. Tout d'abord, le service départemental compétent signale au secrétariat des CPE l'intention du Conseil fédéral d'entamer des négociations, dont la nature juridique du résultat est encore inconnue, et l'informe des différentes dates pertinentes afin que le secrétariat puisse planifier les réunions. Environ deux semaines avant les réunions ordinaires des CPE, le service compétent envoie une note d'information présentant les directives et les lignes directrices du mandat au secrétariat. Les CPE ne reçoivent pas le projet de mandat en tant que tel, afin de permettre au Conseil fédéral de maintenir sa marge de manœuvre. Les CPE commentent ensuite la note d'information reçue en présence du chef du département concerné et envoient généralement une déclaration écrite avec leurs considérations au Conseil fédéral après la réunion, mais peuvent aussi communiquer leurs positions au Conseil fédéral uniquement par oral ou uniquement par écrit[822].

Même si, selon le CPA, les documents transmis aux commissions parlementaires pour la consultation ne permettent pas toujours une prise de position éclairée en pratique[823], il ne peut pas être exclu qu'un avis consultatif d'une commission parlementaire critique le contenu dudit instrument de droit souple ou comporte des suggestions pour sa modification. Le CPA identifie plusieurs causes à l'origine de cette limitation pratique d'une prise de position appropriée par les commissions parlementaires, parmi lesquelles nous mettons en lumière les suivantes : l'utilisation des mêmes documents pour informer les parlementaires des importants développements passés et pour les consulter sur les étapes à venir, l'absence d'une position suffisamment étayée du Conseil fédéral et des consultations à des intervalles trop rapprochées pour adapter la position du Conseil fédéral[824].

Au regard de ces défis pratiques, nous observons que la possibilité de politisation dépend fortement, d'une part, de la forme de la consultation et de l'autre, du moment auquel celle-ci intervient. En ce qui concerne la forme, si la consultation sur un instrument de droit souple intervient dans le cadre d'une consultation qui porte sur un objet plus large, les opportunités pour les membres de la commission de politiser au sujet du contenu de l'instrument en question sont beaucoup plus restreintes que dans les cas où la consultation

821 Le seul aspect de la procédure de consultation directement influencé par la négociation en question est la communication des délais pertinents autour desquelles les réunions des CPE sont organisées.

822 Rapport de la Commission des institutions politiques relatif à la LParl, p. 3439.

823 Rapport CPA, p. 45.

824 Rapport CPA, pp. 45–56.

porte uniquement sur l'instrument de droit souple lui-même. Pour illustrer cet argument, nous nous référerons à l'exemple de la consultation des CPE sur le Pacte mondial sur les migrations en 2016. En effet, ces dernières ont été consultées au sujet du Pacte mondial sur les migrations dans le cadre de trois consultations globales sur les priorités de la Suisse en vue de la 71ème, 72ème et 73ème session de l'Assemblée générale de l'ONU[825]. Nous partageons l'avis du CPA selon lequel « [...] ces priorités sont abstraites relativement à l'élaboration d'un projet spécifique et ne permettaient pas en soi aux membres des CPE d'avoir un impact sur les négociations liées à un texte en particulier »[826]. Si elles avaient été consultées sur le Pacte mondial sur les migrations seul, leurs membres auraient eu la possibilité de se concentrer uniquement sur cet instrument et en débattre.

Cet exemple nous permet d'illustrer également la problématique du moment de la consultation en lien avec le critère de la politisation. En l'occurrence, la consultation suivante des commissions parlementaires sur le Pacte mondial sur les migrations a porté uniquement sur la décision du Conseil fédéral d'approuver cet instrument lorsque son contenu était déjà déterminé[827]. Dans le cas de la consultation, le critère de la politisation ne peut être rempli que si la consultation intervient lors des phases « avant » ou « durant » la création de l'instrument de droit souple. Force est de constater que si la consultation intervient de manière précoce dans le processus, à savoir avant que le contenu de l'instrument en question ne soit précisément déterminé, le débat d'opinions divergentes ne peut porter que sur les grandes lignes de l'objet du projet. Cependant, si elle intervient après l'adoption définitive du contenu du projet, que le Conseil fédéral ait participé à son élaboration ou non, en l'absence d'un potentiel de changement législatif à l'avenir[828], le débat ne pourrait que porter sur la question binaire de l'adhésion de la Suisse. Par conséquent, la politisation du contenu d'un instrument international de droit souple peut avoir lieu si la consultation des commissions parlementaires intervient avant et surtout durant sa création.

5.2.4. La représentation indirecte par le biais de la consultation

Tandis qu'aucun droit de participation parlementaire spécifique à la politique extérieure n'habilite l'Assemblée fédérale et ses membres à prendre

825 Ibid., p. 66.

826 Ibid., p. 46.

827 Ibid., p. 66.

828 Notion de réversibilité, voir LEY, Opposition im Völkerrecht, pp. 198-201.

part directement au processus d'un instrument de droit souple sur la scène internationale, une représentation parlementaire indirecte se manifeste par le biais de la consultation. La consultation permet à l'Assemblée fédérale d'exercer son rôle de représentante démocratique et satisfait ainsi au critère de la représentation. Les deux volets de l'information, quant à eux, ne remplissent pas ce critère du fait qu'ils se résument à un transfert d'informations du Conseil fédéral aux commissions, sans que celles-ci ne produisent de prise de position.

La prise de position d'une commission parlementaire dans le cadre d'un avis consultatif par lequel elle dirige le comportement du Conseil fédéral relatif à un projet de droit souple international remplit le critère de la représentation indirecte et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, l'existence de l'obligation de consultation des CPE sur les orientations principales et les négociations internationales importantes témoigne de la volonté du législateur que la position du Parlement soit reflétée dans les actions ultérieures du Conseil fédéral. Une telle vision s'inscrit également dans la conception constitutionnelle du partage des compétences en matière de politique extérieure et le but des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure. En outre, comme examiné précédemment, le Conseil fédéral peut s'écarter de l'avis consultatif des commissions parlementaires à des conditions extrêmement restrictives, à savoir lorsque les circonstances l'exigent et lorsqu'il a dûment et concrètement pondéré les intérêts en jeu[829]. Ainsi, contrairement aux motions de mesure[830], les activités de politique extérieure du Conseil fédéral, y compris celles relatives aux instruments internationaux de droit souple, ne reflétant pas l'avis de l'Assemblée fédérale sous sa formation de commissions, devraient constituer l'exception. Les situations dans lesquelles le critère de la représentation indirecte de l'Assemblée fédérale ne serait pas rempli par la consultation sont donc, elles aussi, exceptionnelles. Les mesures de renforcement de la mise en œuvre du droit à la consultation annoncées par le conseiller fédéral Ignazio Cassis en mars 2023 et les Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl du Conseil fédéral[831] attestent du besoin de cette représentation indirecte de l'Assemblée fédérale dans les processus de droit international souple[832]. Deux de ces mesures freinent tout particulièrement la survenance de situations dans lesquelles ce critère ne serait pas satisfait, en cela qu'elles imposent au Conseil fédéral à communiquer ses décisions

829 Voir point 5.2.2.1.

830 À ce propos, voir point 4.2.2.1.

831 Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl.

832 Délibérations du Conseil national du 9 mars 2023, BO 2023 N 358.

uniquement de manière provisoire lorsque celles-ci sont sujettes à consultation (directive 4.2, §2) et qu'elles l'obligent à fournir une motivation, notamment dans les cas où il s'écarte de l'avis consultatif des CPE (directive 4.2, §4).

5.2.5. La surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple au moyen des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure

L'utilisation des droits à l'information et à la consultation de l'art. 152 LParl permet effectivement à l'Assemblée fédérale de surveiller le comportement du Conseil fédéral en matière de droit souple international à travers ses commissions parlementaires. L'art. 166, al. 1 Cst. duquel découle l'art. 152 LParl instaurant les droits de participation spécifiques à la politique extérieure que nous évaluons ici, indique que l'Assemblée fédérale « surveille les relations avec l'étranger ». Même si cet aspect fait déjà partie de la haute surveillance de l'Assemblée fédérale à l'art. 169 Cst., la surveillance prévue par l'art. 166, al. 1 *in fine* vise également la manière dont le Conseil fédéral gère les affaires étrangères[833], y compris les projets internationaux de droit souple. Il peut être déduit de la systémique de cet alinéa qu'un lien étroit existe entre la surveillance du comportement du Conseil fédéral et la participation parlementaire en matière de politique extérieure[834]. De plus, une conception large du contrôle politique[835] mérite d'être adoptée ici, en ce sens que le rôle de l'Assemblée fédérale ne se limite pas à un contrôle politique *a posteriori,* mais qu'il s'agit d'un aspect de la compétence générale de participation, à savoir une participation proactive de l'Assemblée fédérale[836]. Cette surveillance n'étant pas opérationnalisée, ses moyens n'étant pas précisés[837] et au vu de son indissociabilité de la notion de participation, celle-ci se réalise également à travers les droits de participation spécifiques à la politique extérieure. Ainsi, il convient de conclure que la surveillance est assurée par les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure. Quant à la mise en œuvre pratique de cette surveillance parlementaire des relations avec l'étranger, SCHMID observe des difficultés d'ordre empirique telles que le manque de

833 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 22 ; EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 32.

834 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 29.

835 WILDHABER, Kompetenzordnung, p. 133.

836 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 22 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 29.

837 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 21.

ressources en termes de temps et de finances des membres de l'Assemblée fédérale et considère qu'une amélioration du cadre institutionnel de cette surveillance est nécessaire afin qu'elle « [...] réponde aux exigences requises pour assurer la légitimation démocratique de la politique extérieure »[838]. Nous mènerons des réflexions convergentes à ce constat dans le cadre de l'examen des relations extérieures de l'Assemblée fédérale et les transposerons également à la responsabilité de l'Assemblée fédérale de surveiller les relations avec l'étranger[839].

L'existence de l'obligation d'informer les CPE à l'art. 152, al. 2 LParl constitue un devoir régulier du Conseil fédéral de rendre compte de ses actes passés, actuels et futurs vis-à-vis des instruments de droit souple. En ce qui concerne le droit de demander à être informé selon l'alinéa 5, comme en matière d'outils d'information généraux, les parlementaires invitent, d'un côté, le Conseil fédéral à présenter son point de vue et à justifier ses actions en matière de droit souple et de l'autre, reçoivent les informations nécessaires pour déclencher une éventuelle consultation, dont un débat sur le comportement du Conseil fédéral relatif à un instrument de *soft law* peut faire partie[840]. La consultation, quant à elle, va, certes, au-delà d'une simple obtention d'information, mais ne peut être exercée que lorsque toutes les informations utiles sont connues. Elle permet donc, à plus forte raison, aux commissions parlementaires compétentes de surveiller les actes qu'entreprend le Conseil fédéral au sujet d'un projet international de droit souple, car elle les habilite à intervenir après avoir été informées des comportements gouvernementaux passés, actuels ou prévus.

Après avoir argumenté que tous les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure permettent aux commissions parlementaires de surveiller le comportement du Conseil fédéral en matière de droit souple international, nous nous focalisons sur la caractéristique de *Bringschuld* des obligations d'informer et de consulter (point 5.2.5.1) et leur mise en œuvre peu conforme à cette dernière (point 5.2.5.2) ainsi que sur la caractéristique de *Holschuld* des droits de demander à être informé ou consulté (point 5.2.5.3). Ces qualités impactent le critère de la surveillance, en ce sens que celle-ci se voit renforcée lorsque la charge d'impliquer le Parlement incombe au Conseil fédéral (*Bringschuld*).

838 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 30.

839 Voir point 9.2.1.3.

840 BORER, Legalitätsprinzip, p. 503.

5.2.5.1. Caractéristique *Bringschuld* des obligations d'informer et de consulter

La plus-value des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure repose dans l'obligation d'informer et de consulter (*Bringschuld*). Contrairement aux outils généraux de participation parlementaire mais aussi aux droits des commissions de demander à être informées et consultées de l'alinéa 5, l'art. 152, al. 2 et 3 instaure un devoir pour le Conseil fédéral d'impliquer de son propre gré les CPE, sans aucune intervention préalable de celles-ci. La première impulsion pour l'implication parlementaire doit donc provenir du Conseil fédéral. De cette manière, le Conseil fédéral apporte des connaissances au sujet d'un instrument international de droit souple à l'Assemblée fédérale et lui permet non seulement d'exercer ses droits à l'art. 152, al. 2 et 3, mais rend également opérants les autres droits et outils à sa disposition. Par conséquent, la singularité et la pertinence des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure se retrouvent dans le fait qu'ils chargent le Conseil fédéral de la responsabilité de l'implication parlementaire. Une telle responsabilité exclusive est particulièrement nécessaire en ce qui concerne les instruments de droit souple dont l'existence et le contenu n'est parfois connu que par les gouvernements et les autres acteurs directement impliqués dans leur création.

5.2.5.2. Mise en œuvre peu conforme à la caractéristique *Bringschuld* de l'obligation d'informer

Malgré la qualification de l'obligation d'informer en tant que *Bringschuld* du Conseil fédéral par l'art. 152, al. 2 LParl, celui-ci ne l'exécute pas toujours de manière appropriée. En effet, TRIPET a démontré qu'une application correspondant plutôt à la caractéristique *Holschuld* de l'obligation d'informer les CPE s'est développée en pratique. La mise en œuvre actuelle de l'obligation d'informer allège donc sa force surveillante initiale.

L'obligation d'informer, telle qu'idéalement prévue par l'art. 152, al. 2 LParl, est réalisée par une première impulsion du Conseil fédéral qui informe les CPE sur un événement important de son propre gré. Cela peut être fait oralement lors d'une réunion, avec ou sans notification préalable au secrétariat des CPE, ou par écrit au moyen d'une note d'information soumise au secrétariat qui la distribue par la suite aux membres[841]. Cette pratique correspond donc à l'*Informationsbringschuld* du Conseil fédéral. Deux forums

841 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 23.

de discussion constituent la colonne vertébrale de l'obligation d'informer les CPE[842]. Les évènements importants en matière de politique étrangère sont discutés sous le point de l'ordre du jour « nouvelles du DFAE » en présence du chef de ce dernier[843]. Les événements importants en matière de politique économique extérieure, quant à eux, sont traités sous le point de l'ordre du jour « nouvelles du DEFR » en présence du chef du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR)[844]. Le droit souple international s'inscrivant dans la notion de politique extérieure[845], ces deux points d'ordre du jour peuvent donc directement le concerner. D'autres points spécifiques à un événement peuvent être inscrits à l'ordre du jour d'une réunion des CPE en raison d'une haute importance politique du sujet et afin de permettre un traitement plus approfondi[846]. Ainsi, nous pourrions imaginer qu'un point de l'ordre du jour porte spécifiquement sur un ou plusieurs instruments internationaux de droit souple politiquement importants.

Conformément à l'art. 152, al. 2 LParl, le Conseil fédéral doit son obligation d'informer également aux collèges présidentiels des conseils. La pratique de réunions informelles n'est pas contraire à la caractéristique *Bringschuld* de l'obligation d'informer. En effet, une réunion informelle entre les membres des présidences des deux conseils et une délégation du Conseil fédéral, composée du chef du DFAE, du président de la Confédération, du chancelier fédéral et des chefs d'autres départements en fonction des sujets à l'ordre du jour, a lieu trimestriellement. Lors de ces rencontres régulières, le chef du DFAE informe les présidences des conseils sur les actualités de politique étrangère[847]. Aucun procès-verbal n'est rédigé et aucun document sur la politique étrangère n'est distribué, car la réunion est délibérément informelle[848]. À cette occasion, les présidences des conseils fournissent également des informations sur les activités du Parlement en matière de politique étrangère, notamment sur leurs visites aux parlements étrangers[849].

Une deuxième application de l'obligation d'informer les CPE, peu conforme à la lettre de l'art. 152, al. 2 LParl et présentant de fortes ressemblances à la demande d'être informée est pratiquée. En amont d'une réunion

842 TRIPET CORDIER, Instrument, p. 45.

843 Ibid.

844 Ibid.

845 Voir point 3.1.

846 TRIPET CORDIER, Instrument, p. 45.

847 Note relative à la participation des Chambres fédérales dans le domaine de la politique extérieure, p. 3.

848 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 25.

849 À ce propos, voir 8.1.1.2.1.

des CPE, les membres soumettent au secrétariat des questions ou des demandes d'information sur des sujets d'actualité en matière de politique étrangère, puis le secrétariat transmet ces demandes aux secrétariats généraux des départements compétents afin que le membre responsable du Conseil fédéral discute des sujets avec les commissions lors de la réunion ou que le département concerné prépare une déclaration écrite si le sujet n'est pas soulevé lors de la réunion[850]. Dans le but de déterminer la mesure dans laquelle la pratique s'écarte de la loi, TRIPET a procédé à une analyse quantitative répondant à la question de savoir si l'initiative d'information provient plus fréquemment de la part du Conseil fédéral (tel que prévu par l'obligation *Bringschuld* de l'art. 152, al. 2 LParl) ou de la part des CPE (tel que développé par la pratique non conforme à l'art. 152, al. 2 LParl susmentionnée)[851]. L'auteur a étudié les procès-verbaux des réunions des deux CPE du deuxième trimestre sur une période six ans, à savoir de 2005 à 2010. Malgré l'absence d'indications claires et de procédure univoque permettant de déterminer clairement et précisément l'origine de l'initiative de l'information, TRIPET est arrivé à la conclusion qu'en ce qui concerne les actualités de politique étrangère, dont potentiellement des projets de *soft law* (rubrique « Actualités DFAE »), l'initiative se trouve plus fréquemment du côté des CPE. Les raisons permettant d'expliquer cette situation sont nombreuses et TRIPET en signale principalement trois : la tension entre l'envie du Conseil fédéral de retenir les informations confidentielles et le besoin des CPE d'obtenir des informations, la difficulté d'anticiper et de saisir en temps utile l'importance des évolutions rapides et complexes de la politique étrangère dans un contexte hautement interconnecté et globalisé, et même un manque de volonté de coopérer et de fournir des informations de la part du DFAE. Nous soulignons toutefois que nous ne sommes pas en mesure de corroborer, sur la base de notre recherche, ce dernier motif que TRIPET allègue être à l'origine du développement d'une pratique *contra legem*. Compte tenu de l'analyse empirique de TRIPET, nous constatons, tout de même, que cette pratique a pris le dessus sur la mise en œuvre de l'art. 152, al. 2 LParl telle qu'envisagée par le législateur : plutôt que de fournir des informations sur les événements importants survenus dans le domaine de politique extérieure sans intervention des parlementaires, le Conseil fédéral contracte une dette d'information auprès des CPE, réduisant ainsi également l'effet de surveillance déployé par cette obligation d'information.

850 Cette pratique est parfois appelée, elle aussi, l'*Informationsholschuld* parlementaire en raison de sa forte ressemblance au droit de demander d'être informé découlant de l'art. 152, al. 5 LParl. TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 24.

851 TRIPET CORDIER, Instrument, pp. 49-53.

5.2.5.3. Caractéristique *Holschuld* des droits de demander à être informé et consulté

De la même façon que les outils généraux de participation parlementaire, les droits de demander à être informées et consultées des commissions parlementaires doivent être déclenchés par une première impulsion des parlementaires (caractéristique *Holschuld*), en ce sens que le Conseil fédéral doit les informer ou les consulter uniquement lorsqu'il est sollicité. Comme examiné dans le chapitre précédent, le défi des droits de participation conçus en tant que *Holschuld* réside dans le fait que la commission doit au moins avoir connaissance de l'existence ou de la préparation d'un instrument international de droit souple avant de pouvoir demander des informations additionnelles ou une consultation[852]. Nous marquons donc la véritable plus-value des droits conçus en tant que *Bringschuld* ainsi que l'importance de leur mise en œuvre conforme à cette caractéristique. En transmettant des connaissances sur un instrument de droit souple à leur bénéficiaires, ces derniers habilitent par la suite l'exercice des droits conçus en tant que *Holschuld*. Comme susmentionné, les membres des CPE ou leurs collègues avec lesquels ils échangent disposent alors des notions de base nécessaires pour demander à être informés ou consultés. La surveillance du comportement du Conseil fédéral en matière de droit souple international peut donc, dans un tel cas de figure, être doublement assurée, par l'exercice de l'obligation d'informer ou de consulter, puis par la demande d'être (davantage) informé ou consulté qui en découle, si les parlementaires disposent du temps et des ressources pour s'y consacrer.

5.3. L'évaluation des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure selon le moment de l'implication

En procédant à l'évaluation selon le moment de l'implication, le troisième sous-chapitre répond à la question de savoir à quel moment de vie d'un instrument de droit souple l'information et la consultation de l'art. 152 LParl rendent opérante la participation parlementaire. Dans l'aperçu récapitulatif s'adressant aux collaboratrices et collaborateurs, l'Aide-mémoire sur le droit souple de l'administration fédérale se réfère également à un concept de phases temporelles[853]. En effet, selon celui-ci, l'information et la consultation des CPE

852 Voir point 4.2.5.1.

853 Voir point 2.2.3.

devraient intervenir, dans les faits, à la fin de la phase des pré-négociations d'un instrument international de droit souple, juste avant la phase des négociations. Elles devraient également être répétées après les négociations (phase post-négociation) si, durant cette dernière, le document a évolué de façon significative et ces évolutions remplissent les critères de l'art. 152, al. 2 ou 3 LParl. Dans tous les cas, selon ce document, la mise en œuvre pratique des obligations d'information et de consultation du Conseil fédéral devraient avoir lieu avant l'adoption de l'instrument de *soft law*.

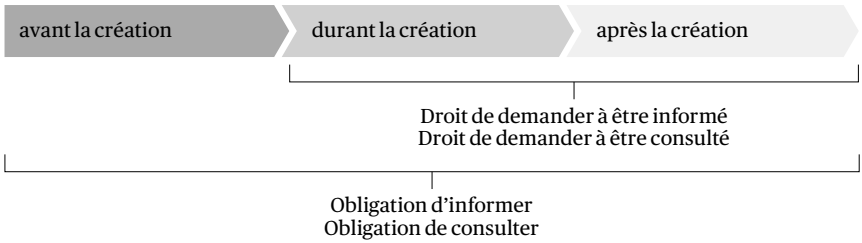
Dans leur ensemble, l'information et la consultation des commissions parlementaires sont certes primairement conçues pour habiliter l'implication avant et durant la création d'un instrument de droit souple. Le constat, selon lequel les dispositions constitutionnelles et légales pertinentes en matière de participation parlementaire en politique extérieure ont pour but une implication précoce du Parlement dans tout processus de politique extérieure, fait unanimité[854]. Ainsi, sans une participation suffisamment précoce dans le processus, l'Assemblée fédérale ne peut pas effectivement prendre part à la définition de la politique extérieure au sens de l'art. 166, al. 1 Cst., d'autant plus lorsque ce processus porte sur la création d'un instrument de droit souple important qu'elle n'approuve pas par la suite. L'information et la consultation des commissions parlementaires peuvent toutefois également se montrer utiles après la création dudit instrument, notamment dans les cas d'adhésion postérieure de la Suisse à l'instrument. Si nous devions établir un seuil temporaire des obligations d'informer et de consulter à l'image du seuil matériel déjà existant, à savoir le moment le plus tardif auquel le droit accepte l'information ou la consultation, celui-ci serait fixé au dernier moment avant l'adoption du texte définitif pour les instruments de droit souple à l'élaboration desquels la Suisse participe et au moment où le Conseil fédéral commence à envisager d'adhérer à un instrument dont il n'a pas participé au processus d'élaboration.

Toutefois, nous observons des différences sur la Figure 8. Tandis que les obligations d'informer et de consulter peuvent effectivement intervenir à tout moment de vie d'un instrument de droit souple, les droits de demander à être informé et consulté ne sont limités qu'aux phases « durant » et « après » la création de l'instrument.

854 Rapport CF Soft Law, p. 20 ; Rapport CPA, pp. 24, 54, 62 ; Notion de *front-loading* chez COTTIER, COTTIER, *Front-Loading Trade Policy-Making in the European Union: Towards a Trade Act*, p. 35 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 15, 88, 95.

Figure 8. Dimension temporelle : Intervention des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure dans la vie d'un instrument international de droit souple.

Ligne temporelle d'un instrument international de droit souple



5.3.1. Avant, durant et après la création du droit souple : les obligations d'informer et de consulter

Les obligations d'informer (point 5.3.1.1) et de consulter (point 5.3.1.2) les CPE permettent une implication parlementaire à tout moment de vie d'un instrument international de droit souple.

5.3.1.1. Obligation d'informer

Afin de respecter son obligation d'informer telle que prévue par l'alinéa 2 de l'art. 152, le Conseil fédéral doit faire parvenir l'information aux CPE de manière régulière et rapide. Comme nous le verrons, ces deux qualités de l'information s'inscrivent dans l'orientation générale de l'influence précoce de l'Assemblée fédérale en matière de politique extérieure[855] et indiquent que l'information peut parvenir aux CPE avant et durant la création de l'instrument de droit souple (point 5.3.1.1.1). L'application de l'obligation d'information durant la création de l'instrument de droit souple est davantage soutenue par l'exigence de l'alinéa 3 *in fine* du même article selon lequel le Conseil fédéral doit informer les CPE « [...] de l'état d'avancement des travaux [...] » après une consultation. Une telle vision s'inscrit dans l'idée de la continuité de l'information. Une information rapide des CPE suffisamment précoce dans le processus de création du droit souple international, au plus tard en cours de celui-ci, est exigée afin qu'elles puissent exercer leurs autres droits de participation dans le domaine de la politique extérieure (point 5.3.1.1.2).

855 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 87-88.

Il n'est pas non plus exclu que le Conseil fédéral informe les CPE au sujet d'un projet de droit souple lorsque celui-ci est déjà créé et ce, dans deux cas de figures. Premièrement, le Conseil fédéral peut fournir une information additionnelle après la création de l'instrument, notamment lorsque de nouvelles questions ont émergé depuis la dernière information ou, comme formulé par la DDIP, lorsque le contenu de l'instrument a évolué de façon significative remplissant de nouveau le critère de l'art. 152, al. 2 LParl et déclenchant une nouvelle obligation d'information[856]. À notre sens, une telle modification reste dans la phase « après » la création de l'instrument et ne devient pas un nouveau processus indépendant en raison du fait que l'instrument de droit souple existe déjà et que l'implication parlementaire ne se limite qu'au contenu de la modification, que celle-ci soit significative ou pas, plutôt qu'à l'entièreté de l'instrument. Secondement, une information postérieure à la création de l'instrument de droit souple peut intervenir lorsque la Suisse s'approprie un instrument préexistant sans avoir participé à son processus de création.

5.3.1.1.1. Modalités de l'obligation d'informer : information régulière, rapide et complète

L'information doit parvenir aux destinataires de façon régulière, rapide et complète. Cette condition relative à la manière de réaliser l'obligation d'informer devrait être lue, dans un premier temps, en gardant à l'esprit le but de ce droit, à savoir la participation effective de l'Assemblée fédérale à la définition de la politique extérieure. Dans un second temps, les caractéristiques du droit souple doivent être prises en compte lors de l'appréciation de la régularité, de la rapidité et de la complétude de l'information.

L'exigence de la régularité de l'information démontre que l'obligation d'informer doit pouvoir permettre l'implication parlementaire durant et après la création de l'instrument de droit souple. Concernant ce caractère régulier, PETRIG et SINZ considèrent qu'une information qui parvient aux destinataires à des intervalles temporels relativement égaux, tel que formulé par TRIPET CORDIER[857], ne suffit pas, mais qu'une continuité de l'information constitue sa régularité[858]. Nous partageons cet avis notamment en raison de l'obligation d'une information continue figurant à l'alinéa 3 *in fine*. Si une telle conception n'est pas admise à l'alinéa 2 également, le Conseil fédéral n'aurait l'obligation de fournir une information continue que sur les éléments sur lesquels les CPE auraient été préalablement consultées. L'objet sur lequel porte le droit

856 Ibid., p. 87 ; Aide-mémoire sur le droit souple, p. 8.

857 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 21.

858 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 87.

à l'information à l'alinéa 2 ainsi que la participation effective de l'Assemblée fédérale à la politique extérieure seraient dès lors réduits contrairement à la volonté du législateur[859], détournant alors le but de la disposition. La nécessité d'une information continue retrouve toute son importance en matière de normalisation internationale, que celle-ci soit dure ou souple, car la forme de l'instrument peut changer ou de nouvelles questions peuvent émerger en cours du ou après le processus d'élaboration[860].

Le critère de la rapidité, quant à lui, indique que l'information peut habiliter l'implication parlementaire avant la création de l'instrument de droit souple. Selon cette exigence, l'information doit parvenir en temps utile, permettant ainsi aux commissions d'exercer leurs droits et de respecter leurs devoirs[861]. Sous l'ancien droit, l'art. 47bisa LREC imposait au Conseil fédéral d'informer « sans tarder ». L'exigence de rapidité de l'information pose des défis particuliers pour le droit international souple. Ce dernier peut être discuté et négocié par le personnel spécialisé dans le domaine thématique de l'instrument et aux niveaux hiérarchiques bas de l'administration fédérale. Les collaboratrices et collaborateurs en charge ne réalisent pas toujours qu'ils travaillent avec du droit international souple et pour cette raison, l'information risque d'arriver tardivement (ou jamais) aux membres des CPE. Des mesures tentant de pallier ce défi telles que la mise en circulation d'un aide-mémoire sur le droit souple ayant pour objectif, entre autres, de soutenir les offices dans la qualification de la nature d'un instrument ont été adoptées[862] et seront davantage abordées dans le neuvième chapitre de la présente thèse[863]. De plus, selon la directive 3.2, §3 du Conseil fédéral pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl, le DFAE « [...] tient une liste électronique des sujets d'actualité des départements en matière de politique étrangère ; cette liste contient notamment les négociations en cours et les discussions structurées aux niveaux bilatéral, régional et multilatéral susceptibles d'avoir des répercussions en Suisse (accords, obligations, droit souple) ou d'intéresser les commissions »[864]. Cette liste habilite en tout cas une information des CPE durant et après la création du droit souple, car elle vise les « négociations en cours ». En revanche, il semblerait que l'information au sujet de nouveaux instruments élaborés dans le cadre

859 Note relative à la participation des Chambres fédérales dans le domaine de la politique extérieure, p. 3.

860 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 87.

861 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 21.

862 Aide-mémoire sur le droit souple, p. 1.

863 Voir point 9.2.1.4.

864 Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl.

des « discussions structurées » pourrait se trouver sur la liste, et donc également être transmise aux CPE, même avant leur création.

Les informations doivent également être complètes selon l'art. 152, al. 2 LParl, c'est-à-dire que toutes les informations concernant la politique extérieure suisse, mais également celles concernant les processus de politique étrangère comportant des implications de politique intérieure, doivent être transmises aux interlocuteurs concernés[865]. En ce qui concerne la quantité d'informations, la notion de complétude pourrait faire croire, à tort, que le Conseil fédéral devrait « inonder » les CPE d'informations. Au contraire, cela risquerait de nuire à l'efficacité et l'effectivité de la participation parlementaire ; les CPE doivent disposer d'autant d'informations que nécessaire, et cela peut diverger selon le sujet, pour réaliser leur mandat constitutionnel, c'est-à-dire pour participer effectivement[866].

Au vu de ce qui précède, les modalités légales de l'obligation d'informer exigent que le moment de sa mise en pratique permette aux CPE d'exercer leurs autres droits et de respecter leurs obligations, exigence qui correspond à nos phases temporelles « avant » et « durant » la création de l'instrument international de droit souple, mais qui ne rend pas légalement impossible l'intervention de l'obligation d'informer « après » cette création.

5.3.1.1.2. Information en tant que condition préalable à l'exercice des autres outils et droits de participation

Les modalités selon lesquelles l'obligation d'informer les CPE est exécutée relève d'une importance cruciale en raison de sa caractéristique de « condition préalable » à l'exercice des autres outils et droits de participation[867]. Sans disposer d'informations au moins sur l'existence ou la planification d'un instrument international de droit souple, informations dont le premier débiteur est le Conseil fédéral, les parlementaires ne peuvent pas, par exemple, soumettre des interventions parlementaires de mandat ou produire des avis

865 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 21.

866 PETRIG et SINZ font un parallèle, à ce propos, avec l'art. 3, al. 3 LFPC selon lequel « [l]'information sur la politique extérieure de la Confédération doit être conçue de telle manière qu'elle aide les cantons à donner à la politique extérieure de la Confédération une meilleure assise dans la politique intérieure ». Dans ce cas, l'information est fournie aux cantons selon une procédure échelonnée, dans un premier temps sous forme d'un inventaire, puis, uniquement si nécessaire, sous forme de documents détaillés. Les autrices considèrent que ce concept d'information par étapes et notamment d'inventaires est sous-exploité en matière de fourniture d'informations sur les instruments de droit souple aux CPE au sens de l'art. 152, al. 2 LParl. PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 88.

867 Rapport CPA, p. 25 ; ibid., p. 83.

consultatifs. En d'autres termes, la régularité, la rapidité et la complétude à laquelle l'information parvient aux CPE peut déterminer quand et comment les parlementaires utilisent les outils généraux à leur disposition ou les droits dont ils sont bénéficiaires, notamment la consultation. Au vu des modalités qu'il prévoit, l'art. 152, al. 2 LParl a donc pour but que l'information parvienne aux CPE suffisamment tôt dans le processus de création de droit souple, afin que l'Assemblée fédérale puisse exercer sa compétence constitutionnelle de participation à la définition de la politique extérieure au sens de l'art. 166, al. 1 Cst.

5.3.1.2. Obligation de consulter

L'obligation de consulter les CPE peut s'imposer lors des trois phases temporelles d'un instrument de droit souple. Les phases « avant » et « durant » la création de l'instrument revêtent une pertinence particulière[868], mais cette obligation peut également être déclenchée, dans des cas bien plus rares, après la création de l'instrument international de droit souple.

La loi conçoit l'obligation de consulter de telle consulter de manière à habiliter une intervention parlementaire précoce, à savoir avant et durant la création de l'instrument de droit souple. En ce qui concerne le moment et les modalités de la consultation, nous partageons l'analyse de PETRIG et SINZ selon laquelle les prescriptions de l'alinéa 2 s'avèrent également pertinentes pour l'alinéa 3 en raison du caractère de « condition préalable à l'exercice du droit de consultation » de l'information[869]. Ainsi la consultation doit également avoir lieu régulièrement et rapidement, en principe sur la base d'un projet de mandat du Conseil fédéral (art. 5*b*, al. 2 OLOGA). Toutefois, lorsque la commission dispose de toutes les informations pertinentes et l'acte de consultation lui est parvenu, c'est elle qui détermine le moment où elle rend son avis[870]. En outre, une consultation suffisamment précoce dans le processus ressort également de la lettre des art. 152, al. 3 LParl et 5*b* OLOGA. L'art. 152, al. 3 LParl indique expressément que la consultation sur les négociations internationales importantes doit avoir lieu avant l'adoption ou la modification du mandat. Une consultation tardive dans le processus d'un instrument de droit souple, c'est-à-dire après sa création, irait également à l'encontre de l'énoncé de l'art. 5*b* OLOGA au sens duquel l'Assemblée fédérale devrait pouvoir se prononcer sur les orientations principales avant que leur mise en œuvre ne déploie ses effets.

868 OESCH, *Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung* in Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse (Zurich : 2020), p. 153.

869 Pour l'analyse complète, voir PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 94-95.

870 Ibid., p. 95.

L'obligation de consultation peut être déclenchée durant le processus de création d'un instrument de droit souple, surtout dans la situation où des questions atteignant le seuil du critère de l'importance surviennent pendant les négociations[871].

Comme nous l'avons vu pour l'obligation d'informer[872], la consultation des CPE après la détermination de la forme et du contenu de l'instrument créés serait vidée de sens sauf dans deux cas de figure. Premièrement, une consultation peut avoir lieu après la création d'un instrument de droit souple en présence de modifications ultérieures importantes qui déclencheraient une nouvelle consultation au sens des art. 5*b* OLOGA et 152, al. 3 LParl. Par exemple, si une nouvelle disposition dont la mise en œuvre nécessite une modification importante d'une loi fédérale est ajoutée ultérieurement à un instrument de droit souple international déjà existant, le Conseil fédéral devrait respecter son obligation de consulter après la création de l'instrument, mais le moment effectif de cette consultation équivaudrait à la phase temporelle « durant » la création de l'instrument. Secondement, la consultation n'est possible qu'après la création de l'instrument de droit souple qui atteint le seuil du critère de l'importance lorsque le Conseil fédéral ne participe pas à son élaboration, mais envisage d'y adhérer ou de se l'approprier, sans toutefois le reprendre dans le droit interne. Dans un tel cas, la consultation au sens de l'art. 152, al. 3 LParl ne peut porter que sur la question du soutien de l'instrument et constitue le seul mode d'implication parlementaire disponible[873]. Par conséquent, l'obligation de consulter les CPE peut être déclenchée non seulement avant et durant la création du droit souple, mais également après cet instant.

5.3.2. Durant et après la création du droit souple : les droits de demander à être informé et consulté

En théorie, les commissions parlementaires compétentes peuvent demander à être informées ou consultées au sujet d'un instrument de droit souple à tout moment de vie de ce dernier. L'art. 152, al. 5 LParl ne limite en rien le moment auquel une telle demande peut être déposée. Cependant, nous retenons, qu'en pratique, ces deux droits s'avèrent pertinents surtout durant et après la création de l'instrument de droit souple international.

De la même façon que les droits individuels à l'information, les droits généraux à l'information des commissions et les interventions parlementaires

871 Aide-mémoire sur le droit souple, p. 8.

872 Voir point 5.3.1.1.

873 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 101.

d'information, les droits de demander à être informé ou consulté sont caractérisés par une *Holschuld* du Conseil fédéral. Le même raisonnement concernant l'inadaptabilité pratique des droits de demander à être informé ou consulté à la phase temporelle préalable à la création de l'instrument international de droit souple s'applique ici[874]. Il est peu probable que les commissions parlementaires compétentes disposent des informations suffisantes sur un projet d'instrument de droit souple leur permettant de demander d'être davantage informées ou consultées avant que ce dernier ne soit créé. Nous pouvons toutefois prévoir une exception à ce constat, à savoir lorsque le Conseil fédéral informe les CPE selon l'art. 152, al. 2 LParl avant la création de l'instrument. Dans ce cas, celle-ci peut immédiatement demander d'être consultée selon l'art. 152, al. 5 LParl. Il se peut également que les membres des CPE échangent avec des collègues qui, à leur tour, utilisent rapidement l'art. 152, al. 5 LParl au sein d'autres commissions compétentes pour demander d'être informés ou consultés. Tout cela doit se dérouler avant que la création de l'instrument ne commence. Il est donc plus réaliste qu'une telle demande intervienne durant la création de l'instrument en raison du temps qu'un tel enchaînement de faits prend.

À première vue, une demande de consultation après la création de l'instrument pourrait sembler inopportune, car l'avis consultatif n'exercerait aucune influence sur le contenu déjà existant. Toutefois, nous soulignons la pertinence de cette phase temporelle pour le droit de demander une consultation pour les cas dans lesquels la Suisse adhère à un instrument de droit souple déjà existant sans avoir participé à son élaboration.

5.4. Conclusion intermédiaire sur les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure

Le présent chapitre a traité la question de l'adéquation des droits de participation parlementaire spécifiquement conçus pour la politique extérieure au droit souple international. Autrement dit, même si le législateur avait pensé aux instruments de droit souple international au moment de l'élaboration des dispositions de la LParl, le cinquième chapitre de la présente thèse s'est penché sur la relation entre les deux à la lumière de l'évolution de l'ordre juridique international et des besoins changeants du Parlement. L'analyse de ce mode d'implication parlementaire occupe une place toute particulière au sein de

874 Voir point 4.3.1.

notre étude compte tenu des discussions sur le *soft law* qui ont principalement, si ce n'est exclusivement, porté sur sa mise en œuvre et la nécessité alléguée de sa clarification[875].

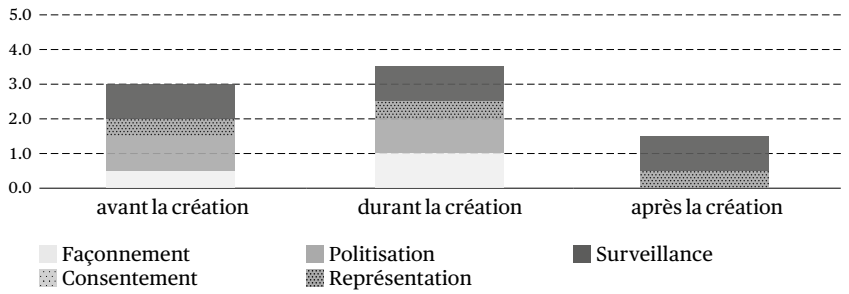
L'intersection entre les deux évaluations effectuées dans le présent chapitre est représentée sur la Figure 9 ci-dessous. Plus précisément, cette dernière nous permet de souligner comment les critères de création de légitimité sont satisfaits par les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure à différentes phases de vie d'un instrument de droit souple. Le constat principal qui en ressort est le fait que le plus important apport de légitimité à l'instrument de droit souple se produit lorsque les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure sont utilisés durant sa création. Qui plus est, nous illustrons à l'aide de la Figure 9 trois points résultant de notre analyse :

— Lorsqu'ils interviennent avant la création du droit souple, les droits de participation parlementaire apportent de la légitimité en surveillant le comportement du Conseil fédéral, en permettant à l'Assemblée fédérale à travers ses commissions de politiser son contenu et à le façonner partiellement ainsi que d'être représentée dans le processus de sa création. Ces deux derniers critères sont remplis uniquement par les deux volets de la consultation. Dans son ensemble, nous accordons un score de création de légitimité de trois points à ce mode d'implication parlementaire lors de la phase temporelle « avant » la création de l'instrument.
— Lorsqu'ils interviennent durant la création du droit souple, les droits de participation parlementaire apportent de la légitimité en surveillant le comportement du Conseil fédéral et en permettant à l'Assemblée fédérale à travers ses commissions de façonner son contenu et d'en politiser et d'assumer partiellement son rôle de représentant démocratique. Lors de cette phase temporelle, les critères de la politisation et de la représentation restent uniquement remplis par la consultation, tandis que le critère du façonnement est également satisfait par le droit de demander à être informé. Partant, dans leur ensemble, les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure se voient alloués un score de trois points et demi « durant » la création de l'instrument de droit souple.
— Lorsqu'ils interviennent après la création de l'instrument de droit souple, les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure apportent de la légitimité à celui-ci uniquement en surveillant le comportement du Conseil fédéral et en permettant partiellement au

875 À titre d'exemple : Initiative parlementaire 14.433 ; Initiative parlementaire 14.474 ; Motion 18.3378 ; Postulat 18.4104.

Parlement d'agir en tant que représentant démocratique. Leur score de création de légitimité à cette phase temporelle est d'un point et demi.

Figure 9. Apport de légitimité par les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure avant, durant et après la création de l'instrument international de droit souple.



Les résultats du cinquième chapitre démontrent que les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure contribuent dans une large mesure à la légitimité d'un instrument international de droit souple, surtout lorsqu'ils sont utilisés durant sa création. Quatre remarques conclusives additionnelles découlent des développements du présent chapitre.

Premièrement, la plus-value des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure réside dans les obligations d'informer et de consulter qui pèsent sur le Conseil fédéral. En effet, l'impulsion pour l'implication parlementaire doit venir de la part du Conseil fédéral. La responsabilité de cette implication repose donc sur ce dernier, et ce, en présence de projets de droit souple atteignant le seuil du critère de l'importance. Cette responsabilité pèse d'autant plus lourd, car cette première impulsion du Gouvernement rend opérants les autres droits et outils de participation parlementaire. À notre avis, cette responsabilité importante du Conseil fédéral prend tout son sens dans le cadre de la participation parlementaire dans le domaine du droit souple international puisque le contenu, et parfois même l'existence de ces instruments, n'est connue que du Conseil fédéral, de ses départements et des autres acteurs directement impliqués dans leur élaboration, mais pas du Parlement.

Deuxièmement, lors des entretiens avec les différents acteurs impliqués, la question de savoir si le critère de l'importance constitue le critère légal de triage optimal pour la détermination du seuil de l'information et de la consultation parlementaire a été soulevée[876]. Comme beaucoup d'autres auteurs,

876 Entretien avec le secrétaire et le secrétaire adjoint des CPE ; Entretiens avec les conseillers en politique extérieure de deux partis politiques.

nous sommes d'avis que le critère déterminant le seuil pour l'obligation d'informer et de consulter doit être suffisamment variable dans le temps et présenter un haut degré d'adaptabilité aux sujets d'actualité[877]. Pour répondre à ces exigences, l'utilisation d'une notion juridique indéterminée, appréciable au cas par cas, est inévitable. Par conséquent, nous considérons le critère de l'importance suffisamment adapté aux besoins de l'implication parlementaire en politique extérieure.

Troisièmement, le poids particulier de l'obligation de consulter à charge du Conseil fédéral mérite d'être souligné. Grâce à son caractère bidirectionnel, elle peut opérer un véritable échange de vues entre le Parlement et le Gouvernement[878] et incarne ainsi le partage constitutionnel de compétences entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale en politique extérieure[879]. PETRIG et SINZ considèrent même le droit à la consultation comme l'instrument le plus efficace, à l'heure actuelle, pour démocratiser « par le bas » le droit souple international[880]. En effet, si nous observons le score d'apport de légitimité accordé aux deux volets de la consultation sur la Figure 7 ci-dessus, celui-ci satisfait à quatre sur cinq des critères de création de légitimité. Nos résultats confirment donc le potentiel de la consultation en tant que mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, identifié par PETRIG et SINZ. En outre, l'avis consultatif des CPE ne constitue certes pas un droit de veto en leur faveur, mais revêt un poids juridique et d'une importante portée politique. Quant à l'aspect juridique, nous avons observé que le Conseil fédéral ne peut s'en écarter que dans des situations de nécessité suite à une pondération minutieuse des intérêts en cause[881]. Quant à l'aspect politique, le fait de ne pas suivre l'avis des CPE risquerait de déclencher d'autres manifestations des parlementaires sous la coupole ou dans les médias, afin d'exercer une pression sur le Conseil fédéral pour qu'il change son comportement au niveau international ou adopte des modifications structurelles. Les avis consultatifs des CPE et leur prise en compte par le Conseil fédéral n'étant pas publics, nous n'avons pas eu la possibilité d'identifier un exemple où le Conseil fédéral n'aurait pas suivi un tel avis consultatif. Toutefois, la prise de la mesure de systématiquement répondre aux avis consultatifs des CPE par le Conseil fédéral et son administration est révélatrice du fait que le décalage entre cet avis et la

877 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 13 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 103 ; TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 28.

878 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 83, 91.

879 TRIPET CORDIER, Commentaire LParl, art. 152 N 30 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 224.

880 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 113.

881 Voir point 5.2.2.1.

décision du Conseil fédéral survient en pratique[882]. Cette mesure fait, parmi d'autres, l'objet de notre quatrième constat.

Quatrièmement, nous observons une tendance vers la clarification, voire vers le renforcement graduel des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure. Nous illustrons ce propos, tout d'abord, par la problématique de l'obligation de motiver lorsque le Conseil fédéral s'écarte de l'avis consultatif des CPE. Pour rappel, une telle obligation ne figure pas expressément dans le texte des dispositions légales pertinentes et la doctrine est partagée sur la question[883]. Nous avons conclu, au point 5.2.2.1, qu'une telle obligation peut effectivement être déduite de l'art. 152, al. 3 LParl. Depuis la fin des travaux de la sous-commission des CPE sur la participation du Parlement dans le domaine du droit souple, deux motions des CPE chargeant le Conseil fédéral « […] d'édicter un acte visant à garantir que des procédures uniformes soient introduites et systématiquement mises en œuvre dans tous les départements de l'administration fédérale pour l'information et la consultation des commissions parlementaires compétentes en matière de politique extérieure en vertu de l'art. 152 de la loi sur le Parlement » ont vu le jour[884]. Le 27 novembre 2024, le Conseil fédéral a donc publié ses Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl concernant l'information et la consultation du Parlement dans le domaine de la politique extérieure[885]. Dès 2022, le Conseil fédéral a explicitement annoncé la pratique selon laquelle le département compétent doit répondre clairement à l'avis consultatif des CPE après que le Conseil fédéral a pris sa décision définitive, puis l'a inscrite au §4 de sa directive 4.2 des Directives précitées[886]. Cette démarche constitue un signal fort qu'une obligation légale de motiver son choix lorsqu'il s'écarte de l'avis consultatif des commissions pèse déjà sur le Conseil fédéral. Plus globalement, ces directives se sont limitées à réitérer les contenus des différents droits de participation parlementaires spécifiques à la politique extérieure, tout en précisant certains aspects procéduraux, tels que la qualification de provisoire des décisions du Conseil fédéral prises avant la fin de la consultation (directive 4.2, §2) et en introduisant des innovations pratiques, tels qu'une liste électronique des sujets d'actualité des départements en matière de politique étrangère (directive 3.2, §3). Finalement, l'initiative parlementaire 22.482 pendante prévoit des modifications du droit parlementaire dans le sens d'une inscription du

882 Délibérations du Conseil national du 9 mars 2023, BO 2023 N 358.

883 Voir point 5.2.2.1

884 Motion 22.4260.

885 Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl.

886 Ibid. ; Délibérations du Conseil national du 9 mars 2023, BO 2023 N 358.

contenu de l'art. 5*b* OLOGA au niveau de la loi, d'une formulation expresse de l'effet contraignant des demandes d'information et de consultations au sens de l'art. 125, al. 5 LParl et de l'établissement des procédures claires et contraignantes quant à la gestion des avis consultatifs par le Conseil fédéral[887]. Nous témoignons donc d'une clarification de ces droits ainsi que de leur renforcement progressif en pratique.

Ces quatre conclusions intermédiaires marquent la fin du présent chapitre portant sur les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure en tant que mode d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple. Nous nous consacrons dorénavant à l'analyse d'un droit particulier de participation parlementaire spécifique à la politique extérieure, à savoir l'approbation par l'Assemblée fédérale de l'art. 166, al. 2 Cst.

887 Initiative parlementaire 22.482 dont le délai de traitement a été prolongé jusqu'à la session parlementaire de printemps 2027, Délibérations du Conseil national du 21 mars 2025, *texte provisoire*. Pour la discussion sur cette mesure de renforcement et son opportunité, voir point 9.2.1.4.

6. L'approbation par l'Assemblée fédérale : un droit particulier de participation parlementaire spécifique à la politique extérieure

En Suisse, l'approbation parlementaire, telle qu'elle existe pour les traités internationaux (art. 166, al. 2 Cst.), n'est pas applicable aux instruments internationaux de droit souple. En 2018, Anne a, tout de même, exigé, ensemble avec la majorité de son groupe parlementaire, que le Conseil fédéral soumette un instrument international de droit souple, le Pacte mondial sur les migrations, à l'approbation de l'Assemblée fédérale. Elle a également été parmi celles et ceux qui se sont prononcés en faveur de l'introduction de l'approbation parlementaire systématique pour les instruments internationaux de droit souple importants. Après avoir évalué les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure en tant que mode d'implication parlementaire avant, durant et après la création du droit souple, nous faisons désormais de même pour ce droit *particulier* de participation parlementaire spécifique à la politique extérieure et hypothétique. Le sixième chapitre de la présente thèse vise donc à déterminer si et comment l'approbation par l'Assemblée fédérale permettrait d'apporter de la légitimité si elle était disponible pour les instruments internationaux de droit souple importants avant, durant et/ou après leur création.

En préambule, quelques remarques introductives méritent d'être apportées. Comme susmentionné, l'approbation par l'Assemblée fédérale est un droit *particulier* de participation parlementaire spécifique à la politique extérieure. L'approbation par l'Assemblée fédérale n'est pas comprise dans le groupe plus général de droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure, traités au chapitre 5 de la présente thèse, en raison du fait qu'elle ne concerne pas, selon le cadre constitutionnel et légal en vigueur, tout acte de politique extérieure. Comme nous le verrons, elle ne s'applique qu'aux traités internationaux. De plus, il s'agit d'un droit de participation de l'Assemblée fédérale particulièrement étendu en matière de politique extérieure[888]

888 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 24.

et certains la considèrent même comme l'instrument le plus puissant dont dispose le Parlement dans le cadre de sa participation à l'élaboration de la politique étrangère[889]. Nous la traitons donc comme un mode d'implication parlementaire indépendant et à part entière.

Même si nous arrivons à la conclusion que l'approbation par l'Assemblée fédérale ne s'applique pas aux instruments internationaux de droit souple (point 6.1.1.1), nous avons décidé de la retenir en tant que mode d'implication parlementaire à évaluer pour deux raisons. Premièrement, la question de savoir si le traité international continue d'être le point de rattachement approprié pour la participation démocratique en matière de politique extérieure au vu de la diversification des instruments internationaux a déjà été soulevée en doctrine[890]. Aborder la problématique de l'approbation parlementaire dans la présente thèse nous permet donc de nous prononcer sur ces questionnements du point de vue des instruments internationaux de droit souple. Deuxièmement, certaines revendications parlementaires de 2018[891] ressemblaient fortement à celles d'Anne et de ses collègues et la soumission effective et exceptionnelle du Pacte mondial sur les migrations à l'approbation de l'Assemblée fédérale en a été la conséquence[892]. L'examen de l'apport de légitimité par l'approbation de l'Assemblée fédérale hypothétique aux instruments de droit souple contribue ainsi à la réflexion sur l'opportunité d'un éventuel élargissement du champ d'application matériel de ce mode d'implication parlementaire. Plus généralement, VERDIER et VERSTEEG ont démontré, de manière empirique, que l'approbation des traités internationaux par l'autorité législative a subi une extension progressive à travers l'histoire[893]. L'étude de son élargissement hypothétique aux instruments internationaux de droit souple correspond donc à cette tendance historique progressive. Ainsi, contrairement aux chapitres 4, 5, 7 et 8, le présent chapitre porte sur une situation hypothétique : si l'approbation par l'Assemblée fédérale telle que conçue pour les traités internationaux s'appliquait aux instruments internationaux de droit souple, comment et quand permettrait-elle un apport de légitimité à ces derniers ?

En guise d'introduction, nous nous devons de faire mention de la situation extraordinaire de la soumission du Pacte mondial sur les migrations à

889 ZEHNDER, Tätigkeit, p. 25.

890 PETRIG, Genehmigung, p. 144.

891 Initiative parlementaire 18.466 Groupe de l'UDC du 29 novembre 2018. Approbation du droit non-contraignant par l'Assemblée fédérale ; Motion 18.4106 ; Motion 18.4103 ; Motion 18.4093.

892 Message relatif au Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, p. 359.

893 VERDIER et VERSTEEG, Empirical Investigation, pp. 214-219.

l'Assemblée fédérale. Celle-ci ne s'est pas fondée sur l'art. 166, al. 2 Cst., mais cette soumission d'un instrument de droit souple sous forme d'arrêté fédéral simple correspond, dans les faits, à la procédure d'approbation de l'art. 166, al. 2 Cst. sans possibilité d'un référendum facultatif. Cet exemple nous permet d'illustrer le cas de figure hypothétique envisagé par le présent chapitre, c'est-à-dire l'élargissement de l'approbation parlementaire de l'art. 166, al. 2 Cst. au droit souple. Trois motions[894] ont chargé le Conseil fédéral en 2018 de soumettre au Parlement l'acceptation du Pacte mondial sur les migrations sous la forme d'un arrêté fédéral[895]. Les commissions parlementaires, dont les trois motions mentionnées ont émané, ont considéré que le Parlement devait s'exprimer de manière définitive sur le Pacte, malgré son caractère juridiquement non-contraignant, pour trois raisons : le fait que le Pacte « engagerait la Suisse sur le plan politique », le fait que l'adhésion à celui-ci impliquerait l'adoption d'une nouvelle législation ultérieure et le fait que son sujet, à savoir l'immigration, soit sensible et sa portée large. Par la suite, le Conseil fédéral a présenté à l'Assemblée fédérale, le 3 février 2021, un projet sous la forme d'un arrêté de principe et de planification suggérant son acceptation[896]. Il s'est toutefois efforcé de ne pas créer de précédent, rappelant sa compétence propre de conclure des instruments de droit souple basée sur l'art. 184, al. 1 Cst. et insistant sur le raisons politiques et non juridiques derrière sa décision. Il a ainsi formellement rejeté les demandes parlementaires précitées, mais a agi en conformité avec celles-ci dans les faits, en présentant le projet d'arrêté fédéral[897]. Il semble que l'effort multipartite des motions se trouve à l'origine de cette soumission pour approbation parlementaire quasi-volontaire de la part du Conseil fédéral[898]. Les débats parlementaires ont ouvert une discussion plus large sur le rôle de l'Assemblée fédérale en matière de politique étrangère, notamment la mise sur pied de la sous-commission sur le droit souple, puis le dépôt de deux motions parlementaires[899] et une initiative parlementaire[900] visant les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure de l'art. 152 LParl. Pour cette raison, les Chambres fédérales

894 Motions CIP-N 18.4093, CIP-E 18.4103 et CPE-E 18.4106 précitées.

895 La motion Minder, quant à elle, a même soulevé la question de savoir si le peuple et les cantons devaient se prononcer par référendum sur la participation de la Suisse à cet instrument de droit souple, Motion 18.4130.

896 Message relatif au Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, p. 359.

897 Réponse du Conseil fédéral aux motions 18.4093, 18.4106 et 18.4103 ; PETRIG, Democratic Participation, p. 21.

898 Ibid.

899 Motion 22.4260 ; Motion 22.4264.

900 Initiative parlementaire 22.482.

ont suspendu leur évaluation du projet du Conseil fédéral dans l'attente des résultats de cette discussion plus large, y compris l'avis de droit de PETRIG et SINZ et le rapport d'évaluation du CPA[901]. Le Conseil des États s'est finalement prononcé en faveur d'une non-acceptation du Pacte le 17 septembre 2024[902] et la Commission des institutions politiques du Conseil national a recommandé à celui-ci de se rallier à la décision du Conseil des États le 25 octobre 2024[903]. Le Conseil national a rejoint le Conseil des États lors des délibérations du 12 décembre 2024[904]. L'Assemblée fédérale a ainsi « [...] sout[enu] la non-acceptation du Pacte mondial sur les migrations par la Suisse et le fait qu'elle continue de s'abstenir de voter »[905]. Cet exemple montre, comme nous le verrons, la survenance d'une situation *contra legem* d'approbation parlementaire d'un instrument international de droit souple[906].

Il convient de mentionner que le Pacte mondial sur les migrations n'est pas le seul instrument international de droit souple pour lequel une approbation parlementaire a été exigée. Également par voie de motion, la Commission de la politique de sécurité a chargé le Conseil fédéral de « soumettre au Parlement l'adhésion à l'*European Sky Shield Initiative* pour approbation »[907]. Toutes les commissions parlementaires consultées s'étaient prononcées favorablement à cette adhésion, l'adhésion de la Suisse a été signée par le directeur général de l'armement en octobre 2024 et la motion 24.3474 demandant l'approbation parlementaire a finalement été rejetée par le Conseil national le 12 décembre 2024[908]. En outre, la motion 22.3546 du Groupe parlementaire de l'UDC qui chargeait le Conseil fédéral de soumettre impérativement au Parlement « tout accord conclu dans le cadre de l'OMS ou tout instrument élaboré par l'OMS qui, bien que non-contraignant (*soft law*), serait susceptible d'entraîner par la suite des obligations pour la Suisse » a été adoptée par les deux Chambres fédérales et transmise au Conseil fédéral en 2024[909]. Ces illustrations témoignent d'une tendance de revendication de l'approbation parlementaire

901 Délibérations du Conseil des États du 8 juin 2021, BO 2021 E 522 ; Délibérations du Conseil national du 14 septembre 2021, BO 2021 N 1578.

902 Délibérations du Conseil des États du 17 septembre 2024, BO 2024 E 808.

903 Communiqué de presse du 25 octobre 2024.

904 Délibérations du Conseil national du 12 décembre 2024, BO 2024 N 2342.

905 Art. 2, Arrêté fédéral du 12 décembre 2024 concernant le Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, FF 2024 3221.

906 Voir point 6.1.1.

907 Motion 24.3474.

908 Communiqué de presse du 18 octobre 2024 ; Délibérations du Conseil national du 12 décembre 2024, BO 2024 N 2346.

909 Motion 22.3546 Groupe de l'UDC du 7 juin 2022. Pas d'accord de l'OMS sans l'approbation du Parlement.

pour les instruments internationaux de droit souple. Elles soutiennent donc la pertinence de l'analyse de la situation hypothétique où ce mode d'implication parlementaire serait disponible pour ce type d'instruments dans le cadre de la présente thèse.

Comme les chapitres précédents, celui-ci est structuré en quatre parties. L'introduction présente brièvement le cadre légal de l'approbation en vigueur et révèle son apport de légitimité dans l'hypothèse où elle s'appliquerait aux instruments internationaux de droit souple (point 6.1). Dans un deuxième et troisième temps, les différentes composantes de ce résultat sont davantage développées en analysant comment l'approbation par l'Assemblée fédérale satisferait aux cinq critères de création de légitimité (point 6.2) et en déterminant les moments de vie de l'instrument de droit souple auxquels elle permettrait l'implication parlementaire (point 6.3). Finalement, l'analyse de l'approbation par l'Assemblée se termine par une vue d'ensemble graphique des résultats de l'évaluation et une conclusion intermédiaire (point 6.4).

6.1. Introduction à l'approbation par l'Assemblée fédérale

Nous commençons la présente introduction en délimitant la notion de traité international au sens de l'art. 166, al. 2 Cst. qui établit le cadre légal de l'approbation parlementaire et en abordant la question des deux procédures d'approbation existantes (point 6.1.1), puis nous révélons le score d'apport de légitimité de ce mode d'implication parlementaire hypothétique en matière d'instruments internationaux de droit souple (point 6.1.2).

6.1.1. Le cadre juridique en vigueur : L'approbation des traités internationaux par l'Assemblée fédérale[910]

Avant de pouvoir évaluer l'approbation par l'Assemblée fédérale en tant que mode d'implication parlementaire, nous nous devons de brièvement présenter le cadre juridique dans lequel elle s'inscrit. En principe, selon l'art. 166, al. 2 Cst., l'Assemblée fédérale approuve les traités internationaux avant leur ratification par le Conseil fédéral (art. 184, al. 2 Cst.)[911]. L'approbation se définit

910 Nous avons publié un commentaire de l'art. 166 de la Constitution fédérale dans le Commentaire en ligne en 2023, voir PROTIC, OK Cst., art. 166. Au vu de la proximité des sujets traités, certains développements de la présente section ont été repris de ce dernier.

911 La participation du Parlement à la conclusion, modification et dénonciation des traités internationaux constitue l'une des problématiques récentes en droit constitutionnel

comme l'expression d'un consentement explicite à travers un acte de droit national rendu dans le cadre de la procédure de décision interne qui intervient entre le moment de la signature et la ratification d'un traité par le Conseil fédéral[912]. Autrement dit, il appartient à l'Assemblée fédérale, sous réserve d'un éventuel vote référendaire, d'accepter ou de refuser la conclusion d'un traité international par la Suisse. Le Conseil fédéral ne peut exprimer le consentement de la Suisse à être liée, c'est-à-dire ratifier le traité, qu'une fois l'approbation accordée par l'Assemblée fédérale[913]. Une exception à ce principe concerne les traités dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (art. 166, al. 2 *in fine* Cst.). La présente section analyse tout d'abord la notion de traité international (point 6.1.1.1) auquel l'approbation par l'Assemblée fédérale s'applique et confirme que cette notion n'englobe pas les instruments internationaux de droit souple. Elle donne ensuite un bref aperçu des deux procédures d'approbation existantes, à savoir la procédure d'approbation ordinaire (point 6.1.1.2) et la compétence du Conseil fédéral à conclure certains traités seul, appelée autrement procédure simplifiée (point 6.1.1.3), afin de pouvoir, par la suite, concevoir, puis évaluer la situation hypothétique dans laquelle ce cadre juridique s'appliquerait aux instruments internationaux de droit souple et qui nécessiterait, à notre avis, une modification constitutionnelle.

6.1.1.1. Notion de traité international

Le champ d'application matériel de l'art. 166, al. 2 Cst. se limite aux traités internationaux au sens de la définition suivante : un traité est un accord international entre deux ou plusieurs sujets de droit international public (États et/ou organisations internationales) par lequel ceux-ci expriment leurs volontés concordantes et créent ainsi, à leur bénéfice ou à leur charge, des droits ou des obligations régis par le droit international[914]. Autrement dit, la notion de « traité international » au sens de la disposition constitutionnelle précitée revêt une

et concerne également la question de savoir comment rendre le droit international plus démocratiquement légitime et mieux y associer le pouvoir législatif. En 2019, ce débat a conduit à l'adoption de la nouvelle Loi fédérale sur les compétences en matière de conclusion, de modification et de dénonciation des traités internationaux (RO 2019 3119). À ce propos, voir ibid., N 42 ss.

912 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 32 ; EHRENZELLER, Aussenpolitik, pp. 456 ss.

913 DFAE, Direction du droit international public, Guide de la pratique en matière de traités internationaux, 2023, p. 28 ; LAMMERS, *Traités internationaux : leur conclusion selon la procédure simplifiée et leur application provisoire suite à la révision législative du 26 septembre 2014*, p. 6.

914 Guide en matière de traités, p. 4 ; AUBERT, PC, art. 166 N 13 ; PETRIG, Genehmigung, p. 104 ; ATF 124 II 293, consid. 4b.

signification conforme au concept de droit international[915]. Malgré ce constat clair, la doctrine soulève plusieurs questions en lien avec l'étendue de la notion de traité international à l'art. 166, al. 2 Cst. L'opportunité du « traité international » en tant que point de rattachement constitutionnel est reconsidérée au vu de la diversification croissante des actes juridiques internationaux[916]. Le questionnement qui en découle est donc de savoir si cette notion pourrait s'étendre à d'autres actes juridiques internationaux, y compris éventuellement aux instruments de droit souple.

L'art. 166, al. 2 Cst. s'applique par analogie à d'autres actes de droit international dit dur[917]. PETRIG démontre que l'approbation a été appliquée par analogie à d'autres sources du droit par le passé, tels que des décisions contraignantes d'organes internationaux, des actes juridiques unilatéraux et des contrats de droit privé et hybrides[918]. En considérant que le contenu d'une norme de droit international public, et non pas ses distinctions formelles, est déterminant pour y associer le Parlement, PETRIG discute la possibilité, *de lege ferenda*, de refléter la diversification des sources de droit international dans les dispositions relatives à l'association du Parlement, par exemple en mentionnant les décisions contraignantes d'organes internationaux aux côtés des traités internationaux[919]. En effet, une telle précision au niveau des dispositions constitutionnelles et légales pertinentes serait souhaitable pour des raisons de sécurité juridique. LANZ ajoute que la soumission des décisions juridiquement contraignantes des organes internationaux à l'approbation de l'Assemblée fédérale est actuellement décidée au cas par cas, en ce sens que l'information et la consultation des commissions compétentes constituent la base de l'implication parlementaire en la matière, mais que dans les cas des décisions ayant force de loi, il convient, en outre, de vérifier si la procédure d'approbation des traités s'applique par analogie[920].

915 SCHMID estime que l'interprétation du terme « traité international » doit être identique en droit constitutionnel et en droit international coutumier afin d'éviter une incohérence de l'ordre juridique. SCHMID, CR Cst., art. 166 N 33 ; BIAGGINI, art. 166 Cst., N 9.

916 Voir notamment PETRIG, Democratic Participation.

917 Le champ d'application matériel de l'approbation parlementaire est particulièrement étendu en Suisse en comparaison internationale. Pour une étude de droit comparé, voir PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 158 ss.

918 Par exemple, les différentes décisions des comités mixtes des accords sectoriels entre la Suisse et l'UE. PETRIG, Mitwirkung, pp. 19-20 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 71 ; pour une appréciation détaillée de comment les autorités fédérales ont étendu le champ d'application de l'art. 166, al. 2 Cst. à d'autres actes juridiques par analogie, voir PETRIG, Genehmigung, pp. 105-122.

919 PETRIG, Mitwirkung, pp. 507, 531.

920 LANZ, Bundesversammlung, p. 220.

L'approbation par l'Assemblée fédérale ne s'étend toutefois pas aux instruments internationaux de droit souple[921]. Tout d'abord, le texte de l'art. 166, al. 2 Cst. est clair et se réfère expressément et uniquement aux « traités internationaux » dans toutes les versions linguistiques (« völkerrechtliche Verträge », « trattati internazionali »). La systématique de la norme, quant à elle, ne permet pas de dégager le sens des termes « traités internationaux ». Du point de vue de l'interprétation systématique, nous pouvons observer uniquement que ces termes se trouvent également expressément dans l'intitulé de l'art. 166 Cst. De plus, rien n'indique dans le Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996 qu'une compréhension autre que celle du traité international en droit international public devrait être retenue[922]. Finalement, le sens et le but de cette norme permettent de dégager non seulement que le constituant vise une approbation parlementaire des instruments importants, mais aussi contraignants. Le but de l'approbation des instruments importants se dégage des art. 166, al. 2 et 184, al. 1 Cst., desquels découle, comme nous le verrons, le fait que les traités internationaux de portée mineure ne doivent pas être approuvés par l'Assemblée fédérale[923]. Le fait que l'approbation au sens de l'art. 166, al. 2 Cst. ne vise que les instruments juridiques contraignants peut être déduite du constat que son application a été étendue, par analogie, à de tels instruments, mais jamais aux instruments non-contraignants[924]. En outre, le Guide de la pratique en matière de traités internationaux de la DDIP du DFAE indique expressément que le droit souple international ne tombe pas sous le champ d'application matériel de l'art. 166, al. 2 Cst.[925]. En l'absence de toute obligation juridique pour les parties à un accord international, « [...] la compétence de conclusion [...] appartient alors en principe au Conseil fédéral, sur la base de l'art. 184, al. 1 Cst. »[926]. Nous tenons à relever que les termes « en principe » se réfèrent ici principalement aux instruments de droit souple conclus par un département de sa propre compétence ou encore par un office ou groupement et non pas à l'Assemblée fédérale[927]. Au vu

921 L'étude de droit comparée commandée par le Contrôle parlementaire de l'administration n'a pas non plus observé l'existence de l'approbation parlementaire des instruments internationaux de droit souple dans d'autres ordres juridiques, PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 166.

922 Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, p. 400.

923 Voir point 6.1.1.3.

924 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 71.

925 Guide en matière de traités, p. 25.

926 Ibid. Le Conseil fédéral a lui-même réitéré sa compétence en matière de droit souple international dans ses réponses aux motions 18.4093, 18.4103 et 18.4106 lui demandant de soumettre une décision d'approbation du Pacte mondial sur les migrations à l'Assemblée fédérale.

927 Ibid., p. 25.

des résultats de l'interprétation de la disposition et du consensus qui existe sur la question entre le Conseil fédéral, le CPA[928] et la doctrine, nous concluons donc que les instruments internationaux de droit souple n'entrent pas dans la définition de « traités internationaux » au sens de l'art. 166, al. 2 Cst. et que cet article ne s'applique pas à ces derniers par analogie. Cependant, HANGARTNER et al. soulèvent qu'il conviendrait de réfléchir à un telle application aux « accords très importants sous forme de *soft law* » et donc aussi à l'assujettissement au référendum facultatif, au vu du risque de création de précédent pour les objets politiquement sensibles par la soumission du Pacte mondial sur les migration sous la forme de l'arrêté de principe et de planification[929].

Par conséquent, le droit d'approbation de l'Assemblée fédérale n'englobe pas, en l'état actuel du cadre légal suisse, les instruments internationaux de droit souple, mais se limite aux traités internationaux et peut s'appliquer par analogie à d'autres instruments juridiques contraignants. Ce mode d'implication parlementaire se décline en deux procédures. La procédure ordinaire implique une approbation effective du traité international par l'Assemblée fédérale (art. 166, al. 2 Cst.), alors que la procédure dite simplifié permet au Conseil fédéral de conclure seul certains traités internationaux (art. 166, al. 2 Cst. *in fine*).

6.1.1.2. Aperçu de la procédure ordinaire : Approbation par l'Assemblée fédérale

L'approbation des traités internationaux par l'Assemblée fédérale constitue le principe et nous parlons, à ce propos, de procédure ordinaire. Dans ce cadre, le Conseil fédéral requiert l'approbation de l'Assemblée fédérale d'un traité international qu'il a signé, principalement au moyen d'un message auquel il joint le texte du traité (art. 184, al. 2 Cst.)[930]. Suivant les débats parlementaires dans les deux chambres, l'Assemblée fédérale se retrouve face à un choix binaire d'accepter ou de rejeter le traité, soit d'octroyer ou de rejeter l'approbation lors du vote final ; certains parlent à ce propos d'un droit de veto[931] ou d'un choix limité de l'Assemblée fédérale[932]. L'acte d'approbation, quant à lui, doit porter sur l'entièreté du traité et être sans conditions. La seule exception envisageable est l'approbation à condition qu'une ou plusieurs réserves soient

928 Rapport CPA, p. 19.

929 Voir notamment, HANGARTNER et al., Demokratische Rechte, p. 429. Dans le même sens, voir KÜNZLI, *art. 184 Cst.* in Basler Kommentar Bundesverfassung (Bâle : 2015) N 16.

930 Guide en matière de traités, p. 25.

931 Rapport CPA, p. 19.

932 ZEHNDER, Tätigkeit, p. 25.

émises lors de la ratification, conformément au traité lui-même et aux règles générales du droit international[933]. L'approbation prend la forme d'un arrêté fédéral soumis au référendum obligatoire si le traité porte sur l'adhésion de la Suisse à une organisation de sécurité collective ou à une communauté supranationale (art. 140, al. 1, lit. b Cst.)[934], ou d'un arrêté fédéral soumis au référendum facultatif lorsque le traité a une durée indéterminée et n'est pas dénonciable, prévoit l'adhésion à une organisation internationale, contient des dispositions importantes fixant des règles de droit (art. 22, al. 4 LParl) ou lorsque sa mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (art. 141, al. 1, lit. d Cst.)[935]. Dans tous les autres cas, il s'agit d'un arrêté fédéral simple (art. 24, al. 3 LParl).

6.1.1.3. Aperçu de la procédure simplifiée : Conclusion par le Conseil fédéral seul

La conclusion des traités internationaux par le Conseil fédéral seul, c'est-à-dire sans l'approbation de l'Assemblée fédérale, fonde une importante exception au principe d'approbation des traités internationaux précité et constitue, en réalité, la majorité des cas en pratique[936]. En effet, le Conseil fédéral dispose d'une compétence constitutionnelle propre de conclure des traités internationaux et ainsi, d'engager de manière indépendante la Suisse sur le plan inter-

933 Selon l'art. 19 CVDT. EPINEY, BSK BV, art. 166 N 25 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 35 ; Guide en matière de traités, p. 25.

934 Le 6 décembre 2021, le Conseil national a rejeté un projet de révision de la Constitution visant à étendre le référendum obligatoire aux traités internationaux comportant des dispositions de rang constitutionnel ou dont la mise en œuvre exige une modification de la Constitution. Ce cas d'application du référendum obligatoire faisait déjà partie du droit constitutionnel non écrit selon une interprétation largement répandue. En 2018, SCHMID a considéré que la modification du référendum obligatoire n'était pas une solution adéquate au malaise général concernant l'entrelacement normatif entre le droit national suisse et le droit international. Message concernant le référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel (Modification de l'art. 140 de la Constitution) du 15 janvier 2020, FF 2020 1195 ; Conseil national, Pas de référendum obligatoire appliqué aux traités, Dépêche ATS du 6 décembre 2021 ; SCHMID, Procédure de consultation concernant l'avant-projet de référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel, Prise de position à destination du Service juridique et législatif du Canton de Vaud, pp. 3-4.

935 La présente thèse ne traite pas la question du référendum pour les instruments de droit souple, car elle se limite aux modes d'implication parlementaire (et non pas populaires) tels que définis dans l'introduction.

936 Message concernant la Loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux (Modification de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration et de la loi sur le Parlement) du 4 juillet 2012, FF 2012 6959, 6969 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 185.

national[937]. Plus précisément, l'art. 166, al. 2 Cst. *in fine* habilite le Conseil fédéral à conclure des traités internationaux sans l'approbation de l'Assemblée fédérale dans deux cas de figure : lorsque cela est prévu par une loi fédérale ou un traité international (clause de délégation, art. 7*a*, al. 1 LOGA) ou lorsque le traité international est de portée mineure (art. 7*a*, al. 2 LOGA). L'art. 166, al. 2 Cst. vise ainsi à trouver l'équilibre délicat entre la préoccupation de ne pas surcharger l'Assemblée fédérale avec des questions d'importance moindre et la légitimité démocratique nécessaire aux traités conclus par le Conseil fédéral seul. Cet objectif est atteint au moyen de l'exigence que la compétence propre du Conseil fédéral repose sur un traité ou une loi fédérale que l'Assemblée fédérale a, respectivement, déjà approuvé ou adoptée et de la précision de la notion de « traité international de portée mineure » dans une loi fédérale, à savoir la LOGA[938].

Concernant le premier cas de figure qui est le plus répandu[939], de nombreux traités internationaux[940] et lois spéciales[941] contiennent des clauses de délégation permettant au Conseil fédéral de conclure un traité seul. Celles-ci ne sont cependant pas sans limites : elles ne doivent pas octroyer des autorisations générales au Conseil fédéral de conclure des traités internationaux seul et nécessitent donc d'être suffisamment délimitées et précises[942]. Par ailleurs, la compétence de conclure des traités internationaux peut être déléguée par l'Assemblée fédérale non seulement au Conseil fédéral au sens de l'art. 7*a*, al. 1 LOGA, mais aussi aux unités administratives subordonnées.

Quant au deuxième cas de figure, à savoir la conclusion des traités internationaux de portée mineure par le Conseil fédéral seul, cette compétence découle d'une longue pratique du Conseil fédéral datant du XIX^{ème} siècle[943]. L'art. 166, al. 2 Cst. ne fondant la conclusion autonome de traités internationaux par le Conseil fédéral qu'« en vertu d'une loi ou d'un traité international », cette pratique a dû être codifiée au niveau de la loi, à l'art. 7*a*, al. 2 LOGA. Le

937 La procédure simplifiée de conclusion de traités internationaux n'est pas une spécificité suisse. Sur l'existence de procédures de conclusion de traités internationaux sans l'approbation de l'autorité législatives similaires, voir VERDIER et VERSTEEG, Separation of Power, pp. 125-129.

938 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 42.

939 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 43.

940 Par exemple, art. 25 de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement du Monténégro sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité (RS 0.360.573.1).

941 Par exemple, art. 100 de la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) du 16 décembre 2005 (RS 142.20).

942 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 31 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 42 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 186.

943 LAMMERS, Traités internationaux, p. 7.

législateur a lui-même énuméré de manière non-exhaustive les traités pouvant être qualifiés de portée mineure à l'al. 3 de l'art. 7*a* LOGA (définition positive, lit. a à c), puis a dressé une liste également exemplative des cas dans lesquels la portée mineure est exclue à son al. 4 (définition négative, lit. a à c). Cette disposition constitue une clause générale subsidiaire par rapport à l'al. 1, en ce sens qu'elle peut fonder la compétence autonome du Conseil fédéral lorsqu'une base légale spéciale n'existe pas[944]. Le Conseil fédéral peut, à son tour et à certaines conditions, déléguer sa compétence de conclure des traités de manière autonome à un département (art. 48*a*, al. 1, 1ère phrase LOGA)[945], à un groupement ou à un office en présence d'une base légale expresse ou d'un traité de portée mineure (art. 48*a*, al. 1, 2ème phrase LOGA)[946].

Il convient de rappeler que l'Assemblée fédérale maintient un « droit de regard » sur les traités conclus selon la procédure simplifiée, c'est-à-dire les traités qu'elle n'approuve pas[947]. En effet, en vertu de l'art. 48*a*, al. 2 LOGA, le Conseil fédéral soumet annuellement son rapport sur les traités internationaux conclus par lui-même, comme brièvement mentionné au chapitre 4 de la présente thèse[948]. Sur la base de ce rapport informatif, l'Assemblée fédérale peut, par voie de motion, exiger une approbation *a posteriori* d'un traité international conclu par le Conseil fédéral seul lorsqu'elle considère que la compétence de conclure ne lui incombait pas à lui seul[949]. Ce mécanisme permet ainsi de corriger les mauvaises mises en œuvre des compétences de l'Assemblée fédérale en matière de traités internationaux[950]. Hormis la transmission d'informations au moyen d'un rapport, cette demande d'approbation *a posteriori* rappelle fortement le cas de la soumission du Pacte mondial sur les migrations à l'Assemblée fédérale par le Conseil fédéral lorsqu'il en a été chargé par le biais de trois motions présentées en introduction de ce chapitre. Même en l'absence d'une application par analogie de l'art. 166, al. 2 Cst., cette similitude de manières de procéder souligne davantage le risque de création de précédent par le cas du Pacte mondial sur les migrations.

944 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 44 ; EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 44.

945 DFAE, Direction du droit international public et Office fédéral de la justice, La compétence des unités administratives pour conclure et dénoncer des instruments internationaux, Droit et pratique suisses, Communication du 14 juin 2006, JAAC 70.69 (2006 IV), consid. 2 : « Une norme générale et abstraite prévue dans une ordonnance ou une autorisation individuelle ou collective concrète sous la forme d'un arrêté du Conseil fédéral est nécessaire à cet effet ».

946 Guide en matière de traités, p. 26.

947 LAMMERS, Traités internationaux, p. 7.

948 Voir point 4.1.1.1.3

949 Guide en matière de traités, p. 28.

950 LAMMERS, Traités internationaux, p. 14.

Nous nous focalisons désormais davantage sur la notion de traité international de portée mineure (point 6.1.1.3.1) dans le cadre d'une comparaison avec le critère de l'importance tel qu'applicable aux droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure découlant de l'alinéa 1 de l'art. 166 Cst. Cette démarche nous permettra de déterminer quel droit souple serait soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale dans le cas hypothétique où l'exigence d'approbation de l'art. 166, al. 2 Cst. serait étendue à ce type d'instruments internationaux et donc quel droit souple ce mode d'implication parlementaire permettrait de légitimer.

6.1.1.3.1. Comparaison des seuils : traités de « portée mineure » et droit souple « important »

Après avoir déterminé qu'uniquement certains traités internationaux sont effectivement soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale, nous effectuons désormais une comparaison entre les notions juridiquement indéterminées de traités internationaux de « portée mineure » non soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale et le droit souple « important » déclenchant les obligations d'informer et de consulter les CPE au sens de l'art. 152 LParl. Le CPA confirme que, le critère de l'importance constitue le seuil déterminant à partir duquel le Conseil fédéral doit impliquer le Parlement en matière de politique extérieure de manière générale[951]. D'un côté, l'Assemblée fédérale n'approuve pas les traités internationaux *de portée mineure* (art. 7*a*, al. 2 LOGA). De l'autre côté, le Conseil fédéral est tenu de consulter les commissions parlementaires compétentes en matière de politique extérieure y compris sur les instruments de droit souple dès que ceux-ci atteignent un certain *degré d'importance* (art. 5*b* OLOGA). Dans la présente section, nous observons donc que ces deux seuils s'inscrivent dans la même approche de participation parlementaire en politique extérieure ce qui implique que les traités internationaux qui sont soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale au sens de l'art. 166, al. 2 Cst. doivent être qualifiés d'« orientations principales » au sens de l'art. 152, al. 3 LParl et que les instruments internationaux de droit souple de portée mineure ou n'atteignant pas le seuil d'importance ne seraient pas concernés par la situation hypothétique dans laquelle l'art. 166, al. 2 Cst. s'étendrait au droit souple.

Depuis 2015[952], les alinéas 3 et 4 de l'art. 7*a* LOGA tentent d'apporter des éclaircissements à la notion juridiquement indéterminée de « traités inter-

951 Rapport CPA, p. 2.

952 Les alinéas 3 et 4 ont été introduits par la modification de la LOGA du 26 septembre 2014, entrée en vigueur le 1er mai 2015. Même si les motions parlementaires 20.3354 et 10.3366 demandaient une liste de domaines concernées par les traités de portée mineure, le Conseil fédéral a maintenu l'idée d'une liste exemplative à cause de son

nationaux de portée mineure » en dressant deux listes non-exhaustives[953]. L'alinéa 3 énumère les traités pouvant être considérés comme étant de portée mineure, à savoir ceux qui « ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ni n'entraînent de renonciation à des droits existants » (lit. a), ceux qui « servent à l'exécution de traités antérieurs approuvés par l'Assemblée fédérale et se bornent à préciser des droits et des obligations ou des principes d'organisation qui sont déjà contenus dans le traité de base » (lit. b), ainsi que ceux qui « s'adressent aux autorités et règlent des questions administratives et techniques » (lit. c). La première catégorie concerne principalement les traités qui ne font que refléter le droit international coutumier[954] ou encore ceux qui ne font que préciser certains aspects d'ordre technique sans introduire de nouvelles obligations pour la Suisse, comme par exemple, les traités reprenant des développements de l'acquis de Schengen[955]. La catégorie figurant à la lettre b vise simplement les traités qui servent à l'exécution de traités antérieurs approuvés par l'Assemblée fédérale en précisant uniquement les droits, obligations ou principes d'organisation déjà contenus dans le traité de base, autrement appelés les « traités d'exécution »[956]. Il en découle que tout traité international contenant de nouveaux droits et obligations ne peut pas être qualifié de traité international de portée mineure au sens de l'art. 7*a* LOGA[957]. Enfin, la troisième catégorie indique que les traités ayant pour objectif unique de régler des aspects administratifs et techniques sans pour autant influencer la situation juridique des individus sont également considérés comme étant de portée mineure[958].

caractère général et subsidiaire. À ce propos, voir LAMMERS, Traités internationaux, pp. 7-8.

953 Message concernant la Loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux, p. 6968.

954 Commission des institutions politiques du Conseil national, Rapport sur l'initiative parlementaire Loi sur les rapports entre les Conseils, Adaptations à la nouvelle Constitution du 7 mai 1999, FF 1999 IV 4491.

955 Message concernant la Loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux, p. 6968 ; LAMMERS, Traités internationaux, p. 8.

956 Message concernant la Loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux, p. 6983.

957 LAMMERS, Traités internationaux, p. 9.

958 Message concernant la Loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux, p. 6984.

L'alinéa 4 de l'art. 7*a* LOGA donne une définition négative des « traités internationaux de portée mineure », c'est-à-dire qu'elle présente une série de situations dans lesquelles le traité ne peut en aucun cas être considéré comme étant de portée mineure. Cette disposition doit, selon le Conseil fédéral, être appréhendée comme une restriction aux alinéas 2 et 3[959]. Ainsi, n'est pas de portée mineure, le traité qui « remplit l'une des conditions fixées à l'art. 141, al. 1, lit. d, de la Cst. pour l'application du référendum facultatif en matière de traités internationaux » (lit. a), celui qui « contient des dispositions dont l'objet relève de la seule compétence des cantons » (lit. b) ou encore celui qui « entraîne une dépense unique de plus de 5 millions de francs, ou des dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs par an. » (lit. c). La première catégorie (lit. a) permet au législateur de créer un parallélisme entre la procédure législative interne et la procédure de conclusion de traités internationaux, en ce sens que le Conseil fédéral ne peut pas se fonder sur la compétence autonome de l'art. 7*a*, al. 2 LOGA pour conclure des traités d'une durée indéterminée et non dénonciables (art. 141, al. 1, lit. d, ch. 1, Cst.), ceux qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (art. 141, al. 1, lit. d, ch. 2, Cst.) ou encore ceux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre nécessite l'adoption d'une loi fédérale, à savoir les traités non directement applicables (art. 141, al. 1, lit. d, ch. 3, Cst.)[960]. Ainsi les traités répondant au critère d'importance de l'art. 164 Cst. duquel est issu l'art. 141, al. 1, lit. d, ch. 3, Cst. ne sont pas de portée mineure[961]. En outre, en raison de la non-exhaustivité de ces deux listes, il convient de tenir compte d'autres éléments juridiques et politiques lors de la qualification de « portée mineure » d'un traité international[962], y compris ceux utilisés dans l'appréciation du critère de l'importance de l'art. 164 Cst qui constitue le point de départ de l'appréciation de la notion d'importance spécifique à la législation internationale[963].

Nous rappelons que le critère de l'importance de l'art. 5*b* OLOGA, enclenchant l'obligation de consulter les CPE au sujet du droit souple international, s'inspire lui aussi du droit référendaire[964]. Plus généralement, le critère de

959 Ibid.

960 Ibid., p. 6985 ; LAMMERS, Traités internationaux, p. 10.

961 TORNAY SCHALLER, CR Cst., art. 141 N 58.

962 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 45.

963 Selon DIGGELMANN, l'art. 164, al. 1 Cst. constitue le point de départ de l'appréciation de la notion d'importance à l'art. 141, al. 1, lit. d, mais celle-ci doit également prendre en compte les particularités de la législation internationale. Il parle alors d'une notion d'importance spécifique, DIGGELMANN, « Standardabkommen-Praxis », p. 300.

964 Voir point 5.1.2.1.3.

l'importance tel que conçu en matière de législation nationale et internationale dite dure s'utilise donc également pour saisir l'importance du droit international souple aux art. 5*b* OLOGA et l'art. 152 LParl[965].

Au vu de ce qui précède, nous pouvons conclure que la notion de « traités internationaux de portée mineure » relative à l'art. 166, al. 2 Cst. et le critère de l'importance applicable au droit souple international déclenchant les obligations d'information et de consultation concrétisant l'art. 166, al. 1 Cst. s'inscrivent dans la même ligne de réflexion du législateur et découlent du principe selon lequel les dispositions importantes au niveau fédéral doivent être édictées par le législateur fédéral lui-même (art. 164 Cst.). Celles qui sont d'importance moindre peuvent, quant à elles, relever de la compétence seule du Conseil fédéral. À notre avis, les seuils ne sont pas fixés différemment aux deux alinéas de l'art. 166 Cst., leur différence réside dans l'objet qu'ils concernent : tandis que les dispositions précisant l'alinéa 1er s'appliquent à toute orientation de politique extérieure importante, l'alinéa 2 ne se limite qu'aux traités internationaux importants. De plus, les deux notions sont davantage illustrées par des listes additionnelles non-exhaustives.

Ainsi, cette analyse nous permet de souligner deux points. En premier lieu, les traités internationaux ne pouvant pas être conclus par le Conseil fédéral seul et nécessitant l'approbation de l'Assemblée fédérale doivent être qualifiés d'« orientations principales » au sens de l'art. 152, al. 3 LParl et soumis à consultation des CPE[966]. En second lieu, seule une partie du droit souple serait concernée par la situation hypothétique dans laquelle l'art. 166, al. 2 Cst. s'étendrait à celui-ci ; les instruments internationaux de droit souple de portée mineure ou n'atteignant pas le seuil d'importance continueraient de relever de la seule compétence du Conseil fédéral.

Si nous reprenons l'exemple du Pacte mondial sur les migrations, il découle de l'analyse précédente que même si celui-ci atteignait le seuil du critère d'importance au vu de sa « sensibilité politique » comme argumenté par les commissions parlementaires, en l'état actuel du cadre légal, il ne devait pas être soumis pour approbation de l'Assemblée fédérale en raison de sa forme. Cet instrument pouvait répondre à la définition d'« orientations principales » de politique extérieure au sens de l'art. 152 LParl, mais non pas de « traité international » au sens de l'art. 166, al. 2 Cst. En l'état actuel du partage des compétences, l'approbation par l'Assemblée fédérale du Pacte mondial sur les migrations constituait un empiètement clair sur les compétences du Conseil fédéral. Afin qu'une telle démarche corresponde au droit, une modification

965 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 107, 114.

966 Ibid., pp. 109-110 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 233 ; EPINEY, BSK BV, art. 166 N 32.

constitutionnelle devrait être apportée. De plus, nous rappelons les développements du chapitre 4 selon lesquels les motions parlementaires ne peuvent pas modifier les compétences constitutionnelles en faveur du Parlement[967]. Par conséquent, au vu de la prononciation récente de l'Assemblée fédérale sur l'approbation du Pacte[968], le risque de revendications de l'extension des droits de l'Assemblée fédérale de l'art. 166, al. 2 Cst. à d'autres instruments de droit souple portant, notamment sur des sujets « politiquement sensibles », ne peut être exclu, malgré l'insistance du Conseil fédéral que ce cas ne devrait pas constituer un précédent[969]. Ce propos est démontré par les demandes d'approbation de l'initiative *European Sky Shield* et des instruments de l'OMS susmentionnées qui ont déjà émané des membres de l'Assemblée fédérale[970]. Dans la suite du présent chapitre, nous examinons si et quand une telle modification du cadre légal permettrait véritablement à l'Assemblée fédérale d'apporter de la légitimité aux instruments internationaux de droit souple.

6.1.2. L'apport de légitimité par l'approbation par l'Assemblée fédérale durant et après la création des instruments internationaux de droit souple

Dans la situation hypothétique où l'approbation par l'Assemblée fédérale telle que conçue à l'art. 166, al. 2 Cst. s'appliquerait aux instruments internationaux de droit souple, celle-ci, que ce soit sous forme de procédure ordinaire ou simplifiée, se verrait accorder un score d'apport de légitimité de **deux points et demi sur cinq**. Tout d'abord, elle obtiendrait un point entier pour le critère du consentement, en raison du fait que la procédure d'approbation telle que prévue en droit suisse pour les traités internationaux permettrait à l'Assemblée fédérale de donner explicitement son consentement à être liée par l'instrument de droit souple. De plus, l'approbation obtiendrait également un point entier pour le critère du façonnement et un demi-point pour celui de la politisation, que nous considérons partiellement rempli. En ce qui concerne le critère du façonnement, le point serait accordé notamment grâce à l'effet dissuasif que le risque d'un refus d'approbation parlementaire peut avoir sur le comportement du Conseil fédéral lors de la création de l'instrument et ses répercussions sur le texte même. Quant au critère de la politisation, que nous ne considérons pas entièrement exploré en présence d'une approbation, cette

967 Voir point 4.2.2.1.

968 Arrêté fédéral concernant le Pacte mondial sur les migrations.

969 Comme proposé par voir HANGARTNER et al., Demokratische Rechte, p. 429.

970 Voir points 6.1 et 4.2.2.1.

dernière obtiendrait tout de même un demi-point, car le débat politique parmi les membres du Parlement serait rendu possible durant les délibérations précédant le vote final sur l'instrument. Néanmoins, nous parlons d'« une politisation avec effet limité » due à l'impossibilité des débats à influencer autrement le texte qu'en le refusant dans son entièreté (ou en obligeant le Conseil fédéral de formuler des réserves en matière de traités). En revanche, l'approbation ne permettrait pas de remplir les critères de la représentation et de la surveillance de manière suffisante puisque, d'un côté, elle ne permet au Parlement de jouir de son rôle de représentant démocratique qu'au niveau national et de l'autre, elle constitue plutôt une sanction qu'une surveillance de l'activité gouvernementale internationale. Des points ne peuvent donc pas être concédés pour ces deux critères.

Ainsi, l'introduction de l'approbation parlementaire pour les instruments internationaux de droit souple permettrait de contribuer à la légitimité dudit instrument en habilitant l'Assemblée fédérale à en politiser partiellement et à donner son consentement après la création de l'instrument, mais aussi à jouer un rôle indirect dans son façonnement durant la création. Nous cherchons désormais à démontrer ces résultats, en analysant, tout d'abord, comment l'approbation par l'Assemblée fédérale répond ou ne répond pas aux différents critères de création de légitimité (point 6.2), puis en développant les raisons pour lesquelles ce mode d'implication parlementaire ne s'avère pertinent que durant et après la création de l'instrument international de droit souple (point 6.3).

6.2. L'évaluation de l'approbation par l'Assemblée fédérale selon son apport de légitimité

Bien que l'acte d'approbation parlementaire, à savoir le pouvoir d'accepter ou rejeter définitivement un instrument international en donnant son assentiment puisse paraître comme l'apogée de l'exercice da la légitimité démocratique[971], l'analyse multicritère, que nous réalisons dans ce deuxième sous-chapitre et qui est présentée sous forme de tableau ci-dessous (Figure 10), nous permet d'affirmer que ce mode d'implication parlementaire ne remplit entièrement que le critère du consentement et partiellement les critères du façonnement et de la politisation. Plus concrètement, celui-ci permettrait à l'Assemblée fédérale de légitimer un instrument de droit souple en y donnant son

971 NORTON, Parliament, p. 7.

assentiment, en façonnant de manière indirecte son contenu et en attestant dans une certaine mesure d'un débat d'opinions divergentes en son sein.

Nous nous devons d'apporter une remarque préliminaire avant de passer à l'examen de chaque critère de création de légitimité. Dans notre évaluation selon les critères de création de légitimité, nous ne séparons pas strictement l'analyse de la procédure dite ordinaire de l'analyse de la procédure dite simplifiée présentées en introduction du présent chapitre. En effet, comme mentionné précédemment, l'Assemblée fédérale garde la possibilité d'exiger une approbation *a posteriori* même lorsque le traité est conclu selon la procédure simplifiée si elle considère que la compétence de conclure lui revenait[972]. La différence entre les deux procédures porte donc principalement sur le moment auquel l'approbation intervient (immédiatement après la création de l'instrument ou plus tard) et sur l'organe responsable pour l'enclencher (obligation du Conseil fédéral dans le cadre de la procédure ordinaire et possibilité de l'Assemblée fédérale dans le cadre de la procédure simplifiée). Par conséquent, les mêmes résultats doivent, en principe, être retenus pour les deux volets de l'approbation au sens de l'art. 166, al. 2 Cst. Cependant, si nous envisageons la situation fréquente dans laquelle le Conseil fédéral conclut un traité international et l'Assemblée fédérale ne demande pas l'approbation *a posteriori,* une différence d'apport de légitimité serait observée au niveau du critère de la politisation, comme indiqué sur la Figure 10. Plus précisément, le critère du façonnement serait rempli en raison de la simple possibilité de l'Assemblée fédérale de demander l'approbation qui dégagerait toujours un pouvoir dissuasif sur le comportement du Conseil fédéral. Il en va de même pour le critère du consentement ; l'Assemblée fédérale acquiescerait tacitement à l'instrument en prenant connaissance du rapport annuel des traités. En revanche, aucune politisation au sujet de l'instrument n'aurait lieu dans ce cas de figure.

Figure 10. Satisfaction des critères de création de légitimité par l'approbation d'un instrument international de droit souple par l'Assemblée fédérale.

	Critères de création de légitimité				
Approbation par l'Assemblée fédérale	Façonnement	Consentement	Politisation	Représentation	Surveillance
Procédure ordinaire	✓	✓	✓		
Procédure simplifiée	✓	✓			
Score d'apport de légitimité	*1 point*	*1 point*	*0.5 point*	*0 point*	*0 point*

972 Guide en matière de traités, p. 28.

6.2.1. Le façonnement indirect de l'instrument international de droit souple par l'approbation par l'Assemblée fédérale

Le critère du façonnement est rempli, car l'approbation des instruments de droit souple permettrait le façonnement indirect de ceux-ci. L'acte d'approuver un instrument de droit souple ne permettrait pas, à lui seul, à l'Assemblée fédérale d'exprimer ses souhaits et de façonner son contenu, mais pourrait déployer un impact potentiel sur celui-ci. En approuvant un instrument, l'Assemblée fédérale interviendrait au moment où l'instrument est déjà créé et son contenu déterminé. De plus, elle ne disposerait que d'un choix extrêmement limité, soit d'accepter, soit de refuser l'instrument sans possibilité de modifier son contenu avant la prise de cette décision binaire. En effet, ce choix limité entre l'acceptation et le refus d'un projet déjà négocié et signé par l'exécutif ne laisse pas de place pour façonner son contenu[973]. L'approbation ne permettrait pas véritablement au Parlement de participer à l'élaboration de l'instrument et ne contribuerait pas ainsi à combler le manque d'influence directe du Parlement sur la réglementation internationale[974].

Cependant, le critère du façonnement tel que conçu dans le deuxième chapitre de la présente thèse comprend également le pouvoir dissuasif dont l'Assemblée fédérale peut faire preuve, poussant ainsi le Conseil fédéral à adopter son comportement vis-à-vis d'un instrument[975]. De plus, il peut également être question d'un « effet anticipé » non seulement de nature dissuasive, mais également de nature encourageante pour le Conseil fédéral lorsque ce dernier anticipe que l'Assemblée fédérale soutiendrait sa démarche. Ainsi, lorsque le Conseil fédéral a conscience du fait que le Parlement a le dernier mot pour approuver ou refuser le projet, il risquerait d'adapter son comportement lors des négociations afin d'arriver à un résultat jugé a priori acceptable pour l'Assemblée fédérale. Dès lors, nous pouvons considérer que l'approbation pourrait permettre à l'Assemblée d'influencer indirectement le contenu et le résultat d'un instrument de droit souple en exerçant un pouvoir dissuasif sur le Conseil fédéral qui ne souhaiterait pas voir les négociations qu'il a

973 ZEHNDER, Tätigkeit, p. 25.

974 À ce propos, SCHARPF a considéré, en 1998, que cette critique n'avait pas lieu d'être en ce qui concerne les accords internationaux contraignants. Selon lui, le résultat d'une négociation (en l'occurrence, contraignant) n'avait pas besoin davantage de légitimation si la participation de tous les intérêts concernés est effective, avec une possibilité de veto (et les accords finalement obtenus déploient la force obligatoire), SCHARPF, *Demokratie in der transnationalen Politik* in Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie (Francfort-sur-le-Main, New York : 1998), p. 159.

975 Voir point 2.2.2.3.1.

conduites échouer par suite d'un refus catégorique du Parlement. Ce critère serait indirectement satisfait autant dans la procédure ordinaire que dans la procédure simplifiée. Dans le cas de cette dernière, la simple possibilité pour l'Assemblée fédérale de demander l'approbation une fois qu'elle aurait pris connaissance d'un instrument au moyen d'un rapport annuel, comme celui qui existe en matière de traités, pèse sur le comportement international du Conseil fédéral.

Comme nous le verrons dans l'évaluation temporelle (point 6.3), même si l'acte d'approbation intervient une fois le traité ou, dans le cas hypothétique, l'instrument international de droit souple, créé, il déploie des effets sur ce dernier également durant sa création en le façonnant indirectement.

6.2.1.1. Absence de contribution au façonnement au moyen de réserves et d'« enrichissements » dans l'arrêté d'approbation

La possibilité pour l'Assemblée fédérale d'émettre des réserves ne lui permet pas de contribuer au façonnement de l'instrument sur lequel porte l'approbation. En ce qui concerne les traités internationaux, l'approbation doit porter sur l'entièreté du traité et être sans conditions[976]. Dans la mesure où des réserves sont autorisées par le traité lui-même et par les règles générales du droit international (art. 19 CVDT), l'Assemblée fédérale peut approuver un traité à condition qu'une réserve soit émise lors de la ratification[977]. Au moyen de la réserve, une partie peut « [...] exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à son égard » (art. 2, al. 1, lit. d CVDT). Cependant, le fait que l'Assemblée fédérale puisse faire dépendre son approbation de l'émission d'une réserve n'influence en rien l'absence de possibilité de façonner le contenu du traité ; la réserve permet d'exclure ou de modifier les effets juridiques de l'instrument en question mais, pas d'exercer une influence sur l'instrument lui-même. En outre, dans la situation hypothétique où le régime d'approbation serait repris tel quel pour les instruments de droit souple, une réserve serait impossible, car ceux-ci ne déploient pas d'effets juridiques contraignants.

L'Assemblée fédérale ne façonnerait pas non plus l'instrument approuvé, que celui-ci soit un traité ou éventuellement du droit souple, en incluant des « enrichissements » dans l'arrêté d'approbation. Par « enrichissements », nous

976 Selon l'art. 19 CVDT. EPINEY, BSK BV, art. 166 N 25 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 35 ; Guide en matière de traités, p. 25.

977 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 25 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 35 ; Guide en matière de traités, p. 26.

entendons d'autres éléments que l'approbation proprement dite, tels que des modalités d'application ou d'interprétation du traité. De telles modifications constitutionnelles ou législatives sont possibles pour les arrêtés portant approbation d'un traité international soumis au référendum obligatoire ou facultatif en vertu de l'art. 141a Cst. La question de savoir si l'Assemblée fédérale peut les intégrer dans un arrêté simple est, quant à elle, plus controversée[978]. Dans tous les cas, comme pour les réserves, l'ajout de tels éléments ne façonnerait en rien l'instrument lui-même. Il déploierait principalement un effet sur sa mise en œuvre en Suisse, mais pourrait aussi éventuellement contribuer à la formation de la coutume du point de vue de la pratique étatique.

6.2.2. Le consentement à l'instrument international de droit souple au moyen de l'approbation par l'Assemblée fédérale

L'acte d'approbation, tel que conçu par le droit suisse pour les traités internationaux, appliqué au droit souple, répondrait entièrement au critère du consentement de la présente évaluation. L'approbation se définit comme l'expression d'un consentement explicite à travers un acte de droit national rendu dans le cadre de la procédure de décision interne qui intervient entre le moment de la signature et la ratification du traité par le Conseil fédéral[979]. L'opinion majoritaire s'accorde sur le fait que l'approbation n'est pas un mandat, mais une simple autorisation de ratification, en ce sens que son effet n'est pas une obligation à la charge du Conseil fédéral[980]. Lorsque l'Assemblée fédérale approuve un traité, il appartient ensuite au Conseil fédéral, en vertu de l'art. 184, al. 2 Cst., de ratifier ou non par la suite ledit traité, tout en motivant son choix[981]. Une renonciation du Conseil fédéral de poursuivre avec la ratification d'un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale est cependant réservée à des situations très exceptionnelles. À ce propos, SCHMID parle d'une renonciation possible notamment « en cas d'évolution majeure de la situation factuelle »[982] et EPINEY considère que des exceptions « en cas de

978 À ce propos, voir EPINEY, BSK BV, art. 166 N 26 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 36. Pour une réflexion différenciée, voir BIAGGINI, BV Kommentar, art. 166 N 11

979 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 32 ; EHRENZELLER, Aussenpolitik, pp. 456 ss.

980 Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, p. 400 ; AUBERT, PC, art. 166 N 14 ; BAUMANN, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, des Vereinigten Königreichs, der Vereinigten Staaten von Amerika, Schwedens und der Schweiz* (Université de Zurich, 2002), p. 371 ; BIAGGINI, BV Kommentar, art. 166 N 8 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 183 ; WILDHABER, Kompetenzordnung, p. 139.

981 EHRENZELLER, Aussenpolitik, p. 476.

982 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 37.

changement substantiel de circonstances sont envisageables »[983]. De plus, le Tribunal fédéral a confirmé que l'Assemblée fédérale ne peut pas obliger le Conseil fédéral à ratifier (ou à ne pas ratifier) un traité par voie de motion, de postulat ou d'initiative même lorsque l'arrêté d'approbation a été valablement adopté, dû à la nature purement habilitante de ce dernier et aux limites des effets de ces instruments[984]. Ainsi, en cas d'une application analogue de ce régime au droit souple, l'Assemblée fédérale bénéficierait d'un droit de veto et pourrait donner son assentiment au résultat de la procédure internationale de l'élaboration de l'instrument (*outcome approval*) en posant, figurativement parlant, un sceau d'approbation, sachant que le Conseil fédéral ne pourrait s'en écarter que dans des cas de figures très restreints. Il va donc de soi que ce critère de création de légitimité, largement répandu en ce qui concerne les traités internationaux, serait rempli si le même régime était appliqué aux instruments internationaux de droit souple.

Cependant, l'approbation d'un instrument international de droit souple ne satisfait pas toute nécessité de légitimité démocratique. TOMUSCHAT soulève le fait que le Parlement approuve uniquement une version actuelle du projet, mais qu'il accepte les yeux fermés toutes ses versions futures, que l'approbation parlementaire risque de disparaître dans les « brumes du passé » et que la légitimité démocratique ne doit pas seulement être constatée par rapport au passé, mais doit être renouvelée en permanence dans les processus actuels[985]. Cette problématique est quelque peu abordée par l'ordre juridique suisse en ce qui concerne les traités internationaux et le serait également en cas d'une transposition du régime aux instruments internationaux de droit souple. Plus précisément, en vertu du principe de l'acte contraire, les compétences sont parallèles en matière de conclusion et de modification ou de dénonciation des traités internationaux afin que ces derniers bénéficient d'une légitimité démocratique suffisante[986]. La situation juridique a été davantage clarifiée avec l'introduction de la nouvelle Loi fédérale sur les compétences en matière de conclusion, de modification et de dénonciation des traités internationaux en 2019 qui formule expressément que les critères constitutionnels pertinents pour la conclusion s'appliquent par analogie à la modification et à la dénonciation des traités internationaux, excepté les cas

983 « Vertretbare Gründe », EPINEY, BSK BV, art. 166 N 28.

984 ATF 139 V 263, consid. 7.2 ; LANZ, Bundesversammlung, p. 184.

985 TOMUSCHAT, Möglichkeiten und Grenzen der Globalisierung, pp. 47-48.

986 Commission des institutions politiques du Conseil des États, Rapport sur l'initiative parlementaire Dénonciation et modification des traités internationaux du 14 mai 2018, Répartition des compétences, FF 2018 3599.

d'urgence[987]. Les adhérents de l'extension de l'approbation parlementaire aux instruments internationaux de droit souple, desquels nous ne faisons pas partie[988], devraient donc également réfléchir à la transposition du régime relatif à la modification et à la dénonciation afin d'exploiter au mieux l'apport de légitimité que ce mode d'implication parlementaire pourrait habiliter.

Ce critère serait rempli de la même manière en présence de la procédure ordinaire et de la procédure simplifiée. Dans le cas d'application de la procédure simplifiée où l'Assemblée fédérale n'exigerait pas l'approbation *a posteriori* après avoir été informée de la conclusion de l'instrument par le Conseil fédéral, elle y consentirait tacitement. Même si le fait de ne pas demander de se prononcer ultérieurement peut être la conséquence d'une nécessité de priorisation d'un Parlement surchargé, il constitue, à notre avis, un acquiescement implicite à l'instrument, qu'il s'agisse d'un traité ou d'un instrument de droit souple. Bien que cette approbation *a posteriori* ne soit quasiment jamais demandée en pratique en matière de traités et que le fait de se prononcer expressément par un « oui » ou par un « non » pourrait, à première vue, paraître conférer un degré de légitimité supérieur, le choix de se prononcer réside toujours entre les mains de l'Assemblée fédérale. La simple possibilité de demander d'approuver un instrument suffit donc pour remplir ce critère.

6.2.3. La politisation de l'instrument international de droit souple international au moyen de l'approbation par l'Assemblée fédérale

L'approbation des instruments internationaux de droit souple ne permettrait à l'Assemblée fédérale qu'« une politisation avec effet limité » à leur sujet. Ce critère ne serait dès lors que partiellement rempli et contribuerait d'un demi-point au score de création de légitimité de ce mode d'implication parlementaire.

L'approbation permet à l'Assemblée fédérale de manifester un comportement actif, mais celui-ci est limité à un choix binaire. Dans son message accompagnant le projet d'arrêté fédéral concernant le Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, le Conseil fédéral a estimé répondre à la demande du Parlement souhaitant « pouvoir mener un débat approfondi au sujet du [Pacte mondial sur les migrations], ainsi que sur ses répercussions pour la Suisse »[989]. En matière de traités internationaux, la décision d'approbation est prise par l'Assemblée fédérale suivant des débats dans les deux chambres. Si les deux

987 RO 2019 3119. Pour plus de développements à ce propos, voir PROTIC, OK Cst., art. 166 N 42 ss. Pour les cas d'urgence, voir SCHMID, art. 184 Cst. N 28.

988 Voir point 9.2.1.4.

989 Message relatif au Pacte mondial des Nations Unies sur les migrations, p. 359.

chambres se prononcent de manière divergente, le second refus manifesté par l'une est « réputé définitif », car le désaccord se rapporte à un objet dans son entier[990] et le traité ne peut donc pas être approuvé[991]. Ainsi, les traités internationaux nécessitant l'approbation de l'Assemblée fédérale sont soumis à des délibérations parlementaires. Cependant, même si les parlementaires peuvent techniquement débattre de tout l'instrument qui leur est présenté, que ce soit un traité international ou, si nous imaginons un instrument de droit souple, leur marge de manœuvre reste, comme susmentionnée, principalement limitée à accepter ou à refuser cet instrument dans son entièreté[992]. Contrairement à une loi, les différentes dispositions du traité ou d'un instrument de droit souple ne peuvent pas être modifiées par l'Assemblée fédérale et ne peuvent donc pas faire l'objet de propositions d'amendement[993]. L'opposition parlementaire peut donc essentiellement porter sur ce choix binaire (approuver l'instrument ou s'opposer à cette approbation), certes motivée par certains aspects du texte, mais moins sur le texte lui-même. L'impact de ce débat qui aurait autrement le potentiel de refléter les conflits politiques et sociétaux au sujet dudit instrument et de permettre ainsi de politiser l'élaboration du droit international se voit donc, à notre avis, fortement restreint[994]. En d'autres termes, l'aspect de l'alternativité du critère de la politisation ne serait pas rempli[995]. Nous pouvons alors déduire que l'introduction de l'approbation pour les instruments internationaux de droit souple permettrait « une politisation avec effet limité » à leur sujet.

En somme, même si le débat d'opinions divergentes peut avoir lieu au sein du Parlement lorsque le Conseil fédéral lui soumet un projet d'arrêté fédéral, comme il l'a fait pour le Pacte mondial sur les migrations, l'élément d'alternativité ne serait pas rempli. Cette manifestation d'opinions divergentes au sein de l'Assemblée fédérale ne pourrait conduire à aucune formulation d'alternatives substantielles[996] et ce, pour deux raisons : le choix limité de l'Assemblée fédérale à approuver ou à ne pas approuver et l'intervention de cette approbation

990 On parle à ce propos de « procédure simplifié » d'élimination des divergences, Assemblée fédérale, Lexique du Parlement, Traité international, Procédure ; Assemblée fédérale, Procédure applicable aux projets d'actes ; BIAGGINI, BV Kommentar, art. 166 N 11.

991 Si l'approbation du traité en question doit être édictée sous forme d'un arrêté fédéral, celui-ci est soumis à un vote final (art. 81, al. 1 LParl), alors qu'aucun vote final n'est nécessaire pour les arrêtés fédéraux simples, Assemblée fédérale, Procédure applicable aux projets d'actes.

992 ZEHNDER, Tätigkeit, p. 25

993 BIAGGINI, BV Kommentar, art. 166 N 11.

994 LEY, Opposition in International Law, p. 720.

995 Voir point 2.2.2.3.3.

996 LEY, Opposition im Völkerrecht, pp. 194-198.

après la création définitive du contenu de l'instrument. Toutefois, il est évident qu'aucun débat d'opinions divergentes n'aurait lieu dans la situation où l'Assemblée fédérale, informée de la conclusion d'un instrument par le Conseil fédéral seul, au moyen d'un rapport annuel par exemple, ne demanderait de l'approuver *a posteriori*. Par conséquent, la politisation « avec effet limité » au sujet d'instrument international de droit souple n'interviendrait que dans le cadre de la procédure ordinaire ou de la procédure simplifiée lorsque l'Assemblée fédérale demande une approbation ultérieure.

6.2.4. L'absence de représentation par le biais de l'approbation par l'Assemblée fédérale

Compte tenu du fait que l'approbation, comme nous le verrons dans l'évaluation temporelle au point 6.3, interviendrait après la création de l'instrument, elle ne faciliterait pas une participation de l'Assemblée fédérale dans le forum international où l'instrument est élaboré[997]. Au contraire, les parlementaires se limiteraient à réceptionner ou non, parfois fort difficilement au vu d'importantes conséquences politiques, le résultat d'un processus international auquel ils n'auraient guère pris part.

L'approbation ne correspond pas non plus à notre conception d'une représentation indirecte sur la scène internationale. Contrairement à la consultation, l'approbation ne permettrait pas à l'Assemblée fédérale de diriger le comportement du Conseil fédéral relatif à un instrument international de droit souple. Comme analysé précédemment au point 6.2.2, si le régime d'approbation tel qu'existant pour les traités était repris pour les instruments internationaux de droit souple, le Conseil fédéral resterait libre, certes dans des situations exceptionnelles, de ne pas poursuivre avec la finalisation de l'adhésion suisse à l'instrument même en présence d'une approbation par l'Assemblée fédérale[998]. De plus, avec l'approbation ou le refus de l'instrument, l'Assemblée fédérale dirigerait uniquement un seul acte du Conseil fédéral sur la scène internationale et non pas ses actions en lien avec le contenu de l'instrument. En revanche, le Parlement exercerait son rôle de représentant démocratique au niveau national en donnant ou en refusant son assentiment à un instrument international. Nous pouvons donc en conclure que l'approbation des instruments internationaux de droit souple ne permettrait pas à l'Assemblée fédérale d'agir en tant que représentante démocratique dans

997 MALANG, National Parliamentarians, p. 20.

998 EHRENZELLER, Aussenpolitik, p. 476 ; EPINEY, BSK BV, art. 166 N 28 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 37.

l'environnement international, mais de maintenir ce rôle en Suisse et de réduire sa distance de l'exécutif qui participe plus directement aux processus internationaux.

6.2.5. L'absence de surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple au moyen de l'approbation par l'Assemblée fédérale

L'approbation d'un instrument de droit souple ne permettrait pas à l'Assemblée fédérale de surveiller l'action du Conseil fédéral dans le cadre de l'élaboration dudit instrument. La surveillance de la manière dont le Conseil fédéral gère les affaires étrangères, y compris les instruments internationaux de droit souple, fait objet de l'alinéa 1er de l'art. 166 Cst. et non pas de son alinéa 2[999].

Le mécanisme d'approbation de l'art. 166, al. 2 Cst. n'incarne pas le rôle de contrôleur de l'Assemblée fédérale. En disposant uniquement du résultat final d'un processus international qu'il suffit d'accepter ou de rejeter, le Parlement n'est pas en mesure de surveiller le comportement antérieur du Conseil fédéral dans ce processus. Le fait de soumettre un instrument international à l'approbation de l'Assemblée fédérale ne permettrait pas d'apporter de nouveaux éléments d'information au sujet de l'instrument et des activités du Conseil fédéral autres que ceux déjà fournis par les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure ou encore par les outils d'information généraux. Cela est dû au fait que les instruments soumis à l'approbation atteignent forcément le seuil déclenchant les obligations d'information et de consultation de l'art. 152 LParl[1000]. L'approbation peut donc être plutôt perçue comme une sanction lorsque les activités internationales du Conseil fédéral vont à l'encontre de l'opinion parlementaire majoritaire. Pour préciser, le Conseil fédéral est placé sous la menace d'une « épée de Damoclès » tout au long de la création de l'instrument lorsqu'il sait que tout effort de négociation peut échouer si l'Assemblée fédérale n'approuve pas l'instrument. À notre avis, l'approbation ou l'absence de celle-ci devrait donc être conceptualisée plutôt comme un pouvoir de sanction du comportement du Conseil fédéral dans les fora internationaux, plutôt qu'une surveillance de ce dernier.

Un aspect de la procédure simplifiée de conclusion des traités internationaux remplit le critère de la surveillance. En effet, le rapport annuel des traités internationaux conclus par le Conseil fédéral seul permet à l'Assemblée

999 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 22 ; EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 32.

1000 Voir point 5.1.2.1.3. LANZ, Bundesversammlung, p. 233 ; PROTIC, OK Cst., art. 166, N 38 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 42.

fédérale de vérifier la pratique du Conseil fédéral et de la corriger[1001]. Il ferait de même s'il était transposé aux instruments internationaux de droit souple. Cependant, ce rapport a été évalué dans le cadre des outils d'information généraux au chapitre 4 de la présente thèse[1002], car il ne fait pas partie du geste d'approbation, mais constitue une solution alternative à celui-ci et dans certains cas, son étape préalable. Ainsi, ce résultat n'entre pas dans l'évaluation de l'apport de légitimité par l'acte d'approbation lui-même.

6.3. L'évaluation de l'approbation par l'Assemblée fédérale selon le moment de l'implication : durant et après la création de l'instrument international de droit souple

L'approbation permettrait l'implication parlementaire principalement après la création de l'instrument de droit souple soumis à approbation mais également durant celle-ci en influençant le comportement du Conseil fédéral dans le forum international. Concernant les traités internationaux, l'approbation par l'Assemblée fédérale, autant dans le cadre de la procédure ordinaire que simplifiée, intervient sur un traité négocié, dont le texte définitif a été adopté. De plus, l'Assemblée fédérale doit pouvoir se prononcer sur le texte entier[1003]. Ainsi, on parle du Parlement en tant qu'instance d'approbation *a posteriori* qui joue un rôle dans la décision finale uniquement[1004]. En ce qui concerne une éventuelle approbation par l'Assemblée fédérale d'un instrument de droit souple, celle-ci devrait se produire à la même phase temporelle que dans le cadre des traités, à savoir après la création de l'instrument. Malgré le fait que des procédures uniformes de négociation, d'adoption et de signature n'existent pas pour tous les instruments internationaux non-contraignants, l'Assemblée fédérale doit pouvoir connaître le contenu complet et définitif d'un acte afin de pouvoir se prononcer de manière binaire à son sujet, c'est-à-dire décider si elle l'approuve ou non. Ainsi, le contenu dudit instrument de droit souple doit être créé et déterminé préalablement à l'utilisation de ce mode d'implication parlementaire. Néanmoins, comme nous l'avons vu dans l'examen du critère du façonnement, l'approbation déploie également des

1001 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 46.

1002 Voir point 4.1.1.1.2.

1003 EPINEY, BSK BV, art. 166 N 25 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 35 ; Guide en matière de traités, p. 25.

1004 ZEHNDER, Tätigkeit, p. 27 ; FLEURY et al., *L'Assemblée fédérale et la conduite de la politique étrangère de la Suisse de 1848 à nos jours*, p. 15.

effets sur le comportement du Conseil fédéral avant qu'elle n'intervienne, c'est-à-dire durant la création de l'instrument (façonnement indirect)[1005]. En prévision de l'approbation par l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral adapte son comportement afin d'éviter un échec de ces efforts de négociation, c'est-à-dire un refus parlementaire de l'instrument qu'il aurait négocié.

Or, il ne faudrait pas omettre le fait que pour les traités internationaux importants, l'implication parlementaire ne se limite pas uniquement au droit d'approbation, mais l'Assemblée fédérale bénéficie également des droits d'information et de consultation de l'art. 152 LParl. Cette combinaison des droits d'information et de consultation d'une part, et de l'approbation d'autre part, permet à l'Assemblée fédérale de participer tout au long du processus de création du traité et ferait de même pour les instruments internationaux de droit souple ; l'Assemblée fédérale se verrait impliquée avant et durant sa création au moyen des droits d'information et de consultation, puis *a posteriori* avec l'approbation. À ce propos, EHRENZELLER parle d'un droit constitutionnel de l'Assemblée fédérale au *advice and consent* en matière de traités internationaux[1006]. Envisager une implication parlementaire uniquement après l'élaboration de l'instrument de droit souple consistant en un simple choix binaire, tel que conçu par l'approbation en droit suisse, serait particulièrement restreint en termes de création de légitimité, comme nous venons de l'observer au point 6.2. En effet, comme soulevé par PETRIG, si l'implication parlementaire n'a pas lieu plus tôt dans le processus, mais se résume uniquement à une acceptation ou à un refus survenant après la création de l'instrument, un véritable choix peut disparaître dans les cas où la non-approbation conduirait à de graves conséquences politiques[1007]. De plus, l'apport de légitimité à un instrument par l'implication parlementaire après sa création est modeste si l'Assemblée fédérale peut déjà suffisamment participer avant et durant sa création. Ce constat ressortira très clairement de la comparaison des résultats de l'évaluation de l'approbation parlementaire avec ceux de l'évaluation des droits de participation parlementaire spécifique à la politique extérieure que nous effectuons dans la conclusion[1008].

En outre, même si les motions chargeant le Conseil fédéral de soumettre le Pacte mondial sur les migrations à l'approbation de l'Assemblée fédérale ne le mentionnent pas expressément, il nous semble qu'une consultation imprécise et insuffisante des CPE à son sujet constitue l'une des causes à l'origine

1005 Voir point 6.2.1.

1006 EHRENZELLER, Aussenpolitik, p. 531 ; voir point 9.2.1.1.

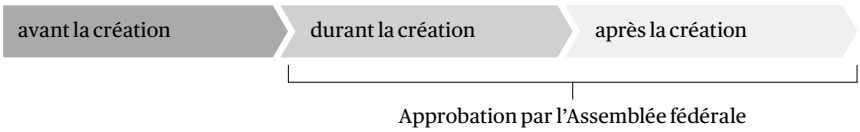
1007 PETRIG, Mitwirkung, p. 518.

1008 Voir point 9.1.3.

des réactions parlementaires demandant l'approbation[1009]. Comme susmentionné, la consultation du Pacte mondial sur les migrations s'est déroulée dans le cadre de trois consultations globales sur les priorités de la Suisse en vue des sessions de l'Assemblée générale de l'ONU et non pas précisément sur le Pacte lui-même[1010]. Ainsi, la question de l'approbation des instruments internationaux de droit souple ne se serait peut-être même pas posée si une application plus scrupuleuse du cadre législatif en vigueur avait eu lieu.

Figure 11. Dimension temporelle : Intervention de l'approbation par l'Assemblée fédérale dans la vie d'un instrument international de droit souple.

Ligne temporelle d'un instrument international de droit souple



6.4. Conclusion intermédiaire sur l'approbation par l'Assemblée fédérale

Actuellement, le droit d'approbation tel que conçu à l'art. 166, al. 2 Cst. ne constitue pas un mode d'implication parlementaire disponible en matière d'instruments internationaux de droit souple. Cependant, songer à une éventuelle extension de celui-ci nous permet de nous positionner sur l'essence même du débat politique sur la participation parlementaire dans le domaine du droit souple. La sous-commission sur le droit souple a, elle aussi, réfléchi « 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 »[1011]. Dans les faits, la discussion revenait donc à envisager un

1009 De nombreuses interventions parlementaires examinées ont soulevé le problème de l'absence de consultation suffisante par le Conseil fédéral. Pour illustrer ce point, nous pouvons nous référer à l'interpellation 18.4112 du groupe parlementaire du Centre, qui déclare que « [...] le Conseil fédéral n'a pas tenu sa promesse pour le Pacte sur les migrations, puisqu'il n'a pas consulté au préalable le Parlement » ou encore à la motion 18.4113 du conseiller national Romano qui a décrit le Conseil fédéral comme « [...] incapable de consulter préalablement le Parlement, comme le prévoit l'article 5b de l'OLOGA ». Par ailleurs, le Conseil fédéral lui-même semble avoir admis dans son rapport de 2019 son manque de respect des droits de participation du Parlement dans les projets de *soft law*. Interpellation 18.4112 ; Motion 18.4113 ; Rapport CF Soft Law, p. 16.

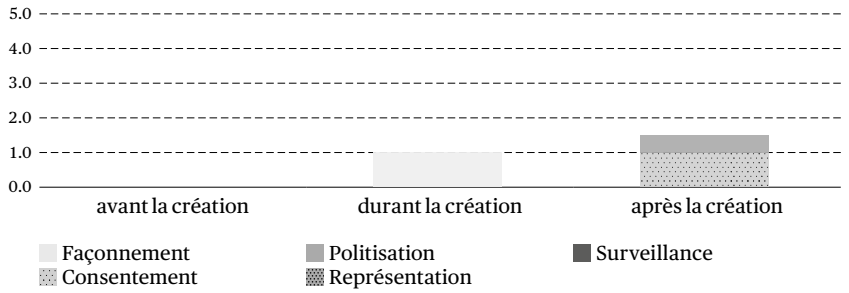
1010 Rapport CPA, p. 66.

1011 SCHWAB, *Le droit souple international et le rôle des Parlements* (présenté à l'Association des Secrétaires généraux de Parlements, Nusa Dua, 2022), p. 4.

élargissement du droit d'approbation tel qu'il existe à l'art. 166, al 2 Cst. aux instruments internationaux de droit souple ; élargissement qui nécessiterait, à notre avis, une modification constitutionnelle. Cette réflexion s'inscrit tout à fait dans la tendance plus générale à l'origine de notre étude, à savoir un penchant vers l'accroissement de compétences de l'Assemblée fédérale en politique extérieure et l'accentuation de la légitimité démocratique du droit international en raison d'un enchevêtrement de plus en plus important entre ce dernier et les ordres juridiques internes[1012]. Ainsi, l'examen de l'introduction de l'approbation de l'Assemblée fédérale pour les instruments internationaux de droit souple et de la légitimité que celle-ci pourrait leur apporter, contribue à la recherche de l'équilibre dans la répartition des compétences horizontale en politique extérieure qui « [...] ne saurait [...] être gravé[e] dans le marbre »[1013].

Les résultats découlant de l'analyse du présent chapitre nous permettent de démystifier l'idéalisation de l'approbation par l'Assemblée fédérale en tant que mode d'implication parlementaire ultime créateur de légitimité démocratique. La Figure 12 ci-dessous nous permet d'observer qu'une éventuelle approbation par l'Assemblée fédérale satisferait dans une faible mesure aux critères de création de légitimité à différentes phases de vie d'un instrument de droit souple. Ainsi, après la création de l'instrument, l'approbation habiliterait naturellement l'Assemblée fédérale à y consentir ainsi qu'à politiser de manière limitée son sujet. Toutefois, la simple éventualité de sa survenance peut également déployer des effets à la phase temporelle durant la création de l'instrument, en influençant indirectement le comportement du Conseil fédéral. Le critère du façonnement est donc rempli durant la création de l'instrument de droit souple. Par conséquent, son score de création de légitimité s'élève à un point durant la création de l'instrument et à un point et demi après celle-ci.

Figure 12. Apport de légitimité par l'approbation par l'Assemblée fédérale durant et après la création de l'instrument international de droit souple.



1012 LAMMERS, Traités internationaux, p. 16.

1013 Ibid., p. 17.

En guise de conclusion intermédiaire, trois constats plus généraux en lien avec un éventuel élargissement de l'approbation parlementaire aux instruments internationaux de droit souple découlent de l'analyse et des résultats du présent chapitre.

Premièrement, nous insistons sur le constat que l'apport de légitimité par l'approbation parlementaire en tant que seul mode d'implication parlementaire est modeste. Le résultat de notre analyse de l'approbation hypothétique d'un instrument de droit souple nous a permis de démonter l'idée reçue selon laquelle l'approbation d'un instrument international par le parlement constitue sa légitimation ultime. Nos résultats ont démontré que son apport de légitimité en tant que mode d'implication parlementaire autonome est faible et que sa contribution dépend alors fortement d'une combinaison avec d'autres modes d'implication parlementaire. En effet, la participation parlementaire à la politique extérieure ne vise pas uniquement une approbation parlementaire légitimant l'action gouvernementale[1014], c'est-à-dire que le rôle de l'Assemblée fédérale ne devrait pas se borner à prendre des choix binaires[1015], comme cela serait le cas en l'absence de complémentarité les modes d'implication parlementaire découlant de l'art. 166, al. 1 Cst. avec l'approbation de son alinéa 2. Comme affirmé par EHRENZELLER, la participation parlementaire n'est pas seulement une compétence de décision, mais aussi un processus[1016]. C'est pour cette raison que les traités internationaux soumis à l'approbation au sens de l'art. 166, al. 2 Cst. doivent au moins être considérés comme importants au sens de l'alinéa 1er. Ainsi, si l'approbation de l'art. 166, al. 2 Cst. est étendue aux instruments de droit souple, ceux-ci devraient également être considérés comme essentiels selon l'art. 152 LParl, norme déjà applicable au droit souple international. Par conséquent, il ne faut pas supposer que les actes non-soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale sont dépourvus de toute légitimité démocratique[1017]. Tout d'abord, les décisions du Conseil fédéral confèrent également de la légitimité démocratique. Plus important encore, il découle de notre étude que l'apport en termes de légitimité de l'approbation parlementaire n'est pas conséquent en comparaison, par exemple, avec les droits spécifiques à la politique extérieure. Toutefois, comme nous le verrons dans la conclusion finale[1018], il est vrai qu'une combinaison de ces derniers avec un pouvoir de décision clair et définitif sous forme d'approbation

1014 GLASER et MÜLLER, Mitwirkung, p. 33.

1015 Décisions binaires *take it or leave it*. SCHMID, CR Cst., art. 166 N 14.

1016 EHRENZELLER, Aussenpolitische Handlungsfähigkeit, p. 720.

1017 PETRIG, Genehmigung, p. 99 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 33.

1018 Voir point 9.2.1.1.

ultérieure permet une implication parlementaire tout au long du processus d'élaboration de l'instrument et se révèle particulièrement forte en termes d'apport de légitimité[1019].

Deuxièmement, il convient de garder à l'esprit le fait que, d'un point de vue quantitatif, ce n'est qu'une petite minorité de traités internationaux qui est effectivement approuvée par l'Assemblée fédérale[1020]. Ainsi, malgré l'ancrage constitutionnel du principe d'approbation parlementaire pour les traités internationaux, la majorité des cas en pratique tombent dans la compétence du Conseil fédéral seul. De plus, la possibilité d'une application provisoire d'un traité international nécessitant approbation de l'Assemblée fédérale existe en cas d'accord des commissions parlementaires compétentes et sous certaines conditions (art. 7*b* LOGA). Dès lors, ce n'est pas seulement dans le domaine du droit souple que le Conseil fédéral jouit de larges compétences. Dans les faits, tel est également le cas en ce qui concerne les traités internationaux, auxquels le principe d'approbation parlementaire est applicable, dû aux besoins de la conduite de la politique étrangère et aux risques d'une surcharge de l'Assemblée fédérale.

Finalement, l'introduction du principe de l'approbation parlementaire pour les instruments internationaux de droit souple ne permettrait pas de résoudre le problème persistant lié à la délimitation du droit souple auquel l'Assemblée fédérale devrait participer, c'est-à-dire à l'application du critère de l'importance. En effet, nous avons constaté, dans le présent chapitre, que le critère de l'importance de l'art. 152 LParl applicable aux droits d'information et de consultation s'inscrit dans la même ligne de réflexion que la détermination des traités soumis à l'approbation parlementaire[1021]. Ainsi, la difficulté de délimiter les instruments de droit souple qui sont importants et qui nécessitent une participation parlementaire, quelle qu'elle soit, continuerait de se poser. La seule différence à prendre en considération réside dans le fait que l'Assemblée fédérale pourrait demander l'approbation *a posteriori* d'un instrument lorsqu'elle recevrait la liste des instruments de droit souple conclus par le Conseil fédéral seul, comme cela se fait en matière de traités, et ainsi « corriger » l'appréciation du critère de l'importance par le Conseil fédéral dans un cas précis.

1019 EHRENZELLER, Aussenpolitik, p. 531.

1020 Les chiffres publiés par le Conseil fédéral pour les années 2009 et 2010 : 346 et 385 traités internationaux conclus par le Conseil fédéral seul contre 18 et 27 approuvés (ou modifiés) par l'Assemblée fédérale, Message concernant la Loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux, p. 6969. Pour une estimation plus actuelle, voir LANZ, Bundesversammlung, p. 185.

1021 Voir point 6.1.1.3.

Nous concluons ainsi l'analyse de l'approbation par l'Assemblée fédérale en tant qu'éventuel mode d'implication parlementaire en matière de droit souple et passons désormais au pénultième mode d'implication parlementaire identifié, à savoir la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse.

7. La reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse

La Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, en faveur de laquelle Anne s'est prononcée en 2013, contient une référence au Code de conduite international des entreprises de sécurité privées, un instrument international de droit souple, à son art. 7, al. 1. Anne a donc interagi avec un instrument international de droit souple en exerçant son rôle de députée dans le cadre de l'adoption d'une loi fédérale. Il découle de cet exemple que les membres de l'Assemblée fédérale s'impliquent en matière de droit souple international en le reprenant dans le droit suisse. La reprise du droit souple dans l'ordre juridique interne peut se manifester de deux manières. Le droit souple international peut être transformé en droit étatique lorsque son contenu est incorporé directement dans un acte normatif (retranscription) ou lorsque ce dernier s'y réfère simplement (renvoi). Nous nous intéressons ici à la reprise du droit souple international dans les actes juridiquement contraignants au niveau national, à savoir les traités internationaux, les lois fédérales et les ordonnances d'exécution du Conseil fédéral. Le rôle joué par l'Assemblée fédérale dans ces cas de figure revêt une importance cruciale, car il s'agit de la formation du droit dit dur. Son implication est aménagée selon les procédures prévues pour l'acte normatif interne reprenant le droit souple. Le septième chapitre de la présente thèse a pour objectif d'analyser si et comment l'Assemblée fédérale apporte de la légitimité aux instruments internationaux de droit souple avant, durant et/ou après leur création en les reprenant dans l'ordre juridique suisse.

Cette forme particulière d'engagement parlementaire concerne principalement les réglementations internationales élaborées par des entités non gouvernementales seules ou en partenariat étroit avec des organismes gouvernementaux. La globalisation des échanges et la diffusion du modèle néo-libéral à grande échelle a causé une mutation profonde de la production normative en faveur de la privatisation, en ce sens que les pouvoirs privés, principalement économiques, sont devenus d'importants producteurs de normes internationales[1022]. Malgré une première résistance à la prise de tâches quasi-législatives

1022 CHASSAGNARD PINET et DELALIEUX, *La privatisation des normes sociales et environnementales : codes de conduite, chartes privées et mécanismes privés de certification*, p. 86.

par des acteurs privés en raison du manque évident de légitimité démocratique, la prédominance de l'État dans l'établissement des normes a diminué au cours des deux derniers siècles[1023]. MÜLLER et al. parlent d'une *Normhunger* toujours croissante de la société que le législateur n'est plus en mesure d'assouvir[1024]. Cependant, l'incarnation du rôle de leader en matière de production de normes par les États dans des situations de crise, comme lors de la pandémie de la COVID-19, constitue un contre-exemple à ce constat[1025]. La normalisation par le secteur privé continue tout de même d'être considérée comme une chance de pallier les déficits des réglementations exclusivement étatiques, car elle permet de décharger le législateur et de confier l'élaboration des normes à des spécialistes délégués issus d'entreprises, d'organisations et de cercles de consommateurs apportant leur expérience et leur expertise pour parvenir à un consensus[1026]. Cela devrait permettre de disposer d'un ensemble de normes harmonisé et fiable au niveau national, régional ou international ainsi qu'une collaboration efficace entre les acteurs privés concernés[1027]. Tel est, par exemple, le cas des normes standardisées dans le domaine électrotechnique issues de la Commission électrotechnique internationale et du Comité européen de normalisation électrotechnique[1028]. La réglementation privée peut ainsi paraître comme une alternative avantageuse à la législation dite classique. Or, elle met à l'épreuve l'État constitutionnel, en s'appropriant le rôle revenant traditionnellement au législateur étatique[1029]. Une implication parlementaire en matière de ces instruments internationaux de droit souple est surtout, voire uniquement, envisageable lorsque le parlement décide de les reprendre de son propre gré dans des actes normatifs qu'il adopte lui-même ou dans l'élaboration dans le cadre de laquelle il bénéficie des droits de participation.

1023 MADER, *Normes privées et législation étatique*, p. 9.

1024 MÜLLER et al., Rechtssetzungslehre, p. 291.

1025 À titre d'exemple, la Commission européenne, la France et l'Allemagne se trouvent à l'origine de la mise sur pied du dispositif pour accélérer l'accès aux outils de lutte contre la COVID-19 (Accélérateur ACT), un cadre de collaboration créé à la suite d'un appel lancé par les dirigeants du G20 réunissant les acteurs étatiques et non-étatiques. SERRURIER, *Le Mécanisme COVAX : une tentative d'intégration de principes éthiques dans l'ordre juridique international*, pp. 61-62, 86.

1026 MÜLLER et al., Rechtssetzungslehre, pp. 304 ss ; HOMBERGER, *Grundlagen und Vollzug der privaten Normsetzung im technischen Bereich*, p. 60.

1027 HOMBERGER, Privaten Normsetzung, p. 60.

1028 Tous les standards de la Commission électrotechnique internationale et du Comité européen de normalisation électrotechnique peuvent être consultés sur leur site internet commun.

1029 MICHAEL, *Private Standardsetter und demokratisch legitimierte Rechtsetzung* in Demokratie in Europa (2005), p. 456.

L'identification de la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse en tant que mode d'implication parlementaire découle du quatrième critère de définition de travail du droit souple international, traité au chapitre 3, et, notamment, de son volet sur l'appropriation ultérieure de l'instrument par l'État[1030]. Même si la doctrine et les autorités concernées n'ont pas encore étudié la reprise dans l'ordre juridique interne en tant qu'instrument de participation à disposition de l'Assemblée fédérale, nous ne pouvons pas ignorer le fait qu'en reprenant le droit souple dans le droit suisse, l'Assemblée fédérale interagit avec celui-ci et joue un rôle dans ce domaine. Le présent chapitre se décline en quatre sections. L'introduction se limite à l'exposé des deux techniques de reprise des instruments internationaux de droit souple et des résultats de notre double évaluation (point 7.1). La deuxième et la troisième sous-chapitres suivent la même structure que les chapitres précédents. Le deuxième établit que ce mode d'implication parlementaire ne remplit que l'un des cinq critères de création de légitimité (point 7.2). Par la suite, le troisième démontre que la reprise des instruments internationaux de droit souple dans l'ordre juridique suisse peut s'avérer pertinente avant ou après la création de l'instrument international de droit souple (point 7.3). Finalement, la conclusion intermédiaire offre une représentation visuelle de ces résultats sous le format d'un graphique (point 7.4).

7.1. Introduction à la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse

Nous introduisons, en premier lieu, les deux techniques de reprise du droit souple identifiées dans l'ordre juridique suisse, à savoir les renvois et la retranscription du contenu d'un instrument international de droit souple (point 7.1.1). En second lieu, nous exposons les résultats de notre analyse en indiquant que ce mode d'implication parlementaire permet d'apporter de la légitimité aux instruments internationaux de droit souple uniquement sous forme d'un consentement de l'Assemblée fédérale postérieur et, dans certains cas, antérieur à leur création (point 7.1.2).

7.1.1. Les deux techniques de reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse

Deux techniques de reprise du droit souple international existent dans l'ordre juridique suisse. Premièrement, un acte normatif peut contenir un renvoi à

1030 Voir point 3.2.2.1.4.b).

un instrument international de droit souple (point 7.1.1.1). Deuxièmement, il est également envisageable qu'un acte normatif suisse retranscrive le contenu d'un instrument international de droit souple sans faire expressément référence à l'instrument retranscrit (point 7.1.1.2). Ces deux techniques peuvent se trouver dans tout type d'actes normatifs suisses ; nous nous intéressons ici aux cas de renvois et de retranscription dans les actes normatifs contraignants dans l'ordre juridique suisse, notamment les traités internationaux ratifiés par la Suisse, les lois fédérales et les ordonnances d'exécution du Conseil fédéral. Les renvois et les retranscriptions partagent une importante caractéristique commune : autant dans le cas du renvoi que dans celui de la retranscription du contenu d'une norme externe, en l'occurrence de droit souple, celle-ci devient immédiatement partie intégrante de l'acte législatif repreneur[1031].

7.1.1.1. Le renvoi à un instrument de droit souple international

La reprise du droit souple international dans l'ordre juridique national peut, en premier lieu, prendre la forme d'un renvoi à un instrument international de droit souple ou à quelques-unes de ses dispositions dans un acte normatif national[1032]. L'Office fédéral de la justice définit le renvoi comme « le fait de se référer, dans un acte législatif, à une autre réglementation et de renoncer, par là même, à en créer une nouvelle »[1033]. Comme mentionné précédemment, il convient de distinguer la technique législative du renvoi de l'intégration ou retranscription du contenu d'une norme externe dans un acte législatif (point 7.1.1.2). Un État peut aussi reconnaître le droit souple en tant que pratique administrative, notamment les normes privées, et il est parfois difficile de faire la distinction entre la reprise dans le droit national, surtout par le biais d'un renvoi, et la référence à la pratique administrative. On se trouve alors à l'interface entre la législation (renvoi) et l'application du droit (référence à la pratique administrative)[1034].

Les fonctions et les avantages des renvois sont nombreux. Ces derniers déchargent le législateur, en lui permettant de ne pas créer de nouvelles règles, mais de reprendre celles qui existent déjà, notamment dans les domaines où

1031 Office fédéral de la justice, Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale 2025, p. 190.

1032 SOUCEK et TAPIO, *Normative References to Non-Legally Binding Instruments in National Space Laws: A Risk- Benefit Analysis in the Context of Public International and Domestic Law*, p. 554.

1033 Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, p. 190.

1034 À ce propos, voir notamment MÜLLER et al., Rechtssetzungslehre, pp. 302-303.

la réglementation exige des connaissances très spécifiques[1035]. De plus, les renvois allègent et rationnalisent l'acte législatif lui-même lorsque les dispositions risquent d'être techniques, détaillées et volumineuses, tout en garantissant une uniformisation du droit au niveau international, une participation des milieux spécialisés à la législation et une adaptation rapide à l'évolution de la technique et de la science[1036]. Cependant, cet important rôle joué par les milieux spécialisés dans la réglementation internationale contemporaine est critiqué[1037]. Nous aborderons les risques que celui-ci présente au point 9.2.2 de la présente thèse. De plus, un nombre trop élevé de renvois dans un seul acte législatif peut rendre la lecture et la compréhension de celui-ci difficile, en particulier lorsque les renvois concernent uniquement certains articles ou paragraphes[1038].

Les renvois aux instruments internationaux de droit souple ou leurs disposition spécifiques peuvent se trouver dans les traités internationaux ratifiés par la Suisse, dans les lois fédérales et dans les ordonnances d'exécution du Conseil fédéral. La plupart des ordonnances (lois au sens matériel) sont édictées par le Conseil fédéral, car le législateur ordinaire ne détient pas le monopole de l'activité législative en Suisse[1039]. Nous parlons alors du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral[1040]. Cependant, l'Assemblée fédérale peut également produire elle-même des ordonnances qui suivent la même procédure d'élaboration et d'adoption que les lois fédérales (art. 163, al. 1 Cst., art. 22, al. 2 LParl)[1041]. Contrairement au Conseil fédéral, l'Assemblée fédérale ne dispose pas d'un droit général d'édicter des ordonnances (d'exécution) sur la base de la Constitution. Selon l'art. 182, al. 1 Cst., le Conseil fédéral peut édicter des règles de droit sous forme d'ordonnance dans la mesure où la Constitution ou la loi l'y autorisent[1042]. Nous nous intéressons ici aux ordonnances

1035 Ibid., p. 227.

1036 Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, p. 192.

1037 À ce propos, voir, par exemple, KENNEDY, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy* (Oxford, Princeton : 2016) ; KENNEDY, *Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance* ; KILANOWSKI, *The Questionable Role of Experts in Global Governance* in Democracy and Globalization (Cham : 2021) ; CHRISTENSEN, Experts in Global Governance: Powerful Technocrats or Useful Idiots?, The Global 2021.

1038 MÜLLER et al., Rechtssetzungslehre, p. 204.

1039 MALINVERNI et al., Droit constitutionnel suisse, p. 589.

1040 Ibid.

1041 Pour une étude détaillée des différentes ordonnances dans l'ordre juridique suisse, voir GONIN, Droit constitutionnel, pp. 1136 ss ; MAHON, *Droit constitutionnel* (Neuchâtel : 2014-2015), pp. 283-284 ; MALINVERNI et al., Droit constitutionnel suisse, pp. 571 ss, 589 ss.

1042 Du point de vue quantitatif, les ordonnances du Conseil fédéral forment la majorité des actes législatifs fédéraux, MAHON, Droit constitutionnel, p. 284.

dites d'exécution, qui complètent la loi et règlent des questions d'importance mineure (règles secondaires), car le droit souple concerne souvent des domaines hautement techniques réglés par ce type d'ordonnances.

L'implication parlementaire s'effectue donc par le biais des possibilités de participation au droit dur national ou international, qui sont aménagées différemment selon l'acte normatif en question[1043]. Il convient dès lors de brièvement illustrer, dans la prochaine section, les renvois à des instruments internationaux de droit souple dans les trois types d'actes normatifs précités (point 7.1.1.1.1), puis d'expliquer le concept des renvois indirects (point 7.1.1.1.2), avant de mettre l'accent sur la problématique particulière des renvois dynamiques à la fin de la présente section (point 7.1.1.1.3). Les deux volets de l'évaluation (points 7.2 et 7.3) nous permettront ensuite d'observer comment et quand ces éléments, à savoir les procédures d'adoption des différents actes normatifs et le dynamisme de certains renvois, impactent l'apport de légitimité à l'instrument de droit souple.

7.1.1.1.1. Renvois aux instruments internationaux de droit souple dans les différents actes normatifs

Au niveau de la législation fédérale, les renvois à des instruments internationaux de droit souple peuvent se trouver dans les traités internationaux ratifiés par la Suisse, dans les lois fédérales adoptées par l'Assemblée fédérale ou encore dans les ordonnances d'exécution du Conseil fédéral. La présente section illustre ces trois cas de figures qui témoignent du recours aux renvois, notamment aux instruments internationaux de droit souple créés par les acteurs privés. L'auteur de l'acte normatif peut ainsi fixer uniquement les exigeances fondamentales au niveau du droit contraignant, laissant la réglementation détaillée à la charge des acteurs privés[1044]. Nous nous référerons par la suite à ces exemples dans l'évaluation des renvois en tant que mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple international, afin de soutenir nos conclusions quant à la satisfaction des critères de création de légitimité et à la pertinence temporelle.

Les renvois à des instruments internationaux de droit souple peuvent, tout d'abord, se trouver dans les traités internationaux que la Suisse a ratifiés, que ceux-ci aient été conclus selon la procédure nationale ordinaire ou simplifiée[1045], et qui font, dès lors, partie intégrante de l'ordre juridique suisse[1046].

1043 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 62.

1044 ODERMATT, Strategien, p. 90.

1045 À propos des deux procédures de conclusion de traités, voir point 6.1.1.

1046 MAHON, Droit constitutionnel, pp. 292-293.

Nous illustrons ce premier cas de figure à l'aide de l'exemple de la Convention internationale contre le dopage dans le sport[1047], entrée en vigueur pour la Suisse le 1er décembre 2008. Cette convention renvoie au Code mondial antidopage, un instrument international de droit souple qui « [...] harmonise les politiques, règles et règlements antidopage des organisations sportives et des autorités publiques à travers le monde » et « [...] qui est accompagné de huit standards internationaux destinés à harmoniser différents domaines de l'antidopage »[1048]. Le Code mondial antidopage a été publié en 2003 par l'Agence mondiale antidopage, une fondation de droit privé suisse sans but lucratif (art. 80 du Code civil suisse du 10 décembre 1907[1049]) créée en 1999[1050], et a été signé par les fédérations sportives internationales, les comités olympiques nationaux et les organisations nationales antidopage[1051]. Nous retrouvons de nombreux renvois au Code mondial antidopage dans la Convention internationale contre le dopage dans le sport, par exemple à son art. 2 selon lequel les définitions de la Convention « [...] s'entendent dans le contexte du Code mondial antidopage » ou à son art. 3, lit. a, au sens duquel les États signataires s'engagent à « [...] adopter des mesures appropriées aux niveaux national et international qui soient conformes aux principes énoncés dans le Code »[1052]. Il convient ici de préciser que l'instrument de droit souple auquel il est renvoyé ne devient pas contraignant dans son entièreté. Cette précision se trouve à l'art. 4, §2 de la Convention selon lequel le texte du Code est « reproduit à titre d'information et ne fait pas partie intégrante de la présente Convention »[1053]. En effet, lorsque le comportement étatique va à l'encontre des prescriptions de l'instrument de droit souple, ce n'est pas le code lui-même qui est violé,

1047 RS 0.812.122.2 ; Exemple identifié en premier lieu par SINZ, Internationales Soft Law, pp. 39-40.

1048 AMA, Le Code mondial antidopage.

1049 RS 210.

1050 AMA, Gouvernance.

1051 AMA, Le Code mondial antidopage.

1052 Préalablement à l'adoption de la Convention internationale contre le dopage dans le sport qui a reconnu l'Agence et le Code dans un traité international contraignant, 193 États s'étaient engagés à reconnaître le rôle de l'Agence mondiale antidopage et à la soutenir ainsi qu'à appuyer le Code mondial antidopage dans la Déclaration de Copenhague contre le dopage dans le sport de 2003, un autre instrument de droit souple. « Les gouvernements ne peuvent signer le Code, mais ils se sont engagés, dans la Déclaration de Copenhague du 5 mars 2003, à soutenir ce document « politiquement et moralement », autrement dit à adapter progressivement leur législation aux exigences de celui-ci », Message concernant la Convention internationale contre le dopage dans le sport du 5 septembre 2007, FF 2007 6137 ; SINZ, Internationales Soft Law, pp. 39-40.

1053 Message concernant la Convention internationale contre le dopage dans le sport, p. 6138.

mais la disposition conventionnelle qui s'y rapporte. L'État peut ainsi engager sa responsabilité internationale pour violation du traité international renvoyant au droit souple, mais pas pour le simple non-respect de l'instrument international de droit souple.

Nous retrouvons également des renvois à des instruments de droit souple international dans les lois fédérales. En adoptant la LPSP précitée, l'Assemblée fédérale a rendu le contenu d'un instrument international de droit souple contraignant au niveau national avec des possibilités de sanctions en cas de non-respect. Selon le message du Conseil fédéral du 23 janvier 2013, la LPSP constitue un développement des engagements de la Suisse à la suite de l'adoption du Document de Montreux du 17 septembre 2008 et de l'élaboration du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées du 9 novembre 2010. Ces derniers sont des instruments internationaux de droit souple résultant des processus au cours desquels la Suisse a joué un important rôle d'initiateur et de promoteur[1054]. À son art. 7, al. 1, la LPSP exige des entreprises concernées « d'adhérer au Code de conduite international des entreprises de sécurité privées (code de conduite) dans sa teneur du 9 novembre 2010 ». Cette adhésion implique également l'obligation pour les entreprises de respecter intégralement les dispositions dudit Code, dont toute violation fait l'objet d'une sanction administrative au sens de l'art. 14, al. 2, lit. c LPSP par l'autorité compétente nationale[1055].

Finalement, les ordonnances d'exécution du Conseil fédéral contiennent, elles aussi, des renvois à des instruments de droit souple international. Il s'agit ici principalement de renvois à des normes ou à des recommandations établies par des instituts internationaux de haute technologie, notamment dans les domaines technique et scientifique, disposant d'une expertise spécifique. Celles-ci revêtent une importance de plus en plus croissante en pratique et sont donc reprises dans les législations nationales et appliquées par les États[1056]. À ce propos, deux exemples illustrent comment les réglementations internationales des experts techniques influencent l'ordre juridique suisse, confirmant ainsi les constats de KENNEDY et RODRIK, selon lesquels le monde est de plus en plus gouverné par des experts qui structurent non seulement les activités sur le marché mondial, mais aussi celles à l'intérieur des États[1057]. L'art. 1er de l'Ordonnance sur les normes comptables reconnues

1054 Message concernant la Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger du 23 janvier 2013, FF 2013 1574, 1602.

1055 Ibid., 1618.

1056 Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, p. 192.

1057 KENNEDY, Expert Rule, p. 6 ; RODRIK, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy* (New York, Londres : 2011), p. 265.

du 21 novembre 2012 (ONCR)[1058] cite les normes comptables réputées reconnues pour les entreprises qui doivent tenir une comptabilité et présenter des comptes conformément au Code des obligations suisse du 30 mars 1911[1059]. Il renvoie ainsi à trois standards internationaux, à savoir des référentiels élaborés par des acteurs non-étatiques et donc des instruments de droit souple international, dont les *International Financial Reporting Standards* (IFRS) de l'*International Accounting Standards Board* (IASB)[1060]. Plus concrètement, l'IASB, un organisme de droit privé britannique, a été créé pour répondre à la demande croissante de règles comptables internationales[1061]. Selon les données disponibles sur le site internet des IFRS, en septembre 2018, 87% des juridictions (144 juridictions) imposaient les standards IFRS à la plupart des entreprises ayant une obligation de rendre des comptes au niveau national et environ neuf juridictions étaient en train de passer aux standards IFRS[1062]. Les renvois aux normes publiées par l'Organisation internationale de normalisation (ISO), une organisation de droit privé régie par le droit suisse, servent de deuxième d'exemple. Nous pouvons ainsi citer l'Ordonnance sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications du 6 octobre 1997 (ORAT)[1063]. Les art. 40, al. 1 et 41, al. 3 renvoient expressément à certaines définitions mentionnées dans les recommandations ISO concernant l'attribution des adresses NSAP, respectivement l'utilisation et la gestion de leur domaines. L'ISO réunit 168 organismes nationaux de normalisation en tant que membres, dont les experts « [...] mettent en commun leurs connaissances pour élaborer des normes internationales d'application volontaire, fondées sur le consensus, pertinentes pour le marché, soutenant l'innovation et apportant des solutions aux enjeux mondiaux »[1064].

Nous avons également identifié l'exemple d'une ordonnance récente du Conseil fédéral qui renvoie à un instrument international de *soft law*, mais qui n'est pas produit par des acteurs privés hautement spécialisés dans un domaine technique. À l'art. 9 de son Ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones

1058 RS 221.432.

1059 RS 220.

1060 Ainsi que l'*International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities* (IFRS for SMEs) de l'IASB et les *International Public Sector Accounting Standards* (IPSAS) de l'*International Public Sector Accounting Standards Board*.

1061 KARMEL et KELLY, *The Hardening of Soft Law in Securities Regulation*, p. 901.

1062 International Financial Reporting Standards, Use of IFRS Standards around the world.

1063 RS 784.104.

1064 Organisation internationale de normalisation, À propos de l'ISO.

de conflit et en matière de travail des enfants du 3 décembre 2021 (ODiTr)[1065], le Conseil fédéral renvoie à plusieurs instruments internationaux de droit souple dont le respect permet aux entreprises d'être exemptées des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport, tels que prévus par la même ordonnance. Il s'agit, plus précisément, de renvois au Guide OCDE du mois d'avril 2016 sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque, au Guide OCDE du 30 mai 2018 sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises et aux Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (annexe 2 de l'ODiTr). Il convient d'observer dans ce dernier cas de figure que le Conseil fédéral ne rend pas les instruments internationaux de droit souple contraignants en les reprenant dans son ordonnance ; leur simple respect permet aux destinataires des obligations de l'ordonnance d'en être exemptés. Cette exception au devoir de *reporting* des entreprises est particulièrement problématique du point de vue de la surveillance. Le Conseil fédéral n'exige qu'un respect des instruments internationaux de droit souple sans s'appuyer sur un mécanisme de surveillance international, en ce sens qu'une affirmation de respect des instruments de *soft law* concernés par l'entreprise suffirait pour l'exempter des obligations de l'ODiTr[1066]. Au vu de ce qui précède, lorsque l'auteur de l'acte normatif, le Conseil fédéral en l'espèce, fait référence à des normes internationales de droit souple préexistantes, il n'établit pas de nouvelles normes, mais s'appuie plutôt sur celles qui font déjà l'objet d'un certain consensus international.

7.1.1.1.2. Problématique des renvois directs et indirects

Le mode d'implication parlementaire examinée dans le présent chapitre concerne les renvois dits externes[1067], c'est-à-dire les renvois se référant à une norme d'un autre acte, en l'occurrence, de droit souple international. D'une part, le législateur peut choisir de renvoyer à un acte ou à une norme précise ; nous parlons alors de renvoi direct. D'autre part, ODERMATT qualifie un renvoi d'indirect lorsque le législateur ne cite pas de normes précises, mais renvoie, au sens d'une clause générale, par exemple aux « règles techniques reconnues », à « l'état de la technique » ou à « l'état de la science et de la technique »[1068]. Ces notions ne sont pas définies de manière abstraite, mais il existe des repères

1065 RS 221.433.

1066 Sur la discussion plus large dans laquelle s'inscrivent ces renvois, son origine et sa critique, voir CANAPA et al., *« Entreprises responsables » : limitations et perspectives*, pp. 557-582.

1067 Par opposition aux renvois internes, c'est-à-dire au sein du même texte.

1068 ODERMATT, Strategien, p. 90.

quant à leur compréhension. Par exemple, l'art. 3, lit. c de la Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 6 octobre 1995 (LETC)[1069] définit les normes techniques comme « les règles, les lignes directrices ou les caractéristiques **sans force obligatoire** établies par des organismes de normalisation [...] ». Le renvoi indirect peut davantage être illustré à l'aide de l'art. 4 de l'Ordonnance sur les installations électriques à courant fort du 30 mars 1994[1070] et notamment son alinéa 1er : « Les installations à courant fort et les équipements électriques qui y sont raccordés doivent être établis, modifiés, entretenus et contrôlés selon les prescriptions de la présente ordonnance et **les règles techniques reconnues** [...]. Lorsque l'ordonnance ne prescrit rien, on s'en tiendra aux **règles techniques reconnues** ». L'alinéa 2 précise par la suite que « [S]ont réputées règles techniques reconnues en particulier **les normes internationales harmonisées de la CEI et du CENELEC** ». En effet, il s'agit de normes de droit souple international établies par la Commission électronique internationale et par le Comité européen de normalisation électrotechnique. De plus, les normes de ces organismes sont mentionnées expressément mais de manière non-exhaustive (« en particulier »), en ce sens que d'autres règles techniques reconnues, mais non-expressément citées à l'alinéa 2, pourraient également se voir appliquées, appuyant ainsi la qualification de renvoi indirect[1071]. La doctrine justifie le recours aux renvois indirects principalement par le fait que l'État cherche à s'assurer que les acteurs non-étatiques nationaux respectent des normes techniques importantes, au moins dans la même mesure que celle nécessaire pour faire preuve de diligence au niveau international, notamment dans les domaines où l'État est internationalement responsable des activités des acteurs privés[1072].

7.1.1.1.3. Problématique des renvois statiques et dynamiques

On distingue parmi les renvois directs, c'est-à-dire parmi ceux qui renvoient expressément à un ensemble déterminé de normes de droit souple, les renvois statiques des renvois dynamiques. On parle de renvoi statique lorsque l'objet du renvoi est une version très précise d'une règle existante[1073]. L'auteur du renvoi connaît le contenu de la norme à laquelle il fait référence et celui-ci ne change pas lorsque l'auteur de la norme modifie celle-ci. Selon MÜLLER et al.,

1069 RS 946.51.

1070 RS 734.2.

1071 ODERMATT, Strategien, p. 90.

1072 SOUCEK et TAPIO, Normative References to Non-Legally Binding Instruments in National Space Laws: A Risk- Benefit Analysis in the Context of Public International and Domestic Law, p. 555.

1073 Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, p. 191.

il s'agit donc uniquement d'une technique législative particulière en ce sens que la norme n'est pas intégrée *in extenso* dans l'acte législatif, mais, au contraire, celui-ci n'est que complété par le renvoi au texte d'une autre norme[1074]. Généralement, les renvois statiques contiennent l'indication d'une version en vigueur à un moment donné. Nous pouvons mentionner, à titre d'exemple, l'art. 7, al. 1 LPSP précité selon lequel les entreprises doivent « d'adhérer au Code de conduite international des entreprises de sécurité privées (code de conduite) **dans sa teneur du 9 novembre 2010** ». Le renvoi est dynamique lorsque les normes auxquelles il fait référence sont indiquées non pas dans une version déterminée, mais dans la version en vigueur et quelles que soient les modifications qu'elles puissent subir[1075]. Cela signifie que la norme peut changer sans intervention de l'auteur de l'acte législatif contenant le renvoi dynamique et sans une procédure de révision formelle[1076]. Pour illustrer le cas du renvoi dynamique, nous mentionnons une nouvelle fois les renvois au Code mondial antidopage contenus dans la Convention internationale contre le dopage dans le sport. À ce propos, il convient de préciser que le Code a été initialement conçu comme un instrument évolutif plutôt que statique et a subi plusieurs processus de révision hautement collaboratifs depuis son adoption[1077].

Une attention particulière s'impose en présence de renvois dynamiques aux instruments internationaux de droit souple, notamment dans les domaines hautement techniques et scientifiques, élaborés par des organisations d'experts internationalement concertées. L'admissibilité des renvois dynamiques peut être remise en question lorsque ceux-ci apparaissent constituer des transferts de souveraineté[1078]. Les renvois dynamiques permettent, certes, une importante flexibilité de la législation et une adaptation immédiate aux derniers développements, éléments particulièrement pertinents dans les domaines hautement techniques et scientifiques concernés par le droit souple international[1079]. Cependant, ils peuvent également desservir la clarté et la sécurité du droit en l'absence de publication officielle des normes privées concernées et apparaître contraires au principe de la légalité dans les cas où le législateur n'aurait pas déterminé lui-même les grandes lignes de la

1074 MÜLLER et al., Rechtssetzungslehre, p. 204.

1075 Ibid.

1076 Direction de la justice des affaires communales et des affaires ecclésiastiques, Chancellerie d'État du canton de Berne, Directives du canton de Berne sur la procédure législative de 2014, Module 2 : Aspects méthodologiques et techniques choisis, p. 20.

1077 AMA, Révisions du Code et des standards internationaux.

1078 POSCHER, *Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung*, p. 165.

1079 MÜLLER et al., Rechtssetzungslehre, p. 205.

réglementation déléguée[1080]. De plus, le législateur privé n'est pas lié par les principes de l'État de droit, notamment le respect des droits fondamentaux, l'égalité devant la loi, l'interdiction de l'abus de droit et de l'arbitraire de la même manière que le législateur public[1081].

7.1.1.2. La retranscription du contenu d'un instrument international de droit souple

La technique de la retranscription, de l'intégration ou de la réception, consiste, quant à elle, à retranscrire le contenu d'une norme externe dans un acte législatif[1082]. Le présent travail de recherche parle, à ce propos, de la technique de retranscription du droit souple international dans le droit interne. En appliquant cette technique, le législateur reprend simplement le contenu d'un instrument de droit souple, souvent élaboré par des acteurs non-étatiques également, et l'incorpore formellement dans un acte législatif sans que l'origine du contenu ne soit toujours précisément indiquée[1083]. Le législateur reste libre de retranscrire la réglementation en question de manière plus ou moins identique ou littérale, partiellement ou dans son entièreté ainsi que de l'alléger ou de la renforcer. En 2004, le Conseil fédéral a justifié la retranscription de la Directive concernant les informations relatives au Corporate Governance de la Bourse suisse (SWX Swiss Exchange), des normes privées nationales, dans le Code des obligations[1084]. Il a expliqué qu'il appartenait au législateur d'inscrire lui-même ces mesures dans le droit de la société anonyme et de procéder à une pesée d'intérêts appropriée, car elles portaient sur la question de la transparence, une question juridiquement, politiquement et économiquement importante pour l'exercice de contrôle des actionnaires, qui, selon le Conseil fédéral, n'aurait autrement pas bénéficié de la légitimation démocratique nécessaire[1085].

La retranscription du contenu d'un instrument de droit souple international peut se trouver dans tout type d'acte législatif au niveau interne. Comme dans le cas des renvois, nous nous intéressons ici principalement aux

1080 Ibid., pp. 205-206.

1081 Directives du canton de Berne sur la procédure législative, p. 21.

1082 Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, p. 190.

1083 ODERMATT, Strategien, p. 85; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 63.

1084 Les dispositions légales concernées ont été abrogées depuis, par l'entrée en vigueur de la réforme du droit de la société anonyme le 1er janvier 2023.

1085 Message relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction) du 23 juin 2004, FF 2004 4228, 4229.

retranscriptions du droit souple international dans les traités internationaux ratifiés par la Suisse, les lois fédérales et les ordonnances du Conseil fédéral. L'implication parlementaire a donc lieu selon les procédures prévues pour la formation du droit dur contenant l'élément retranscrit au niveau national[1086]. Comme nous le verrons, autant la retranscription que le renvoi restreint la possibilité pour l'Assemble fédérale d'exercer une influence sur l'instrument international de droit souple lui-même, en raison du fait que son implication a lieu durant la formation du droit interne contraignant et non pas durant celle des normes de droit souple[1087].

La technique de la retranscription s'avère particulièrement difficile à identifier dans le droit national, car l'origine du contenu d'un acte normatif n'est pas toujours précisément indiquée. À titre d'exemple, l'Ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des maisons de titres du 1er juin 2012 (Ordonnance sur les fonds propres, OFR)[1088] incorpore en droit suisse des normes internationales spécialisées, sans que la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques, LB)[1089] n'oblige le Conseil fédéral expressément à le faire[1090]. Il s'agit ici, plus précisément, de la mise en œuvre d'un ensemble de réformes élaborées par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire[1091] (Bâle II[1092] et Bâle III[1093]) visant à renforcer la solvabilité et la liquidité des établissements bancaires[1094]. Ce Comité produit du droit souple dans le domaine de la surveillance bancaire, en organisant des procédures de consultation formalisées pour de futures

1086 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 63.

1087 Voir point 7.2.1.

1088 RS 952.03.

1089 RS 952.0.

1090 ODERMATT, Strategien, p. 90 ; MUNYARADZI MAKWIRAMITI, Implementation, p. 21.

1091 Il est composé de 45 membres issus de 28 juridictions, à savoir des banques centrales et des autorités officiellement chargées du contrôle des activités bancaires, ainsi que de huit observateurs, dont des banques centrales, des groupes de surveillance, des organisations internationales et d'autres organismes. Banque des règlements internationaux, About the Basel Committee on Banking Supervision, Membership.

1092 Banque des règlements internationaux, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Accord sur les fonds propres adopté en 2004 destiné à appréhender les risques bancaires de façon plus complète et différenciée.

1093 Banque des règlements internationaux, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Bâle III : Dispositif réglementaire mondial visant à renforcer la résilience des établissements et systèmes bancaires de décembre 2010.

1094 Pour une étude détaillée du dispositif réglementaire international pour les banques du Comité de Bâle, voir ORTINO, *Thirty years after the Basel accord and ten after the financial crisis: The Basel committee on banking supervision and its place in international economic law*, pp. 159 ss.

directives réglementaires[1095]. Plusieurs dispositions du paquet Bâle III figurent dans l'OFR[1096] qui les complète et forme un régime parallèle[1097]. Lors des modifications de l'OFR permettant d'incorporer les nouvelles règles du Comité de Bâle, les commissions parlementaires compétentes sont régulièrement consultées, notamment la Commission de l'économie et des redevances et leurs préoccupations sont prises en compte « [...] chaque fois que c'est possible sans trahir l'esprit de la loi [sur les banques] et sa finalité »[1098]. Cette ordonnance a également été soumise à l'approbation de l'Assemblée fédérale[1099].

D'autres lois fédérales invitent, elles-mêmes, la législation d'exécution, notamment les ordonnances du Conseil fédéral, à reprendre totalement ou partiellement les normes privées, c'est-à-dire du droit souple, que celui-ci soit national ou international[1100]. En d'autres termes, en adoptant de telles dispositions dans les lois fédérales, l'Assemblée fédérale instruit les auteurs d'actes normatifs inférieurs à reprendre le droit souple international dans l'ordre juridique suisse. À ce propos, il sied de mentionner l'art. 41*a,* al. 3 de la Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983[1101] ou encore l'art. 4, al. 3 de la Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016[1102] qui invitent les auteurs des dispositions d'exécution « [...] [à examiner] les mesures volontaires prises par les milieux économiques » et « [...] si possible et nécessaire, [de reprendre] totalement ou partiellement », dans le droit d'exécution, les accords conclus avec ces milieux. En outre, le législateur peut uniquement encourager le Conseil fédéral ou les autorités inférieures compétentes à prendre en compte les normes de droit souple pertinentes dans la législation d'exécution, sans pour autant l'inviter à les intégrer directement. Tel est le cas notamment à l'art. 3*g,* al. 2 LB selon lequel la FINMA, autorité autorisée à édicter ou à fixer au cas par cas certaines disposition, « [...] tient compte en matière de fonds propres des règles existant dans le domaine financier et des assurances [...] ».

1095 Rapport CF Soft Law, p. 11.

1096 Département fédéral des finances, Rapport explicatif concernant la modification de l'ordonnance sur les fonds propres, Application des réformes finales de Bâle III à l'échelle suisse du 4 juillet 2022, p. 6.

1097 Message relatif à l'arrêté fédéral concernant l'approbation des modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les fonds propres (too big to fail) du 1er juin 2012, FF 2012 6187.

1098 Ibid.

1099 Ibid., p. 6187.

1100 ODERMATT, Strategien, p. 87.

1101 RS 814.01.

1102 RS 730.0.

Après avoir exposé les différentes techniques de reprise en droit suisse, nous annonçons les résultats de l'évaluation de ce mode d'implication parlementaire. En d'autres mots, nous répondons préliminairement aux questions de savoir si, comment et quand le recours aux deux techniques de reprise en droit national contribue à la légitimité des instruments internationaux de droit souple.

7.1.2. L'apport de légitimité par la reprise dans l'ordre juridique suisse avant et après la création des instruments internationaux de droit souple

La reprise du droit souple dans l'ordre juridique suisse obtient un score d'apport de légitimité d'**un point sur cinq**. Ce mode d'implication parlementaire remplit uniquement le critère du consentement. En optant pour une reprise du droit souple dans le droit national, que ce soit en approuvant un traité, en adoptant une loi fédérale ou encore en déléguant cette tâche au Conseil fédéral, l'Assemblée fédérale donne indirectement son consentement à être liée par l'instrument de droit souple repris. Même si, à première vue, il pourrait sembler que l'Assemblée fédérale façonne et politise le contenu de l'instrument de droit souple repris, les critères du façonnement et de la politisation ne sont pas remplis. En effet, au moyen des deux techniques de reprise identifiées, l'Assemblée fédérale joue ses différents rôles uniquement au niveau interne lors des procédures de formation du droit dur prévues en droit suisse. Autrement dit, elle façonne et politise le contenu de l'acte normatif repreneur et non pas celui de l'instrument international de droit souple lui-même. Par conséquent, lorsqu'il est inclus dans le droit suisse en suivant les procédures nationales en vigueur, le contenu d'un instrument de droit souple est légitimisé par le façonnement et la politisation uniquement au sein de l'ordre juridique suisse. Cependant, cette inclusion peut contribuer à l'émergence d'une pratique étatique utile, soit pour la formation d'une coutume internationale, soit pour l'interprétation des traités internationaux[1103]. Les renvois et les retranscriptions du contenu des instruments internationaux de droit souple ne remplissent pas non plus les critères de la représentation et de la surveillance, notamment en raison du fait que ce mode d'implication parlementaire concerne principalement le droit souple élaboré par les acteurs privés.

Partant, la référence à ou l'incorporation du texte d'un instrument juridique international souple dans un cadre législatif national renforce la légiti-

1103 COMITÉ DES CONSEILLERS JURIDIQUES SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (CAHDI), Chair's Summary, Expert Workshop on Non-Legally Binding Agreements in International Law du 26 mars 2021 ; FORTEAU, Rapport 2024, p. 31.

mité de cet instrument en reflétant le consentement parlementaire indirect. Ce consentement est donné postérieurement à la création de l'instrument de droit souple et dans certains cas, comme nous le verrons, de manière anticipée également. Ainsi, la reprise du droit souple dans l'ordre juridique suisse permet toujours une implication parlementaire après la création de l'instrument de droit souple repris (consentement indirect postérieur), mais également une implication parlementaire avant sa création en présence de renvois indirects ou dynamiques (consentement indirect anticipé).

La suite du présent chapitre démontre, dans un premier temps, comment et pourquoi le renvoi et la retranscription ne remplissent que le critère du consentement (point 7.2). Dans un second temps, il développe les arguments qui nous amènent à conclure que tous les renvois et la retranscription permettent l'implication parlementaire après la création du droit souple, tandis que les renvois indirects et les renvois dynamiques peuvent également s'avérer pertinents avant celle-ci (point 7.3).

7.2. L'évaluation de la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse selon son apport de légitimité

De prime abord, la reprise du droit souple international dans le droit national par l'Assemblée fédérale elle-même peut donner l'impression d'une légitimation pleine et entière par la puissance publique. Notre évaluation selon les critères de création de légitimité démontre, pourtant, que ce mode d'implication parlementaire ne permet à l'Assemblée fédérale que de consentir à l'instrument international de droit souple. En effet, en renvoyant à ou en retranscrivant le contenu d'un instrument international de droit souple, l'Assemblée fédérale consent indirectement à l'application de celui-ci sans pour autant le façonner, politiser son contenu, exercer son rôle de représentante démocratique ou encore surveiller le comportement de ses auteurs.

En guise d'avant-propos, une remarque sur l'organisation de l'évaluation de ce mode d'implication parlementaire selon chaque critère de création de légitimité mérite d'être apportée. Les deux techniques de reprise du droit souple identifiées en introduction du présent chapitre constituent, comme nous pouvons l'observer dans la Figure 13, les deux éléments de ce mode d'implication parlementaire. L'analyse de chaque critère de création de légitimité est effectuée donc séparément pour le renvoi et la retranscription. Toutefois, nous traitons de manière imbriquée les critères de la représentation et de la surveillance, car les caractéristiques communes aux deux éléments

sont déterminantes pour leur évaluation. Comme nous le verrons, les résultats de l'évaluation convergent entre les deux éléments pour chaque critère de création de légitimité.

Figure 13. Satisfaction des critères de création de légitimité par la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse.

	Critères de création de légitimité				
Reprise du droit souple dans l'ordre juridique interne	Façonnement	Consentement	Politisation	Représentation	Surveillance
Renvoi à un instrument international de droit souple dans un acte normatif suisse		✓			
Retranscription du contenu d'un instrument international de droit souple dans un acte normatif suisse		✓			
Score d'apport de légitimité	*0 point*	*1 point*	*0 point*	*0 point*	*0 point*

7.2.1. L'absence de façonnement de l'instrument international de droit souple par sa reprise dans l'ordre juridique suisse

Ni l'inclusion de renvois aux instruments internationaux de droit souple ni leur retranscription dans les actes normatifs nationaux ne permettent à l'Assemblée fédérale de façonner directement le contenu de l'instrument international de droit souple repris. Nous démontrons, tout d'abord, pourquoi tel est le cas pour les renvois (point 7.2.1.1), puis pour les retranscriptions (point 7.2.1.2). Nous terminons l'analyse de ce critère en argumentant qu'un façonnement indirect de l'instrument international de droit souple n'est, lui non plus, pas habilité par la reprise dans l'ordre juridique interne (point 7.2.1.3).

7.2.1.1. Absence de façonnement au moyen de renvois

En présence de renvois à des instruments internationaux de droit souple dans l'ordre juridique suisse, l'Assemblée fédérale s'implique à travers les procédures ordinaires prévues en droit suisse. Lorsqu'il s'agit d'un renvoi à un instrument de droit souple dans un traité international, la participation de l'Assemblée fédérale s'effectue sur la base des art. 152 LParl et 166, al. 2 Cst[1104]. Plus particulièrement, le Conseil fédéral continue d'informer les collèges présidentiels des conseils et les CPE de façon régulière, rapide et complète

1104 Pour plus de renseignements sur l'article 152 LParl, voir points 3.1 et 5.1.2.

des développements importants dans ce domaine (art. 152, al. 2 LParl), y compris de la négociation d'un éventuel traité international. Par ailleurs, il consulte les CPE sur les directives ou lignes directrices concernant l'adoption ou la modification d'un mandat pour des négociations internationales importantes à sa charge (art. 152, al. 3 LParl), à savoir toute négociation menée au sein d'organisations internationales ainsi que toutes les négociations bilatérales et multilatérales[1105]. Par la suite, il approuve l'instrument selon les procédures présentées dans le chapitre précédent[1106]. Toutefois, dans les cas où un traité international renvoie à un instrument de droit souple, les droits de participation spécifiques à la politique extérieure et l'approbation dont bénéficient les membres de l'Assemblée fédérale portent uniquement sur les dispositions du traité international lui-même, et non sur l'instrument de droit souple auquel il est fait référence. Par conséquent, il n'existe aucune possibilité de façonner ce dernier.

Concernant les renvois aux instruments internationaux de droit souple dans les lois fédérales, la phase parlementaire est la plus intéressante pour le critère du façonnement. Pendant cette phase, les conseils examinent le projet l'un après l'autre. Tout d'abord, les commissions compétentes en la matière procèdent à l'examen préalable du projet et soumettent des propositions à leur conseil (art. 44, al. 1, lit. a, et al. 2, LParl). Ensuite, chaque conseil tient en premier lieu à un débat d'entrée en matière (art. 74, al. 1, LParl), puis l'examen du projet article par article (discussion par article) et enfin le vote sur l'ensemble du projet (art. 74, al. 2 et 4, LParl). En cas de divergences entre les deux conseils après le premier examen du projet de loi, les décisions divergentes sont transmises entre les conseils pour délibération afin qu'un accord soit trouvé. On parle alors de procédure d'élimination des divergences (art. 89 LParl). Cette dernière peut s'opérer à trois reprises au maximum ; si des divergences subsistent, une conférence de conciliation est désignée (art. 91 LParl). Lors des délibérations parlementaires sur la LPSP, la formulation du renvoi au Code de conduite international des entreprises de sécurité privées de l'art. 7 a été remise en question, notamment au sein du Conseil national[1107]. En effet, la droite estimait que le simple respect et non pas une obligation d'adhésion au Code pour les entreprises aurait suffi. L'argument principal reposait sur le fait qu'une adhésion au Code rangerait automatiquement les simples entreprises fournissant des prestations de surveillance aux côtés d'entreprises de type mercenariat, auxquelles le Code s'adressait principalement, selon les

1105 PROTIC, OK Cst., art. 166 N 19.

1106 Voir point 6.1.1.

1107 Délibérations du Conseil national du 10 septembre 2013, BO 2013 N 1274-80.

partisans de cette position. La gauche, quant à elle, souhaitait maintenir l'adhésion pour toutes les entreprises concernées. Dans le cadre de la procédure d'élimination des divergences, la majorité du Conseil des États ne s'est pas contentée du simple respect, mais a jugé nécessaire que les sociétés adhèrent au Code en argumentant qu'il serait difficile pour l'État d'obtenir les informations nécessaires pour pouvoir vérifier le respect du Code, alors qu'un mécanisme de contrôle existe pour les entreprises ayant adhéré au Code[1108]. Le Conseil national a finalement suivi la majorité du Conseil des États sur l'art. 7 de la LPSP et a accepté l'adhésion obligatoire au Code pour toutes les entreprises[1109]. En outre, il convient d'observer ici que le fond des dispositions du Code n'a pas été discuté par les parlementaires, à l'exception de l'interprétation des termes « dans un environnement complexe » au sens de l'art. 13 du Code par le conseiller national Beat Flach[1110]. Dans tous les cas, leurs discussions à ce propos ne pouvaient pas influencer le contenu du Code lui-même, mais seulement celui de la LPSP et la formulation du renvoi.

La délégation de la compétence de légiférer au Conseil fédéral bénéficiant d'une légitimité suffisante, l'Assemblée fédérale ne participe en principe pas au processus d'édiction d'une ordonnance par le Conseil fédéral. Toutefois, l'Assemblée fédérale maintient ses droits d'information et de consultation dans ce domaine. En ce qui concerne le droit à l'information, le Conseil fédéral tient l'Assemblée fédérale informée de la préparation des ordonnances (art. 151, al. 3 LParl). Quant au droit de consultation, les commissions parlementaires peuvent demander au Conseil fédéral d'être consultées, notamment dans le cas d'une ordonnance importante, sans toutefois que celui-ci soit obligé de tenir compte des recommandations des commissions (art. 22, al. 3 et 151, al. 1 LParl). L'Assemblée fédérale reste libre de prévoir, dans une loi fédérale, que les dispositions d'exécution, qui prennent la forme d'une ordonnance du Conseil fédéral, doivent lui être soumises pour approbation par le biais d'un arrêté fédéral simple[1111]. Tel a été le cas de l'ODiTr précitée[1112], mais pas de l'ONCR et de l'ORAT. Par ailleurs, dans ces deux derniers cas, les commissions parlementaires pertinentes ne semblent pas avoir exigé une consultation,

1108 Délibérations du Conseil des États du 16 septembre 2013, BO 2013 E 731-732.

1109 Délibérations du Conseil national du 19 septembre 2013, BO 2013 N 1540.

1110 Ibid.

1111 À titre d'exemple, en vertu de l'art. 13, al. 2 de la Loi sur le tarif des douanes et de l'art. 4, al. 2 de la Loi sur les préférences tarifaires du 9 octobre 1981 (RS 632.91), le Conseil fédéral doit soumettre chaque année les mesures tarifaires à l'Assemblée fédérale pour approbation.

1112 Message relatif à l'arrêté fédéral concernant l'approbation des modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les fonds propres, p. 6187.

mais l'Assemblée fédérale a dû être informée de leur préparation. Même si des ordonnances contenant des renvois aux instruments internationaux de droit souple étaient soumises pour approbation ou à des consultations, ces dernières ne constitueraient en aucun cas une opportunité pour l'Assemblée fédérale d'exercer une influence quelconque sur le contenu de l'instrument de droit souple ; elles ne lui permettraient que de consentir au renvoi, de s'y opposer ou de proposer des reformulations du renvoi lui-même.

Au vu de ce qui précède, en cas de renvoi, peu importe le degré normatif de l'acte dans lequel celui-ci se trouve, l'Assemblée fédérale se retrouve face à un choix limité : inclure, reformuler ou ne pas inclure le renvoi vers un instrument international de droit souple. Elle ne façonne alors en aucun cas le contenu de l'instrument international de droit souple en établissant un renvoi, c'est-à-dire qu'elle ne participe pas à l'élaboration du contenu qui devient juridiquement contraignant et qui produit des effets contraignants directs au niveau national. Certains considèrent que cette situation est particulièrement problématique en raison du déplacement du rôle de législateur, notamment en cas de renvois dynamiques, tels que l'art. 1er ONCR, qui entraînent une appropriation automatique *de facto* en cas de modifications de normes internationales de droit souple auxquelles ils renvoient[1113]. Cependant, comme nous le verrons dans la section suivante (point 7.2.2), l'Assemblée fédérale inclut de tels renvois soit de son propre gré (dans le cas des lois fédérales directement ou lorsque celles-ci prévoient l'élaboration des ordonnances d'exécution), soit consent à leur présence en approuvant les traités internationaux et les ordonnances.

7.2.1.2. Absence de façonnement au moyen de retranscriptions

La retranscription du contenu d'un instrument international de droit souple dans un acte normatif national ne permet pas, non plus, à l'Assemblée fédérale de façonner le résultat du processus international de création. Il y a lieu de distinguer ici le façonnement de l'instrument de droit souple lui-même de celui de l'acte législatif suisse qui retranscrit le droit souple international. Dans le cas d'une retranscription dans une loi fédérale, les parlementaires sont libres d'influencer et de modifier le contenu pendant la phase parlementaire. En présence d'une retranscription au sein d'un traité international ratifié par la Suisse, l'Assemblée fédérale façonne le contenu de celui-ci principalement

1113 POSCHER, Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, p. 166. Au sujet de la problématique du déplacement du rôle de législateur, voir notamment, WOLFRUM, Introductory Considerations, pp. 19-20, KUMM, Legitimacy, p. 916.

au moyen de ses droits de participation spécifiques à la politique étrangère[1114]. Si la retranscription se trouve dans une ordonnance, l'Assemblée fédérale peut influencer son contenu uniquement si elle est consultée, mais sans que son avis ne lie le Conseil fédéral (art. 22, al. 3 et 151, al. 1 LParl). Au moyen d'une retranscription, l'Assemblée fédérale façonne ainsi uniquement le contenu de l'acte normatif reprenant l'instrument international de droit souple.

7.2.1.3. Absence de façonnement indirect au moyen de la reprise

Plus généralement, la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse, autant les renvois que les retranscriptions, ne permet pas non plus un façonnement indirect des instruments internationaux de droit souple, car elle concerne principalement les normes de droit souple international élaborées par des acteurs privés. Lorsque le Conseil fédéral ne participe pas à la création de l'instrument international de droit souple, le pouvoir dissuasif que l'Assemblée fédérale peut exercer sur le comportement de celui-ci ne déploie aucun effet sur l'issue du processus international. Comme nous l'avons vu en introduction du présent chapitre, tel est notamment le cas des ordonnances d'exécution du Conseil fédéral dont la majorité concerne des instruments produits par des acteurs privés hautement spécialisés dans un domaine technique, mais également des lois fédérales et des traités internationaux.

De plus, même dans le cas où le Conseil fédéral prend part à l'élaboration de l'instrument, la possibilité que cet instrument soit repris par la suite dans un acte normatif contraignant au niveau national semblerait être une éventualité trop incertaine pour exercer une influence sur le comportement du Conseil fédéral relatif au contenu de l'instrument en question au moment de son élaboration. Le Conseil fédéral ne peut pas prévoir, au moment de l'élaboration, que l'instrument sera repris par l'Assemblée fédérale dans une loi fédérale ou que celle-ci établira une clause de délégation à ce propos en vue d'une ordonnance. Dans le cas où une telle clause de délégation existe déjà, aucun pouvoir dissuasif n'est exercé par l'Assemblée fédérale sur le comportement du Conseil fédéral.

Une situation hypothétique particulière peut être envisagée en ce qui concerne le façonnement indirect d'un instrument international de droit souple créée par le Conseil fédéral et repris par la suite dans un traité international. Le Conseil fédéral qui participe à l'élaboration d'un instrument international de droit souple peut déjà prévoir que celui-ci sera repris dans un futur traité international. Rien n'exclut, non plus, que ces deux processus

1114 À ce propos, voir point 5.2.1.

se déroulent en parallèle. En sachant que ce traité hypothétique qui reprendrait l'instrument de droit souple devrait ou pourrait être approuvé par l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral peut adapter son comportement en fonction, même dans le cadre de la création de l'instrument de droit souple. Dans ce cas, c'est l'approbation de l'éventuel traité international qui déploierait un effet indirect sur le comportement du Conseil fédéral en matière de droit souple. On serait alors en présence d'un effet indirect en cascade ; l'éventualité de l'approbation du traité déploierait cet effet en raison de la reprise de l'instrument de droit souple dans celui-ci. Cependant, cette chaîne d'événements nous semble fortement hypothétique et dépendante de l'approbation, un autre mode d'implication parlementaire, pour conclure à l'existence d'un façonnement indirect du contenu de l'instrument international de droit souple par l'Assemblée fédérale au moyen de sa reprise dans un traité international.

7.2.2. Le consentement indirect à l'instrument international de droit souple au moyen de sa reprise dans l'ordre juridique suisse

Bien que la reprise puisse manquer d'un processus formel de « pose de sceau » sur l'instrument international de droit souple, nous soutenons que l'approbation d'un traité international, l'adoption d'une loi fédérale ou la délégation de l'élaboration d'une ordonnance qui fait référence à un instrument de droit international souple ou qui le reproduit constitue effectivement l'expression du consentement à cet instrument. Ainsi, l'Assemblée fédérale donne son consentement à l'application contraignante de cet instrument dans l'ordre juridique interne et l'approuve « indirectement ». Cela vaut d'autant plus dans le cadre de renvois dynamiques ; même sans pouvoir prévoir l'évolution de son contenu, l'Assemblée fédérale consent « indirectement » à toute future version de l'instrument de droit souple auquel il est renvoyé.

7.2.2.1. Consentement indirect au moyen de renvois

Comme nous l'avons vu dans le chapitre 6, suivant les débats parlementaires dans les deux chambres, l'Assemblée fédérale peut soit accepter, soit rejeter le traité, c'est-à-dire soit octroyer, soit rejeter l'approbation lors du vote final. Comme susmentionné, l'approbation est l'expression d'un consentement explicite de l'Assemblée fédérale à travers un acte de droit national rendu dans le cadre de la procédure de décision interne[1115]. Ainsi, lorsqu'un traité contient un renvoi à un instrument international de droit souple, l'Assemblée fédérale

1115 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 32 ; EHRENZELLER, Aussenpolitik, pp. 456 ss.

en prend connaissance et y consent en approuvant le traité. Afin d'illustrer ce propos, nous nous référons à l'exemple de la Convention internationale contre le dopage dans le sport exposé en introduction du présent chapitre[1116]. Lors de la table ronde de l'UNESCO du 10 janvier 2003, les ministres de l'éducation physique et des sports ou leurs représentants issus de 103 pays ont demandé l'élaboration d'une Convention internationale contre le dopage dans le sport. La Suisse a activement participé aux délibérations qui ont suivi et a commenté les projets successifs dans le cadre de réunions d'experts élargies[1117]. Par la suite, la procédure dite ordinaire a été appliquée au niveau national. Le 5 septembre 2007, le Conseil fédéral a présenté le projet d'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale contre le dopage dans le sport à l'Assemblée fédérale en proposant de l'adopter[1118]. Lors du vote final, le traité avec ses nombreux renvois au Code mondial antidopage, un instrument international de droit souple, a été approuvé par 41 voix contre 0 au Conseil des États[1119] et par 183 voix contre 5 au Conseil national[1120], sans avoir été soumis au référendum facultatif. Ainsi, en approuvant le traité, l'Assemblée fédérale a également exprimé son consentement aux autres instruments auxquelles les dispositions du traité approuvé renvoyaient.

En incluant un renvoi à un instrument de droit souple dans une loi fédérale, l'Assemblée fédérale interagit avec celui-ci et y consent indirectement par le biais de l'adoption de la loi. Lorsque les deux conseils arrivent à un accord, le texte de la loi qui contient un ou plusieurs renvois à un instrument international de droit souple est soumis au vote final dans les deux conseils (art. 81 LParl), avant d'être publiée dans la Feuille fédérale (art. 13, al. 1, lit. e Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (LPubl)[1121]). La loi peut ensuite être soumise au référendum facultatif au sens de art. 141, al. 1, lit. a Cst. Par exemple, la LPSP précitée, qui contient des renvois à des instruments internationaux de droit souple, a été adoptée lors du vote final du 27 septembre 2013 par une majorité écrasante de 40 contre deux votes au Conseil des États[1122] et de 194 votes et une abstention au Conseil national[1123].

1116 Voir point 7.1.

1117 Message concernant la Convention internationale contre le dopage dans le sport, p. 6138.

1118 Ibid., p. 6133.

1119 Vote final du Conseil des États du 13 juin 2008, BO 2008 E 534.

1120 Vote final du Conseil national du 13 juin 2008, BO 2008 N 1025.

1121 RS 170.512.

1122 Vote final du Conseil des États du 27 septembre 2013, BO 2013 E 839.

1123 Vote final du Conseil national du 27 septembre 2013, BO 2013 N 1541.

Lorsque le renvoi est contenu dans une ordonnance du Conseil fédéral, deux cas de figures doivent être distingués. Tout d'abord, si l'Assemblée fédérale prévoit dans une loi fédérale que les dispositions d'exécution doivent lui être soumises pour approbation, nous considérons que le critère du consentement est rempli. En effet, l'Assemblée fédérale prend connaissance de l'ordonnance du Conseil fédéral qui contient le renvoi à un instrument international de droit souple, l'approuve par le biais d'un arrêté fédéral simple, acquiesçant indirectement à l'instrument de droit souple lui-même. Cependant, le consentement de l'Assemblée fédérale à l'instrument international de droit souple, auquel une ordonnance du Conseil fédéral renvoie, pourrait être remis en question dans le second cas de figure. Le consentement semble manquer dans la situation où la participation de l'Assemblée fédérale se limite à l'information de la préparation de l'ordonnance. Tel est également le cas lorsqu'une commission parlementaire demande au Conseil fédéral d'être consultée, sans pour autant fonder une obligation pour ce dernier de tenir compte de son avis consultatif. Toutefois, il convient ici de rappeler que le Conseil fédéral peut édicter des règles de droit sous forme d'ordonnance uniquement dans la mesure où la Constitution ou la loi l'y autorisent, actes normatifs adoptés par l'Assemblée fédérale elle-même[1124]. En prévoyant de telles délégations de compétence pour l'élaboration de règles secondaires, l'Assemblée fédérale devrait s'attendre à l'inclusion de renvois à d'autres instruments, surtout dans les domaines hautement techniques et internationalisés. Par conséquent, nous considérons qu'elle y consent indirectement, même lorsqu'elle n'approuve pas une ordonnance d'exécution du Conseil fédéral.

7.2.2.1.1. Consentement indirect au moyen de renvois dynamiques

Nous considérons que le critère du consentement est indirectement rempli même en cas de renvois dynamiques dans des traités internationaux, des lois fédérales ou des ordonnances du Conseil fédéral. Il est vrai que dans le cas d'un renvoi dynamique, le législateur dispose d'une représentation concrète du contenu de la norme à laquelle il renvoie uniquement au moment de l'entrée en vigueur de l'acte législatif et peut ainsi déterminer sa conformité au droit exclusivement à ce moment-là[1125]. En créant ou en approuvant un acte normatif contenant un renvoi dynamique, le législateur signe un « chèque en blanc », car il ne dispose d'aucune garantie que l'auteur de la norme à laquelle il fait référence ne modifiera pas *contra legem* les normes constituant ainsi le

1124 Du point de vue de la quantité, les ordonnances du Conseil fédéral forment la majorité des actes législatifs fédéraux, MAHON, Droit constitutionnel, p. 284.

1125 Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, p. 193.

complément de l'acte législatif[1126]. Le caractère automatique du renvoi dynamique octroie donc la compétence à l'auteur de la norme de modifier l'objet du renvoi sans et possiblement, contrairement, à la volonté du législateur ; on peut alors distinguer une délégation déguisée de compétences législatives à un organe extra-étatique[1127]. C'est pour cette raison que la question de la constitutionnalité du renvoi dynamique est controversée, en d'autres termes celui-ci n'est, en principe, pas admissible en vertu du droit constitutionnel actuel avec quelques exceptions[1128]. Le Tribunal fédéral s'avère particulièrement généreux à ce propos dans le domaine des matières techniques, car il s'agit *funktional um Verwaltung*[1129], notamment en cas de renvoi à des normes d'associations économiques privées ou d'organisations spécialisées, qui sont si peu importantes qu'elles pourraient faire l'objet d'une ordonnance d'exécution[1130]. Ainsi, le renvoi dynamique est exceptionnellement admis sous plusieurs conditions. Premièrement, les conditions de la délégation de la législation à des organisations privées doivent être remplies[1131]. Deuxièmement, les normes privées auxquelles il est renvoyé doivent être utilisées de manière répandue, se rapporter à une matière très technique, avoir un caractère de recommandation (donc de droit non-contraignant) et être développées par des cercles d'experts selon un processus connu et accepté des personnes concernées qui sont libres d'y prendre part[1132]. L'Office fédéral de la justice illustre ces conditions d'admissibilité d'un renvoi dynamique avec l'exemple de l'art. 76, al. 1 de l'Ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 16 décembre 2016[1133] qui renvoie au Code d'usages international recommandé du Codex Alimentarius en ce qui concerne les bonnes pratiques d'hygiène pour les denrées alimentaires[1134]. Concernant la condition de disposer d'un processus connu et accepté des personnes concernées qui peuvent y prendre part, le processus d'élaboration des normes du Codex Alimentarius est publié sous forme de texte et de schéma sur son site internet[1135] et les

1126 Ibid.

1127 Directives du canton de Berne sur la procédure législative, p. 22.

1128 Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, pp. 193-194.

1129 « D'une question administrative, fonctionnellement parlant » [traduction libre].

1130 ATF 136 I 316, consid. 2.4.1 ; MÜLLER et al., Rechtssetzungslehre, pp. 203-205.

1131 Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, p. 194.

1132 Ibid.

1133 RS 817.02.

1134 Les Principes généraux d'hygiène alimentaire CXC 1-1969 adoptés en 1969, amendés en 1999 et révisés pour la dernière fois en 2022, sont disponibles sur le site du Codex Alimentarius.

1135 Le processus d'élaboration de normes au sein du Codex Alimentarius peut être consulté sur le site du Codex Alimentarius.

organisations tierces peuvent obtenir le statut d'observateur auprès de sa Commission, qui compte actuellement un nombre élevé d'organisations intergouvernementales, non gouvernementales et du système des Nations Unies[1136].

En ce qui concerne le critère du consentement, il pourrait être argumenté que l'Assemblée fédérale n'approuve que la version actuelle de l'instrument international de droit souple auquel il est renvoyé de manière dynamique, mais accepte les yeux fermées toutes les versions futures. À notre avis, l'Assemble fédérale consent indirectement à cet instrument, car elle prend connaissance de la qualité dynamique du renvoi, approuve ou adopte l'acte normatif qui le contient de son propre gré et accepte donc, de manière anticipée, toute future modification de l'instrument de droit souple. Le législateur fédéral ne peut certes pas prévoir ces évolutions à venir, mais il y consent par sa volonté pleine et entière. Le caractère dynamique ne devrait donc pas remettre en question la satisfaction du critère du consentement.

7.2.2.2. Consentement indirect au moyen de retranscriptions

La même réflexion peut être transposée dans le cas où un acte normatif contraignant au niveau national retranscrit le contenu d'un instrument international de droit souple. En approuvant ou en adoptant un tel acte, l'Assemblée fédérale consent au contenu de l'instrument de droit souple. Cependant, il convient ici de préciser que le consentement de l'Assemblée fédérale ne porte que sur la partie du contenu qui est effectivement retranscrite. En d'autres termes, si l'acte normatif national retranscrit le contenu de l'instrument international de droit souple dans son entièreté, le consentement de l'Assemblée au droit souple concerne l'intégralité de celui-ci. En revanche, si l'acte normatif ne reprend que quelques dispositions ou éléments de l'instrument international de droit souple, il ne s'agit que d'un consentement partiel de la part de l'Assemblée fédérale.

7.2.3. L'absence de politisation de l'instrument international de droit souple au moyen de sa reprise dans l'ordre juridique suisse

Le fait de renvoyer à ou de retranscrire le contenu d'un instrument international de droit souple dans un acte normatif de droit interne ne permet pas à l'Assemblée fédérale de politiser l'instrument de droit souple lui-même. Une analyse similaire à celle relative au critère du façonnement peut être effectuée ici. La politisation au sujet du droit souple s'avère certes possible, mais

1136 Codex Alimentarium, À propos du Condex, Observateurs du Codex.

uniquement dans le cadre de l'élaboration de l'acte normatif national qui reprend l'instrument de droit souple (le traité international selon les droits de participation spécifiques à la politique étrangère, la procédure parlementaire dite classique d'une loi fédérale et l'ordonnance du Conseil fédéral en cas de consultation ou d'approbation). Une telle politisation est surtout possible dans le cas d'une retranscription, car celle-ci porte spécifiquement sur une partie du contenu de l'instrument de droit souple et non pas sur le simple choix binaire de son inclusion, comme le renvoi.

Dans le cas d'un renvoi, peu importe l'acte normatif qui le contient, la politisation parlementaire peut essentiellement porter sur la question binaire de l'inclusion du renvoi ainsi que sur ses caractéristiques (direct/indirect, statique/dynamique), et moins sur le texte auquel il est renvoyé. Plus précisément, les discussions parlementaires sur ces questions ne formulent aucunement des alternatives politiques à destination de l'auteur de l'instrument international de droit souple. Comme susmentionné, dans l'exemple de la LPSP, le débat parlementaire a uniquement porté sur la formulation du renvoi au Code de conduite international des entreprises de sécurité privées, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'art. 7 LPSP allait exiger l'adhésion des entreprises suisses au Code ou allait se satisfaire de demander le simple respect de celui-ci[1137]. L'exigence de l'alternativité permettant de dégager un effet politisant n'est donc pas remplie.

Concernant la retranscription du contenu dans un instrument de droit souple, on pourrait croire, à tort, que le critère de la politisation est au moins rempli dans le cas d'une loi fédérale, car l'Assemblée fédérale est son auteure. En effet, durant la phase parlementaire, la discussion par article au sein de chaque Conseil constitue le moment opportun pour la formulation des alternatives personnelles et substantielles. De plus, la possibilité d'un changement juridique dans le futur reposerait entre les mains de l'Assemblée fédérale. Toutefois, l'impact de cette politisation se voit limité à l'acte normatif contraignant en droit suisse qui contient la retranscription, sans se refléter de quelconque manière sur le résultat du processus de droit souple lui-même. Nous pouvons éventuellement parler d'une « politisation indirecte » du contenu de l'instrument international de droit souple, mais sans que celle-ci se reflète sur ou contribue à la légitimité de l'instrument en question, au-delà de celle qui est apportée par le critère du consentement.

1137 Délibérations du Conseil national du 10 septembre 2013, BO 2013 N 1274-80.

7.2.4. L'absence de représentation par le biais de la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse

Aucune des techniques de reprise du droit souple international dans l'ordre juridique interne ne remplit le critère de la représentation, que ce soit directement ou indirectement. Tout d'abord, une représentation directe n'est pas envisageable ici, car aucun des deux aspects de ce mode d'implication parlementaire ne permet à l'Assemblée fédérale d'activement prendre part dans le processus international, mais la mettent dans une situation où elle peut uniquement réceptionner le résultat dudit processus et choisir de l'intégrer ou non à son échelle. L'Assemblée fédérale n'a ainsi pas l'opportunité de communiquer les préoccupations de la population directement à l'environnement international, notamment lorsque l'instrument est élaboré par les acteurs privés, mais reste libre de reprendre ce dernier.

En outre, la reprise du droit international souple, qu'elle soit sous la forme de renvois ou de retranscription, n'entraîne en aucun cas une réflexion de la position de l'Assemblée fédérale dans le comportement du Conseil fédéral sur la scène internationale. Il s'agit plutôt d'une validation ultérieure des actions de l'exécutif ou des autres acteurs nationaux et internationaux directement impliqués dans le processus international de création de l'instrument. De même, le fait de formuler des renvois indirects ou dynamiques ne permet pas de représenter la future volonté de l'Assemblée fédérale, car sa volonté sur le fond des questions réglées par les instruments internationaux de droit souple concernés n'est pas connue. L'intégration des normes internationales non-contraignantes dans les cadres juridiques nationaux réduit effectivement le fossé entre l'Assemblée fédérale et le pouvoir exécutif, ainsi que d'autres entités nationales qui s'engagent plus activement dans la politique extérieure ou qui interagissent étroitement avec des entités privées qui établissent des normes internationales noncontraignantes. Toutefois, on ne peut pas affirmer qu'il s'agit d'une représentation indirecte au sens de la présente évaluation.

7.2.5. L'absence de surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple au moyen de la reprise dans l'ordre juridique suisse

Aucune des deux techniques de reprise du droit souple international dans l'ordre juridique interne ne permet à l'Assemblée fédérale de surveiller le comportement du Conseil fédéral dans ce domaine. Deux situations doivent être distinguées dans l'analyse de ce dernier critère. Premièrement, lorsque l'instrument de droit souple auquel il est renvoyé ou dont le contenu est retranscrit

a été créé sans la participation du Conseil fédéral, il va de soi qu'aucune surveillance du comportement de ce dernier n'est possible. Cette situation concerne donc principalement les instruments internationaux de droit souple élaborés uniquement par les acteurs privés, dont le comportement échappe au contrôle parlementaire. La seconde situation concerne la reprise des instruments internationaux de droit souple créés avec la participation du Conseil fédéral. Le fait pour l'Assemblée fédérale d'approuver ou adopter des actes normatifs nationaux qui contiennent des renvois ou des retranscriptions du contenu de ces instruments internationaux de droit souple n'équivaut pas à la réception de toutes les informations à ce propos.

Quand bien même nous ne considérons pas le critère de la surveillance rempli par la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse, deux éléments méritent d'être soulignés. Premièrement, lorsque l'Assemblée fédérale délègue, par le biais d'une loi fédérale, la reprise d'un certain instrument de droit souple international au Conseil fédéral dans une ordonnance, elle dirige ses futures interactions avec le droit souple, sans toutefois surveiller son comportement international. Deuxièmement, le fait de reprendre du droit souple dans les actes normatifs nationaux peut certainement contribuer à une sensibilisation publique du Conseil fédéral et des autres acteurs impliqués dans sa création, mais ne permet pas la surveillance de leurs comportements.

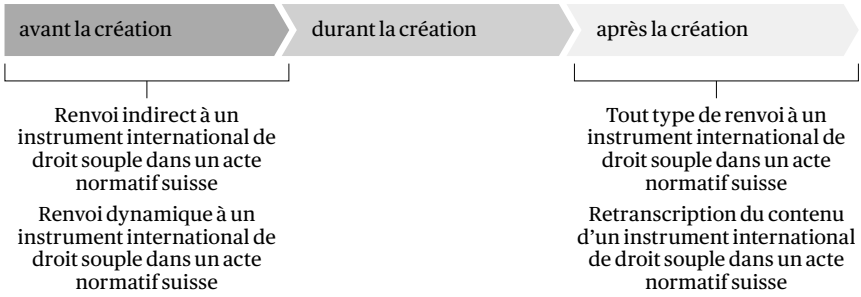
Après avoir exposé le raisonnement derrière le score d'apport de légitimité de la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique interne, nous argumentons pourquoi nous considérons que ce mode d'implication parlementaire habilite une certaine implication de l'Assemblée fédérale avant et après la création de l'instrument international de droit souple repris.

7.3. L'évaluation de la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse selon le moment de l'implication

La reprise des instruments internationaux dans l'ordre juridique suisse permet l'implication du Parlement principalement après leur création en donnant indirectement son consentement (point 7.3.1). De plus, les renvois indirects et les renvois dynamiques habilitent l'implication de l'Assemblée fédérale également avant la création de l'instrument (point 7.3.2). Nous parlons alors d'un consentement indirect anticipé à l'instrument international de droit souple. Les résultats de l'évaluation selon le moment de l'implication sont illustrés à la Figure 14 ci-dessous.

Figure 14. Dimension temporelle : Intervention de la reprise dans l'ordre juridique suisse dans la vie d'un instrument international de droit souple.

Ligne temporelle d'un instrument international de droit souple



7.3.1. Après la création du droit souple : les renvois et les retranscriptions

En approuvant ou adoptant un acte normatif qui inclut des renvois ou retranscrit le contenu d'un instrument international de droit souple, l'Assemblée fédérale s'implique après la création de celui-ci. Un État, en l'occurrence la Suisse, peut décider d'inclure un instrument de droit souple dans son ordre juridique interne au moment où le processus d'élaboration de celui-ci se termine. Si nous transposons cette observation dans le cadre de la présente thèse, nous arrivons à la conclusion que la phase temporelle qui est particulièrement pertinente pour la reprise du droit souple international dans le droit interne s'avère en définitive être la phase dite « après la création de l'instrument ». En d'autres mots, le Parlement s'implique lorsque l'instrument de droit souple est déjà créé et son contenu déterminé, donc *a posteriori*. Cela est particulièrement vrai pour les renvois ; l'auteur du traité international, de la loi fédérale ou de l'ordonnance concernée est au courant de l'existence et du contenu de l'instrument de droit souple auquel il renvoie.

La même chose peut être observée pour la retranscription. En cas de retranscription, l'Assemblée fédérale ne bénéficie pas de la possibilité d'influencer directement le contenu de la norme de droit souple elle-même et donc, son implication n'intervient qu'après la création de l'instrument de droit souple. Cependant, en retranscrivant, l'auteur du traité international, de la loi fédérale ou de l'ordonnance a la possibilité d'influencer le contenu de l'instrument, qui deviendra contraignant au niveau national, en amont ou durant sa formation, en reprenant le texte de droit souple dans son intégralité ou partiellement, en l'adaptant ou en le modifiant. Par conséquent, dans le cadre de ces procédures de formation du droit dur, l'Assemblée fédérale a

la possibilité d'intervenir avant et pendant, qu'il s'agisse d'une retranscription d'un traité international lors duquel elle exerce ses droits de participation spécifiques à la politique étrangère, ou d'une loi fédérale qu'elle élabore, puis adopte elle-même ou encore dans le cadre d'une ordonnance, en cas de consultation par le Conseil fédéral. En ce qui concerne la formation de l'instrument de droit souple, l'Assemblée fédérale ne peut le retranscrire qu'une fois que son contenu est définitivement déterminé, c'est-à-dire après sa création.

7.3.2. Avant la création du droit souple : les renvois indirects et les renvois dynamiques

Un traité international, une loi fédérale ou une ordonnance du Conseil fédéral peuvent renvoyer à un instrument international de droit souple prospectif ou à son évolution future au moyen de renvois indirects et de renvois dynamiques. L'implication parlementaire a alors lieu avant la création de l'instrument en question. Plus précisément, en approuvant ou adoptant un acte normatif contenant un tel renvoi, l'Assemblée fédérale y consent indirectement et de manière anticipée.

Ce cas de figure concerne particulièrement les renvois indirects, c'est-à-dire ceux qui ne se réfèrent pas spécifiquement à un instrument de droit souple particulier. Par exemple, comme nous l'avons vu en introduction du présent chapitre, certaines dispositions peuvent renvoyer aux « règles techniques reconnues ». Ces notions sont susceptibles de varier dans le temps et de nouvelles règles, inexistantes au moment de l'adoption du renvoi, peuvent être reconnues ou adoptées plus tard. Même si l'acte normatif précise la notion, comme à l'art. 4, al. 2 de l'Ordonnance sur les installations électriques à courant fort selon lequel les « règles techniques reconnues » sont celles établies par la CEI et le CENELEC, il ne peut pas être exclu que ces organisations adoptent de nouvelles normes à l'avenir. En présence de tels renvois indirects, l'Assemblée fédérale se voit impliquée avant la création de l'instrument international de droit souple en y donnant son consentement de manière anticipée.

Il serait également possible de considérer qu'une telle implication existe avant la création de l'instrument de droit souple en présence de renvois dynamiques à des instruments spécifiques qui subissent des modifications ultérieures majeures. En revanche, la même réflexion ne peut pas être transposée aux cas de retranscription puisque le contenu de l'instrument de droit souple doit déjà être existant et connu avant de pouvoir être retranscrit. Par conséquent, l'Assemblée fédérale n'intervient qu'après la création de l'instrument international de droit souple au moyen de la retranscription de son contenu dans le droit national.

Quant à la phase temporelle de la création d'un instrument de droit souple optimale en présence de la reprise du droit souple international, PETRIG et SINZ plaident en faveur d'une participation parlementaire précoce à l'instrument de *soft law* lui-même pour des raisons d'anticipation de la reprise du contenu[1138]. Au vu de ce qui précède, cet argument vaut davantage pour la reprise du droit souple sous forme de renvois indirects et dynamiques. En raison de la reprise automatique de toutes les modifications futures d'une norme de droit souple en cas de renvoi dynamique ou de l'éventualité d'apparition de nouveaux instruments de droit souple inexistants au moment de l'établissement du renvoi indirect, une implication parlementaire durant les procédures de modifications majeures ou d'élaboration de nouveaux instruments serait, à notre avis, souhaitable, car ces derniers deviennent contraignants au niveau national. Ces implications s'apparenteraient à notre phase temporelle « durant » la création du droit souple, car même s'il s'agit d'une modification ultérieure en cas de renvoi dynamique, le contenu du droit souple est retravaillé, voire même recréé. Toutefois et comme susmentionné[1139], ces processus sont très nombreux et souvent entre les mains des acteurs non-étatiques ce qui ne permet pas, ou seulement de manière très limitée, aux États, et donc aux parlements nationaux, de faire valoir une volonté formée au niveau interne[1140]. De plus, la nécessité d'une reconnaissance juridique flexible des normes internationales privées et d'une réaction rapide à leurs modifications justifierait difficilement l'introduction d'une telle implication parlementaire supplémentaire[1141].

7.4. Conclusion intermédiaire sur la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse

L'examen de la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique interne nous a permis de nous intéresser à la question fondamentale d'un droit à géométrie variable, c'est-à-dire de la réconciliation entre un ordre normatif vertical dit classique et les réglementations internationales de plus en plus nombreuses issues des acteurs non-étatiques. CHASSAGNARD PINET et DELALIEUX formulent cette problématique de manière particulièrement claire :

1138 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 63.

1139 Voir point 6.1.

1140 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 63.

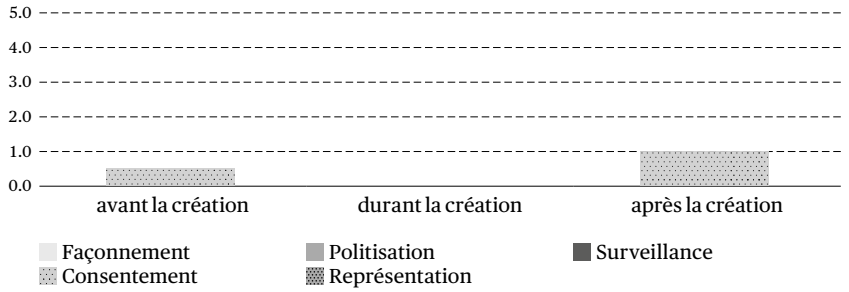
1141 MICHAEL, Private Standardsetter, p. 444.

« Alors que l'État reste enserré par ses limites géographiques, sous l'effet de la mondialisation, les frontières s'estompent et les ordres publics nationaux s'affaiblissent. La scène internationale n'est plus limitée aux relations interétatiques mais s'ouvre aux sujets privés qui jouent désormais un rôle actif dans l'émergence d'un dispositif normatif transnational »[1142]. Ainsi, nous avons tenté d'aborder dans le présent chapitre la mise au défi du rôle du législateur étatique par l'avènement des régulateurs privés sur la scène internationale. Nous sommes partie du constat que l'Assemblée fédérale interagit avec les instruments internationaux de droit souple lorsque ceux-ci sont repris en droit fédéral suisse et que cette reprise constitue donc un mode d'implication parlementaire au sens de la présente thèse, même si une telle considération n'a jamais été faite dans les études antérieures. L'examen du rôle de l'Assemblée fédérale dans ce cadre a été d'autant plus important qu'il s'agisse de la transformation du droit souple international en droit dit dur.

La Figure 15 illustre nos résultats. En approuvant un traité international, en adoptant une loi fédérale ou en déléguant l'élaboration d'une ordonnance qui renvoient à ou reprennent le contenu d'un instrument international de droit souple, l'Assemblée fédérale donne indirectement son consentement à cet instrument. Ce critère de création de légitimité est rempli par tous les éléments constituant le mode d'implication parlementaire examiné, c'est-à-dire par tout type de renvois ainsi que par la retranscription après la création de l'instrument international de droit souple. Plus précisément, un renvoi ou une retranscription d'un instrument de droit souple peuvent être inclus dans les actes normatifs nationaux une fois qu'ils existent, c'est-à-dire après leur création. Nous parlons alors à ce propos d'un consentement indirect postérieur de la part de l'Assemblée fédérale. Comme tous les éléments de ce mode d'implication parlementaire sont concernés par la phase temporelle « après la création », ce critère est entièrement rempli lors de cette phase temporelle. De surcroit, nous avons observé que le critère de consentement est également rempli avant la création de l'instrument international de droit souple en présence de renvois indirects ou dynamiques. Ainsi, une satisfaction partielle à ce critère est indiquée lors de la phase temporelle « avant la création », car uniquement certains éléments de ce mode d'implication parlementaire y répondent. Cependant, un point étant le maximum pouvant être alloué par critère de création de légitimité, le score de la reprise du droit souple dans l'ordre juridique suisse n'est que d'un point sur cinq, même si le critère du consentement est rempli entièrement après la création du droit souple et partiellement avant celle-ci.

1142 CHASSAGNARD PINET et DELALIEUX, Privatisation, p. 86.

Figure 15. Apport de légitimité par la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse avant et après sa création.



Trois remarques conclusives convergentes découlent de l'évaluation de la reprise dans l'ordre juridique suisse en tant que mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. Nos résultats démontrent qu'en présence du droit souple créé uniquement par les acteurs privés, l'implication parlementaire ne peut concerner que l'instrument de droit interne repreneur, ce qui peut soulever des questions de légitimité démocratique de l'instrument repris[1143]. Contrairement aux projets de droit souple auquel les gouvernements prennent part et en matière desquels les parlements disposent d'autres modes d'implication, le seul mode d'implication parlementaire envisageable pour les normes créées par des acteurs privés est la reprise dans l'ordre juridique interne. La délégation de la réglementation au secteur privé constitue certes une opportunité de pallier les défauts des normalisations exclusivement étatiques, de décharger le législateur et de se reposer sur des connaissances expertes et techniques des particuliers[1144]. Certains auteurs plaident même en faveur d'une habilitation légale très générale de l'exécutif à reconnaître juridiquement les normes privées (nationales ou internationales) à cause d'un besoin d'action flexible et rapide, manquant aux lourdes procédures parlementaires[1145]. Toutefois, nos résultats démontrent que le fait de reprendre ces normes dans l'ordre juridique interne ne permet au Parlement de contribuer à la légitimité de l'instrument repris qu'en y consentant de manière indirecte, principalement après sa création. Dans le contexte des normes privées, il conviendrait donc de s'intéresser à des sources de légitimité additionnelles. Par exemple, le concept de *(democratic) output legitimacy* selon lequel la légitimité peut également être revendiquée en vertu de l'efficacité des règles, en ce sens qu'elles font ce qu'elles sont censées faire et qu'elles

1143 MÜLLER et al., Rechtssetzungslehre, p. 307.

1144 Ibid.

1145 MICHAEL, Private Standardsetter, p. 444.

fonctionnent, est largement étudiée dans ce contexte[1146]. Dans la conclusion de la présente thèse, nous mènerons davantage de réflexions sur la réglementation internationale par les acteurs privés en tant que limite structurelle à l'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple[1147].

En outre, en cas de reprise du droit international souple dans les actes normatifs nationaux, de nombreuses activités qui pourraient remplir d'autres critères de création de légitimité, notamment les critères du façonnement et de la politisation, s'accomplissent uniquement dans le cadre des procédures nationales prévues pour l'acte normatif repreneur en droit interne. L'importance de ce constat réside dans le fait qu'il nous permet de conclure que ce mode habilite l'implication parlementaire plutôt au niveau national qu'international, ce qui explique son apport de légitimité modeste aux instruments internationaux de droit souple.

Enfin, une implication de l'Assemblée fédérale dans les processus de création des normes internationales de droit souple par les acteurs privés nous paraît difficilement concevable, d'où l'importance de leur reprise en droit interne. Nous ne contredisons pas l'affirmation de PETRIG et SINZ selon laquelle une implication parlementaire précoce dans le processus de droit souple pourrait être importante dans le cas où son contenu devenait partie intégrante du droit dur[1148], mais souhaitons souligner deux points à ce propos. Premièrement, exception faite des traités internationaux conclus selon la procédure simplifiée[1149] et des ordonnances du Conseil fédéral qui ne sont pas soumises pour approbation à l'Assemblée fédérale, cette dernière décide de son propre gré d'approuver ou d'adopter les actes normatifs qui reprennent le droit souple. Il s'ensuit qu'elle consent pleinement et entièrement à leur application contraignante, même sans avoir participé à leur processus de création ou sans avoir conscience d'éventuelles modifications à l'avenir en cas de renvois dynamiques. Deuxièmement, en l'absence d'un rôle actif du Conseil fédéral dans le processus de création de l'instrument de droit souple, le seul contexte dans lequel il serait possible de concevoir une implication parlementaire durant ledit processus serait une activité parlementaire directement dans les fora internationaux. Donc, une implication parlementaire précoce dans le processus d'un instru-

1146 À ce propos voir, KARMEL et KELLY, Securities Regulation, p. 933 ; KEOHANE, *Decisiveness and Accountability as Part of a Principled Response to Nonstate Threats*, pp. 219 ss ; STEFFEK, *The Democratic Output Legitimacy of International Organizations* ; MENA et PALAZZO, *Input and Output Legitimacy of Multi-Stakeholder Initiatives*, pp. 527 ss.

1147 Voir point 9.2.2.

1148 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, pp. 62-63.

1149 Voir point 6.1.1.3.

ment international de droit souple, créé sans participation étatique, qui devient, par la suite, partie intégrante du droit suisse par le biais d'un renvoi ou d'une retranscription, est difficilement réalisable. La solution des activités parlementaires internationales fait l'objet de notre prochain chapitre, qui porte sur les relations extérieures de l'Assemblée fédérale en tant que mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple international.

8. Les relations extérieures de l'Assemblée fédérale

Dans le cadre de ses activités internationales, la conseillère nationale Anne est membre de la délégation de l'Assemblée fédérale auprès de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et accompagne occasionnellement les conseillères et conseillers fédéraux lors de voyages diplomatiques. Elle entretient, par ces moyens, les relations extérieures de l'Assemblée fédérale qui lui permettent, entre autres, d'interagir avec les instruments internationaux de droit souple. D'une part, sa participation à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe lui permet de contribuer directement à la création de tels instruments[1150]. D'autre part, les échanges dans ces cercles internationaux lui permettent d'acquérir de nouvelles connaissances et d'obtenir des informations au sujet du droit souple international. Le dernier chapitre thématique de la présente thèse aborde ces différentes relations extérieures des membres de l'Assemblée fédérale en tant que mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. Il évalue si, comment et quand l'usage de celles-ci apporte de la légitimité aux instruments internationaux de droit souple. Il propose également de réfléchir à la question de savoir si le manque d'implication dans le domaine du droit souple international ressenti par les parlementaires suisses pourrait être comblé par une exploration plus poussée des relations extérieures du Parlement. Nos résultats démontrent que l'Assemblée fédérale pourrait renforcer son rôle dans le domaine du droit souple en intensifiant ses interactions avec les autres parlements nationaux et les organisations internationales. En guise d'introduction, nous expliquons brièvement pourquoi la discussion sur l'implication parlementaire en matière de droit souple, et dans le domaine de la politique extérieure plus généralement, ne devrait pas être limitée aux frontières nationales et comment le dépassement de ces dernières sous forme de relations extérieures de l'Assemblée fédérale permet de contribuer à la légitimité démocratique de ces instruments.

1150 Par exemple, la Résolution 2383 (2021) « Pass ou certificats covid : protection des droits fondamentaux et implications légales » ou encore la Recommandation 2217 (2021) « L'impact de la pandémie de Covid-19 sur l'éducation et la culture ».

Les relations extérieures de l'Assemblée fédérale méritent d'être considérées dans une thèse portant sur sa participation en matière de droit international souple. Les relations internationales et la diplomatie ont traditionnellement été réservées à l'action gouvernementale et pendant longtemps, les parlements sont restés des acteurs marginaux sur la scène internationale[1151]. Cependant, certaines faibles formes de coopération interparlementaire internationale ont pu être aperçues à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, lorsque l'Union interparlementaire a été créée en 1889[1152]. Les expériences internationales des parlements nationaux ont considérablement gagné en importance depuis quelques décennies, ce qui est dû aux changements substantiels du contexte géopolitique après la fin de la guerre froide, puis en raison de la montée en puissance des relations internationales en tant que domaine d'action central[1153]. Les parlementaires ne s'engagent en politique extérieure plus seulement en l'influençant au sein des parlements nationaux, mais également en menant des relations diplomatiques parlementaires et en agissant au sein des organisations interparlementaires[1154]. Dans le contexte actuel dans lequel l'interdépendance transnationale ne cesse de s'accroître et où la communication est devenue aussi universelle qu'immédiate, la nécessité de l'internationalisation de l'activité parlementaire devient une évidence[1155]. Les présidents des parlements ont réaffirmé en septembre 2005 que « [...] les parlements doivent être activement engagés sur la scène internationale, non seulement par la coopération interparlementaire et la diplomatie parlementaire, mais aussi en contribuant aux négociations internationales, en suivant le déroulement, en supervisant la mise en œuvre par les gouvernements des instruments adoptés et en veillant au respect des normes internationales et de l'état de droit. De même, le Parlement doit être plus soucieux de passer au crible les activités des organisations internationales et d'apporter une contribution à leurs débats »[1156]. Le dialogue entre les parlements nationaux ne se limite plus uniquement à un échange mutuel sur leurs pratiques internes respectives, mais s'intéresse également à la politique étrangère de leurs États et aux questions

1151 SCHWAB, L'émergence de la diplomatie parlementaire – pratique, défis et risques, p. 2.

1152 UIP, Histoire de l'UIP.

1153 GRIGLIO et LUPO, *Inter-parliamentary Cooperation in the EU and outside the Union: Distinctive Features and Limits of the European Experience*, p. 3 ; ŠABIČ, *Building Democratic and Responsible Global Governance: The Role of International Parliamenty Institutions*, p. 257.

1154 MALAMUD et STAVRIDIS, *Parliaments and Parliamentarians as International Actors* in The Ashgate Research Companion to Non-State Actors (Londres : 2011), pp. 101-103.

1155 DE PUIG, *International Parliamentarism: An Introduction to its History*, p. 16.

1156 Déclaration de l'UIP, Combler le déficit démocratique dans les relations internationales : un plus grand rôle pour les parlements.

de portée globale à l'ordre du jour des décisions internationales, principalement gouvernementales[1157].

L'analyse des enjeux de notre question de recherche ne doit donc pas se limiter à l'examen des possibilités de l'implication parlementaire au sein des frontières nationales. Les relations extérieures de l'Assemblée fédérale permettent aux parlementaires de créer des liens plus étroits entre leur travail national et les thématiques internationales qu'ils peuvent, par la suite, soulever de manière pertinente au niveau national et les placer dans un contexte plus large[1158]. Cette réflexion s'inscrit dans la conception de la politique extérieure en tant que *two-level game* formulée par PUTNAM, selon laquelle les négociations internationales constituent des « jeux à deux niveaux » qui se déroulent simultanément au niveau national et international[1159]. Cette théorie se réfère aux acteurs principaux en matière de politique extérieure, à savoir les gouvernements nationaux[1160]. Cependant, au vu de la multiplication des activités internationales des parlements nationaux, ce concept de deux champs d'action peut, à notre avis, être transposé à ces derniers. Il serait ainsi illusoire de croire que le déficit de légitimité démocratique du droit international souple allégué en raison d'une interaction insuffisante avec le parlement, puisse être réglé uniquement par un *fine-tuning* législatif interne. Dans ce cas, les législateurs nationaux resteraient ancrés dans des structures parlementaires nationales limitées à leurs juridictions constitutives et à la répartition stricte des compétences[1161] et éloignés de la création des instruments internationaux de droit souple. Même si les relations extérieures du Parlement restent sous-explorées dans notre domaine de recherche, elles font aujourd'hui « [...] partie intégrante des relations entre États, à l'échelon aussi bien bilatéral que multilatéral »[1162]. En d'autres termes, une activité parlementaire accrue sur le plan international nous paraît nécessaire à cause du transfert de l'élaboration du droit et des politiques au-delà des frontières d'un seul État[1163]. Le décalage entre le lieu du contrôle démocratique qui se trouve principalement au niveau national et le lieu de la prise de décision pour de nombreuses questions ayant un impact direct sur les citoyennes et citoyens qui, quant à lui, se situe au

1157 KISSLING, *The Legal and Political Status of International Parliamentary Institutions* (Berlin : 2011), p. 49.

1158 UIP, Parliamentary Involvement in International Affairs, p. 6.

1159 PUTNAM, *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, p. 434.

1160 Ibid.

1161 DWORKIN, *A New Philosophy for International Law*, p. 27.

1162 SCHWAB, L'émergence de la diplomatie parlementaire – pratique, défis et risques, p. 10.

1163 STAVRIDIS et JANČIĆ, *The Rise of Parliamentary Diplomacy in International Politics*, p. 106.

niveau international, demande inévitablement une internationalisation du rôle des parlements nationaux[1164]. Le parlement doit ainsi être capable de jouer un jeu politique à deux niveaux, en exerçant d'un côté ses fonctions de participation et de surveillance vis-à-vis de l'exécutif sur le plan national et de l'autre, en s'engageant indépendamment du gouvernement ou ensemble avec celui-ci sur la scène internationale. À notre avis, le potentiel que présente l'engagement international de l'Assemblée fédérale par le biais des moyens à sa disposition reste sous-estimé, sachant que les parlementaires ne restent pas passifs face aux défis de la globalisation et commencent à redéfinir leurs rôles et à transformer leurs comportements[1165].

Le présent chapitre se décline en quatre parties. L'introduction expose la typologie des relations extérieures de l'Assemblée fédérale et annonce les résultats de notre double évaluation (point 8.1). La deuxième partie évalue les relations extérieures de l'Assemblée fédérale selon les critères de création de légitimité et argumente que ce mode d'implication parlementaire permet d'apporter de la légitimité à l'instrument international de droit souple en le façonnant directement et indirectement, en politisant son contenu, en surveillant le comportement du Conseil fédéral ainsi qu'en y consentant dans certains cas et en habilitant les membres de l'Assemblée fédérale à agir dans leur rôle de représentants démocratiques (point 8.2). La troisième partie explique pourquoi nous considérons que certains aspects des relations extérieures de l'Assemblée fédérale habilitent son implication tout au long de la vie de l'instrument de droit souple, tandis que d'autres ne le font qu'avant et durant la création de celui-ci (point 8.3). Finalement, un entrecroisement des résultats clôt le présent chapitre en démontrant principalement que l'usage des relations extérieures de l'Assemblée fédérale durant la création de l'instrument de droit souple confère le plus important apport de légitimité comparé aux autres phases temporelles (point 8.4).

8.1. Introduction aux relations extérieures de l'Assemblée fédérale

Nous séparons les relations extérieures de l'Assemblée fédérale en deux catégories principales, à savoir la participation de l'Assemblée fédérale aux délégations du Conseil fédéral et les activités de diplomatie parlementaires qui englobent les relations bilatérales de l'Assemblée fédérale, les activités de ses

1164 BEETHAM, Guide, p. 156.

1165 MALANG, National Parliamentarians, p. 409 ; voir point 9.2.1.3.

membres au sein des organisations interparlementaires et ses autres relations multilatérales (point 8.1.1). Comme pour tous les chapitres précédents, nous annonçons par la suite le score d'apport de légitimité accordé à ce mode d'implication parlementaire (point 8.1.2).

8.1.1. Les types de relations extérieures de l'Assemblée fédérale

Les relations extérieures de l'Assemblée fédérale constituent l'une des formes au moyen desquelles cette dernière s'acquitte de ses tâches prévues aux art. 166 Cst. et 24 al. 1 LParl, à savoir le suivi de l'évolution de la situation internationale et la participation au processus de décision relatif aux questions importantes en matière de politique extérieure. Les relations extérieures de l'Assemblée fédérale sont plus précisément réglées aux art. 24, al. 4 et 60 LParl. Une ordonnance de l'Assemblée fédérale leur est spécialement dédiée, à savoir l'Ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les relations internationales du Parlement du 28 septembre 2012 (ORInt)[1166]. Selon l'art. 24, al. 4 LParl, l'Assemblée fédérale « participe aux travaux des assemblées parlementaires internationales et entretient des relations suivies avec les parlements étrangers ». L'art. 60 LParl et l'ordonnance, quant à eux, précisent « les attributions des délégations qui représentent l'Assemblée fédérale auprès des organisations interparlementaires ou dans les rapports bilatéraux avec les parlements d'États tiers, ainsi que leur organisation et la procédure applicable ». L'objectif de cette participation n'est pas uniquement pour l'Assemblée fédérale d'avoir un effet vers l'extérieur, mais également la capacité de celle-ci de se présenter en étant plus informée et compétente devant le Conseil fédéral grâce aux expériences internationales individuelles de ses membres[1167].

Ces dispositions légales trouvent également application dans le domaine du droit souple international. Comme nous l'avons vu au chapitre 3, la notion de politique extérieure telle qu'elle figure dans l'intitulé de l'art. 24 LParl englobe également le droit souple international[1168]. En outre, l'art. 24, al. 1 LParl est, lui aussi, précisé par l'art. 152 LParl en ce qui concerne les droits de participation de l'Assemblée fédérale spécifiques en politique extérieure[1169]. L'art. 5*b* OLOGA, qui a expressément concrétisé l'applicabilité de ces derniers

1166 RS 171.117.

1167 LANZ, Bundesversammlung, p. 236 ; MOERI, Kompetenzen, p. 303 ; ZEHNDER, *art. 60 LParl* in Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002 (Bâle : 2024) N 23.

1168 Voir point 3.1.

1169 Voir point 5.1.

au droit souple international, n'est entré en vigueur qu'en 2016. Cela ne signifie en aucun cas que ceux-ci ne concernaient pas le droit souple international avant l'introduction de cette norme. Si l'al. 1 de l'art. 24 LParl, dont découlent les droits de participation spécifiques en politique extérieure concerne les instruments internationaux de droit souple, aucun élément ne va, à notre avis, à l'encontre de l'application de l'al. 4 du même article à ce type d'instruments.

Nous distinguons deux types de relations extérieures de l'Assemblée fédérale, à savoir la contribution parlementaire aux négociations intergouvernementales (point 8.1.1.1) et les activités de diplomatie parlementaire (point 8.1.1.2), s'inspirant principalement de la classification établie par l'UIP basée sur un questionnaire soumis à environ 80 présidents des parlements nationaux ainsi qu'à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe[1170]. La coopération avec les organisations interparlementaires fait partie de cette seconde catégorie, mais revêt, comme nous le verrons, une importance particulière en tant qu'élément de ce mode d'implication parlementaire.

8.1.1.1. La participation des parlementaires aux délégations du Conseil fédéral

Tout d'abord, les relations extérieures de l'Assemblée fédérale peuvent prendre la forme de l'inclusion d'un ou plusieurs membres de l'Assemblée fédérale à une délégation du Conseil fédéral, que celle-ci prenne part à la négociation d'un instrument international ou à de simples dialogues interactifs avec des organisations internationales ou d'autres interlocuteurs internationaux. À ce propos, BEETHAM considère qu'un parlement qui souhaite jouer un rôle effectif dans les affaires internationales doit « être intégré de plein droit aux délégations gouvernementales aux organisations internationales »[1171]. Par exemple, les parlementaires nationaux sont depuis longtemps membres des délégations à l'Assemblée générale de certains États membres de l'ONU[1172]. La CPE-E a affirmé dans un rapport de 2011 que « [...] l'expérience a montré que la participation de parlementaires à des délégations du Conseil fédéral est très utile aussi bien pour tisser des liens au niveau international que pour acquérir une connaissance de première main sur des dossiers de politique étrangère »[1173].

1170 UIP, Parliamentary Involvement in International Affairs, p. 2.

1171 BEETHAM, Guide, p. 166.

1172 ALGER, *Expanding Governmental Diversity in Global Governance: Parliamentarians of States and Local Governments*, p. 67.

1173 CPE-E, Rapport sur l'initiative parlementaire Amélioration de l'efficacité et de la coordination des activités internationales de l'Assemblée fédérale du 12 mai 2011, FF 2011 5988.

Le Conseil fédéral a également affirmé en 2018 qu'« [...] une telle participation permettrait en outre aux parlementaires d'avoir des échanges avec la société civile sur place et, le cas échéant, avec des représentants d'autres États ou d'autres parlements »[1174]. Il convient de préciser d'emblée que, lorsque les parlementaires participent à des délégations du Conseil fédéral, ils n'agissent pas en leur qualité de membres de l'Assemblée fédérale, mais en tant que membres de la délégation gouvernementale[1175]. Vis-à-vis de tiers, leur comportement doit refléter la position de la Suisse et non pas celle de leur parti politique[1176], ce qui peut constituer une limite à leur implication.

L'art. 12 ORInt prévoit la possibilité pour les membres du Conseil fédéral d'inviter un, une ou plusieurs parlementaires à des visites ou conférences bilatérales ou multilatérales, en Suisse ou à l'étranger. La Directive concernant l'envoi de délégations à des conférences internationales du 7 décembre 2012 reste, quant à elle, muette à ce sujet et se limite à indiquer à son §13 que la coopération avec le Parlement est régie par l'art. 152 LParl. Par conséquent, rien n'exclut une participation des membres de l'Assemblée fédérale à des délégations du Conseil fédéral dans le domaine du droit souple. Nous pouvons envisager trois cas de figures dans lesquels une telle participation puisse avoir lieu. Premièrement, il se peut que des membres de l'Assemblée fédérale participent à des négociations internationales dont la qualité juridique de l'issue est inconnue et se cristallise uniquement durant ou à la fin du processus de négociation. Deuxièmement, leur inclusion dans la délégation à une conférence internationale qui vise d'emblée l'élaboration d'un instrument international de droit souple est possible. Troisièmement, il se peut que, lors d'une telle activité bilatérale ou multilatérale, les parlementaires apprennent l'existence d'un nouveau projet d'instrument international de droit souple du fait de leur présence dans la délégation suisse.

Plus généralement, la participation des parlementaires aux délégations du Conseil fédéral constitue une pratique sporadique en matière de traités internationaux[1177]. Deux situations méritent, toutefois, d'être mises en exergue. La participation des membres de l'Assemblée fédérale en qualité d'observateurs aux négociations des traités internationaux a fait objet, en 1978, de l'examen par un groupe d'experts, mais ce projet a été abandonné pour des

1174 Conseil fédéral, Démocratisation des Nations Unies, Rapport du Conseil fédéral du 4 décembre 2020 en réponse au postulat 18.4111 Jositsch du 27 novembre 2018, p. 17.

1175 Ibid.

1176 Ibid.

1177 SCHWAB, *Le rôle du Parlement dans les négociations internationales* (présenté à l'Association des Secrétaires généraux de Parlements, Genève, 2016), p. 3.

questions de séparations de pouvoirs[1178]. Cet examen illustre que le potentiel d'une telle implication parlementaire était déjà identifié en 1978, mais que sa généralisation en matière de traités internationaux n'a pas été soutenue. Plus récemment, en considérant les options en vue de l'implication du Parlement à l'exercice du mandat au Conseil de sécurité de l'ONU, le Conseil fédéral a proposé le détachement d'une collaboratrice ou d'un collaborateur des Services du Parlement à la Mission permanente de la Suisse auprès des Nations Unies à New York[1179]. Même s'il ne s'agit pas réellement de l'inclusion d'un représentant du Parlement directement dans la délégation gouvernementale, le Conseil fédéral a estimé que cela « [...] pourrait être un moyen de créer un canal privilégié entre la mission et le Parlement » et que « [...] pendant la durée du mandat de la Suisse, cette personne pourrait en effet faire rapport sur les procédures et les thèmes traités au Conseil de sécurité qui intéressent particulièrement le Parlement »[1180]. Par ailleurs, dans le même rapport, le Conseil fédéral s'est proposé de participer à l'organisation d'un voyage d'information des membres du Parlement, notamment des CPE, durant le mandat de la Suisse au Conseil de sécurité et de rendre possible leur participation à des séances du Conseil[1181]. Cette dernière hypothèse relève cependant de la « compétence propre du Parlement »[1182]. Dans les faits, deux visites officielles des membres de l'Assemblée fédérale ont eu lieu durant le mandat suisse au Conseil de sécurité : la première, lorsque les présidents des deux conseils, accompagnés d'une délégation se sont déplacés en mars 2024 et la seconde, lorsqu'une délégation de la CPE-N s'est rendu à la Mission permanente de la Suisse à New York au mois de mai de la même année[1183]. Selon le DFAE, l'objectif principal de ces visites était que les parlementaires « [puissent] se faire une idée plus précise du fonctionnement du Conseil de sécurité »[1184].

1178 Commission d'étude des Chambres fédérales Avenir du Parlement, Rapport final du 29 juin 1978, FF 1978 II 1017 ; SCHWAB, Le rôle du Parlement dans les négociations internationales, p. 3.

1179 Conseil fédéral, Siège de la Suisse au Conseil de Sécurité de l'ONU. Implication du Parlement, Rapport du 11 septembre 2020 en réponse au postulat 19.3967 de la CPE-E du 19 août 2019, p. 14.

1180 Ibid.

1181 Lors des visites parlementaires à l'ONU qui ont coïncidé avec les mandats au Conseil de sécurité, les parlementaires suédois, allemands, néerlandais et espagnols ne faisaient pas partie des délégations officielles et ont suivi les discussions depuis la galerie, tandis que les membres des Commissions de politique extérieure du Parlement italien se sont rendus annuellement à New York en tant que membres de la délégation officielle. Ibid., pp. 11, 14.

1182 Ibid.

1183 Conseil fédéral, Mandat de la Suisse au Conseil de sécurité de l'ONU, Rapport final sur le mandat de la Suisse au Conseil de sécurité (2023-2024) du 14 mars 2025, p. 7.

1184 Ibid.

Même si la participation des membres de l'Assemblée fédérale à des délégations du Conseil fédéral négociant des instruments internationaux de droit souple semble être juridiquement possible, sa mise en pratique paraît compliquée. Premièrement, il nous paraît difficilement envisageable que ce mode d'implication conséquent, rarement utilisé pour le droit international contraignant dans le cadre duquel le Parlement dispose de droits de participation plus étendus, soit mobilisé en matière d'instruments internationaux de droit souple. Deuxièmement, l'art. 12 ORInt parle d'une participation d'un ou plusieurs députés à des délégations du Conseil fédéral à des visites ou conférences internationales sur invitation d'une conseillère fédérale ou un conseiller fédéral[1185]. Or, beaucoup d'instruments internationaux de droit souple sont négociés à des échelons administratifs bien plus bas que celui du Conseil fédéral[1186]. Partant, l'art. 12 ORInt s'avère inapproprié dans une grande majorité de cas de droit souple international. Troisièmement, comme ces instruments s'élaborent fréquemment au niveau d'un office ou d'une unité administrative petite et spécialisée[1187], nous pouvons nous demander si les membres de l'Assemblée fédérale disposent des compétences techniques nécessaires pour pouvoir suivre et réellement prendre part à la négociation.

8.1.1.2. Les activités de diplomatie parlementaire

Les activités de diplomatie parlementaire constituent le deuxième type de relations extérieures de l'Assemblée fédérale. La notion de diplomatie parlementaire englobe, selon STAVRIDIS, les éléments suivants : les missions des parlementaires à l'étranger et leur participation à des organes parlementaires transnationaux, les visites d'autres parlements et institutions (nationales ou transnationales), les questions (écrites et orales), les rapports et autres études sur les affaires étrangères au sein du parlement national lui-même, les activités des organes parlementaires transnationaux ainsi que la participation parlementaire à l'observation des élections dans les pays tiers[1188]. Dans une des premières publications en anglais utilisant cette terminologie[1189], NOULAS a proposé, lui aussi, une compréhension extrêmement large de la diplomatie parlementaire, selon laquelle « [t]he duties and actions of Parliaments in the foreign area are condensed into what we call parliamentary diplomacy and

1185 Rapport sur l'initiative parlementaire Amélioration de l'efficacité et de la coordination des activités internationales de l'Assemblée fédérale du 12 mai 2011, p. 5987.

1186 Rapport CPA, p. 40.

1187 Ibid., p. 37.

1188 STAVRIDIS, *Parliamentary Diplomacy: Some Preliminary Findings*, p. 4.

1189 PÉJO, Diplomatie parlementaire, p. 75.

there is no precise definition of this concept »[1190]. Ainsi, au sens le plus large, la diplomatie parlementaire pourrait être définie comme toute action individuelle ou collective des parlementaires visant à stimuler, faciliter et renforcer les fonctions constitutionnelles existantes des parlements par des dialogues entre pairs sur une multitude de sujets[1191]. Il convient de souligner d'emblée que la diplomatie parlementaire ne remplit pas les mêmes fonctions que la diplomatie gouvernementale et ne devrait pas viser à lui devenir équivalente. Nous partageons l'avis selon lequel la diplomatie parlementaire représente une nouvelle forme de diplomatie qui inclut, presque *de facto,* un élément de démocratisation, et non seulement un autre canal de diplomatie traditionnelle[1192]. En effet, la force de la diplomatie parlementaire ainsi que son rôle novateur, mais aussi ses risques, résident dans son indépendance par rapport aux gouvernements et aux autres institutions[1193].

Pour les besoins de la présente thèse, nous proposons une compréhension plus restrictive de la notion de diplomatie parlementaire. À notre sens, celle-ci se décline en deux catégories, à savoir les relations bilatérales de l'Assemblée fédérale et de ses membres avec d'autres parlements nationaux (point 8.1.1.2.1) et les relations multilatérales de l'Assemblée fédérale et de ses membres (point 8.1.1.2.2). Parmi ces dernières, un accent particulier est mis sur les activités de l'Assemblée fédérale au sein des organisations interparlementaires au vu de leur pertinence pour l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple (point 8.1.1.2.2.a)). Au sein de l'Assemblée fédérale, existent ainsi des délégations permanentes auprès d'assemblées parlementaires internationales (art. 2 et 2*a* ORInt), des délégations permanentes chargées des relations avec les parlements des États limitrophes (art. 4 ORInt) ainsi que des délégations non permanentes (art. 5 ORInt). L'art. 1, al. 1 ORInt accorde une compétence résiduelle aux CPE, en ce sens que celles-ci « sont chargées des relations avec les parlements d'autres États dans la mesure où aucune délégation permanente visée à l'art. 4 ni aucune délégation non permanente visée à l'art. 5 n'est instituée à cet effet ». En outre, toutes les délégations permanentes coordonnent régulièrement leurs activités avec les CPE (art. 8, al. 4 et 5 ORInt) et les deux soumettent périodiquement des comptes rendus aux deux conseils (art. 9, al. 1 et 3 ORInt). Nous nous éloignons ici de la liste d'activités de diplomatie proposée par STAVRIDIS, qui inclut la dimension domestique,

1190 NOULAS, The Role of Parliamentary Diplomacy, Foreign Policy 2011.

1191 STAVRIDIS et JANČIĆ, Rise of Parliamentary Diplomacy, p. 111 ; JANČIĆ, *Parliamentary Diplomacy in the European Union* in De samengestelde besselink: bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht (Oisterwijk : 2012), pp. 118-119.

1192 STAVRIDIS, Parliamentary Diplomacy, p. 10.

1193 FIOTT, *On the Value of Parliamentary Diplomacy,* p. 4.

à savoir les questions, les rapports et d'autres études sur les affaires étrangères qui ont lieu au sein du parlement national[1194], car ces aspects sont traités ailleurs dans cette thèse[1195].

8.1.1.2.1. Les relations bilatérales de l'Assemblée fédérale avec d'autres parlements

Les relations bilatérales de l'Assemblée fédérale peuvent être assumées individuellement ou collectivement par les parlementaires et s'avèrent principalement utiles en tant que plateformes d'échange entre les parlementaires sur tous types de sujets. Elles comprennent au sens de la présente thèse les activités des présidents des conseils (l'entretien des contacts avec leurs homologues ou les représentants des gouvernements étrangers et l'accueil des délégations étrangères en Suisse selon les. art. 7, al. 1, lit. d RCN et art. 4, al. 1, lit. d RCE)[1196], les activités internationales individuelles des autres parlementaires avec ou sans mandat officiel, celles des délégations parlementaires permanentes avec les États limitrophes et non permanentes visant à établir des relations bilatérales avec les parlements de pays tiers ainsi que les activités résiduelles des CPE sur la scène internationale, notamment leur voyages d'information annuels.

En ce qui concerne les relations bilatérales assumées collectivement par les membres de l'Assemblée fédérale plus précisément, l'art. 60 LParl prévoit la création de délégations parlementaires chargées d'entretenir les relations bilatérales avec les parlements étrangers. Actuellement, de telles délégations permanentes existent pour les relations avec les parlements de tous les États limitrophes (art. 4 ORInt). Ces délégations se rencontrent périodiquement avec les délégations des pays partenaires dans la limite du budget disponible (art. 8, al. 2 ORInt). L'Assemblée fédérale peut également charger des délégations non permanentes ou *ad hoc* d'établir des relations bilatérales avec les parlements de pays tiers (art. 5, al. 1, lit. b, ORInt). En outre, depuis le début des années 1990, les CPE, qui bénéficient d'une compétence résiduelle dans le domaine des relations internationales de l'Assemblée fédérale (art. 1, al. 1 ORInt)[1197], organisent des voyages d'information chaque année dans le but de soigner les relations parlementaires avec d'autres États ou régions (art. 1, al. 3 ORInt)[1198].

1194 STAVRIDIS, Parliamentary Diplomacy, p. 4.

1195 Voir chapitre 4.

1196 SCHWAB, *General debate: The emergence of parliamentary diplomacy – practice, challenges and risks, Constitutional and Parliamentary Information*, p. 84.

1197 Rapport sur l'initiative parlementaire Amélioration de l'efficacité et de la coordination des activités internationales de l'Assemblée fédérale du 12 mai 2011, p. 5984.

1198 À ce propos, voir Services du Parlement, Secrétariat relations internationales, Relations extérieures 1949-2022, pp. 23-29.

Ces voyages visent à permettre aux membres de ces dernières d'approfondir leurs connaissances de la situation politique, sociale et économique du pays concerné mais également d'échanger avec leurs interlocuteurs étrangers sur des questions d'actualité internationale et régionale, y compris sur les activités de la Suisse et ses entreprises dans le pays en question[1199]. Par ailleurs, les commissions parlementaires compétentes dans d'autres domaines, tels que la migration, la politique sociale, l'économie ou l'éducation et la culture, intensifient de plus en plus leurs échanges internationaux[1200]. Ces différents aspects des relations bilatérales de l'Assemblée fédérale constituent, dans les faits, principalement des forums de discussion et d'échange entre les parlementaires qui peuvent dialoguer sur un nombre illimité de sujets, y compris le droit international non-contraignant. Rien n'exclut donc que ces différentes relations bilatérales puissent concerner des instruments internationaux de droit souple.

8.1.1.2.2. Les relations multilatérales de l'Assemblée fédérale

L'Assemblée fédérale entretient également des relations multilatérales avec d'autres parlements nationaux et acteurs sur la scène internationale. Nous distinguons, parmi celles-ci, les activités de l'Assemblée fédérale au sein des organisations interparlementaires qui correspondent à la dimension collective des relations multilatérales (point a)), de ses autres relations multilatérales, principalement exercées à titre individuel par les parlementaires (point b)).

a) Activités au sein des organisations interparlementaires

Les différentes institutions interparlementaires ne sont pas toujours clairement identifiées, définies et délimitées par la doctrine[1201]. KISSLING distingue cinq catégories principales de ce type d'organisations que nous présentons ici

1199 SCHWAB, General debate, p. 4.

1200 ZEHNDER, Commentaire LParl, art. 60 N 35.

1201 Les auteurs parlent d'assemblées, d'institutions, d'organes, de fora, d'associations ou d'organisations (inter)parlementaires. Pour une vue d'ensemble détaillée de tous les types d'institutions interparlementaires et de leur statut juridique, voir KISSLING, International Parliamentary Institutions ou SCHIMMELFENNING et al., *The Rise of International Parliaments: Strategic Legitimation in International Organizations* (Oxford : 2020), pp. 14-30 ; « These are various forums, committees or conferences which meet occasionally or periodically, sometimes even frequently, which satisfy the criterion of meetings or gatherings of groups of parliamentarians but do not have either the structure or the status of what could be regarded as a permanent supranational assembly », DE PUIG, International Parliaments , pp. 25-26.

En 2013, il a même été considéré par certains auteurs que les institutions interparlementaires étaient un phénomène encore trop nouveau et en constante évolution pour proposer une classification définitive, COSTA et al., *Parliamentary Dimensions of Regionalization and Globalization, The Role of Inter-Parliamentary Institutions* (Londres : 2013), p. 231.

dans un ordre remanié[1202]. En premier lieu, il convient de mentionner les organisations parlementaires internationales ou régionales générales. Il s'agit d'institutions au sein desquelles les parlements nationaux envoient des délégations officielles, en ce sens que les parlementaires ne peuvent pas y adhérer librement et de manière individuelle. L'UIP peut être inscrite dans cette catégorie. Deuxièmement, nous retrouvons les institutions internationales ou régionales spécialisées qui ressemblent aux précédentes, mais sont d'une manière ou d'une autre intégrées dans des organisations gouvernementales internationales. Pour illustrer cette deuxième catégorie, nous pouvons citer l'Assemblée parlementaire de l'Organisation du traité de l'Atlantique nord (OTAN) ou l'Assemblée parlementaire de la Francophonie. En troisième lieu se trouvent les organes parlementaires des organisations internationales ou régionales. L'exemple le plus parlant est l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Quatrièmement, KISSLING distingue les *inter-parliamentary government run/inspired NGOs* (GRINGOs)[1203]. Cette catégorie résiduelle concerne les institutions interparlementaires générales indépendantes qui ne sont un organe ni d'une organisation internationale, ni d'une organisation parlementaire internationale, ni d'une institution spécialisée, comme l'Association des Sénats d'Europe. Cette dernière a été créée sur l'initiative du Président du Sénat français en 2000 et regroupe aujourd'hui quinze secondes chambres européennes (art. 1er Statuts de l'Association des Sénats d'Europe) et a pour but le développement des relations entre ses membres (art. 2 Statuts de l'Association des Sénats d'Europe). Enfin, la dernière catégorie comprend des *interparliamentary GRINGOs* spécifiques à une thématique, par exemple l'Action mondiale des parlementaires qui regroupe, informe et mobilise les parlementaires de différents pays en matière de promotion des droits humains, de la paix, de la démocratie et de l'État de droit[1204].

Actuellement, les membres de l'Assemblée fédérale participent aux travaux de l'UIP et à six organes parlementaires d'organisations, à savoir les assemblées parlementaires du Conseil de l'Europe, de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), de l'Association européenne de libre-échange (AELE), de l'OTAN, de l'Organisation internationale de la francophonie et de l'OCDE (art. 2 et 2*a* ORInt). La délégation auprès du Comité

1202 KISSLING, International Parliamentary Institutions, pp. 54-82. ALGER et KILLE font une classification fortement similaire. Ils distinguent cinq catégories suivantes : « 1) global/broad agenda, 2) global/specific issue, 3) regional/broad agenda, 4) regional/specific issue, and 5) interregional », ALGER et KILLE, *How Are, and Should, Parliamentarians of States Be Involved in Global Governance?*, p. 73.

1203 KISSLING, International Parliamentary Institutions, p. 13.

1204 Ibid., p. 14.

parlementaire de l'AELE est également chargée des relations avec le Parlement européen (art. 3, al. 1 ORInt). Le rôle de ces délégations est de prendre part, sur mandat de l'Assemblée fédérale, aux activités des assemblées parlementaires concernées et de respecter les règlements et les usages de ces dernières (art. 8 et 8*bis* ORInt). Concernant la délégation à l'OCDE, celle-ci participe notamment aux activités du Réseau parlementaire mondial de l'OCDE (art. 8, al. 1*bis* ORInt). L'Assemblée fédérale peut également charger des délégations non permanentes ou *ad hoc* de la représenter auprès d'autres institutions ou lors des conférences parlementaires internationales (art. 5, al. 1, lit. a ORInt). La participation de l'Assemblée fédérale à ces organisations interparlementaires revêt une pertinence particulière dans le domaine du droit souple car, comme nous les verrons, ces dernières peuvent être elles-mêmes productrices d'instruments internationaux de droit souple, prendre part à l'élaboration du droit souple dirigée par l'organisation internationale à laquelle elles appartiennent ou encore servir de forum d'échange au sujet du droit souple.

b) Autres relations multilatérales

Les autres relations multilatérales de l'Assemblée fédérale concernent tout engagement des parlementaires auprès d'autres institutions ou lors des conférences internationales ainsi que tout autre activité au niveau multilatéral, qu'elle soit individuelle ou collective. Quelques exemples de cet engagement sont donnés ici à titre d'illustration. Tout d'abord, certaines conférences internationales auxquelles participent les présidents des deux conseils se sont institutionnalisées au fil des années et se tiennent à des intervalles réguliers. À ce propos, il convient de mentionner la Conférence européenne des Présidents de Parlements, organisée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, la Conférence des Sénats d'Europe, sur invitation d'un pays européen doté d'un système bicaméral, la Conférence mondiale des Présidents de Parlements nationaux et la Réunion des Présidentes de Parlement, à laquelle l'UIP convie chaque année[1205]. En outre, il n'est pas exclu qu'un membre d'une délégation parlementaire permanente ou non permanente participe de manière individuelle à une activité internationale. À ce titre, nous pouvons mentionner la participation individuelle du conseiller national Fridez de la délégation à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe au voyage d'information relatif au rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées qui a eu lieu du 19 au 22 avril 2022 à Varsovie ou celle du conseiller national Nussbaumer de la délégation AELE-UE à la Conférence des président(e)s des organes parlementaires spécialisés dans les affaires de

1205 ZEHNDER, Commentaire LParl, art. 60 N 38.

l'Union des parlements de l'Union européenne (UE) du 13 au 14 janvier 2022 à Paris[1206]. Ces différents aspects des relations multilatérales peuvent présenter des liens avec le droit souple international, en ce sens que des instruments internationaux de droit souple peuvent faire l'objet de conférences organisées par les acteurs internationaux ou des discussions entre les participants à ces rencontres multilatérales. Ce qui a été dit à propos des relations bilatérales des parlementaires en tant que fora de discussion et d'échange vaut également pour le domaine multilatéral au sein duquel, que ce soit une participation individuelle ou en délégation, les députés sont libres de dialoguer avec tout type d'acteurs internationaux, y compris avec des parlementaires nationaux étrangers. Cette acquisition internationale d'informations sur les instruments de droit souple peut ensuite permettre aux membres de l'Assemblée fédérale de faire valoir leurs connaissances au niveau national.

En pratique, certaines formes de coopération interparlementaire ne reposent pas sur un mandat officiel. Par exemple, les conférences thématiques dont les organisateurs envoient des invitations à un cercle large de parlementaires nationaux qui décident ensuite de leur participation de leur propre chef ou des organisations interparlementaires auxquelles il est possible d'adhérer individuellement sans mandat spécifique de son parlement[1207]. Dans le cas de la Suisse, ces activités individuelles sans mandat officiel ne peuvent pas être facilement identifiées, car les frais ne sont pas pris en charge et les indemnités journalières ne sont pas versées par l'Assemblée fédérale[1208].

8.1.2. L'apport de légitimité par les relations extérieures de l'Assemblée fédérale avant, durant et après la création des instruments internationaux de droit souple

Dans leur ensemble, les relations extérieures de l'Assemblée fédérale obtiennent un score d'apport de légitimité de **quatre points et demi**. Elles permettent l'implication parlementaire avant, durant et après la création du droit souple. Plus spécifiquement, la participation à des délégation du Conseil fédéral, les activités au sein des organisations interparlementaires et les autres relations multilatérales et bilatérales, qui constituent les trois éléments des relations extérieures de l'Assemblée fédérale, permettent toutes aux parlementaires de façonner et de politiser directement ou indirectement le contenu de l'instrument

1206 Assemblée fédérale, Activités internationales de l'Assemblée fédérale 2022 à l'étranger, état au 1er novembre 2022.

1207 ZEHNDER, Tätigkeit, p. 45.

1208 Ibid.

international de droit souple. De plus, l'exercice de tous les éléments des relations extérieures de l'Assemblée fédérale habilite une surveillance du Conseil fédéral sur la scène internationale tout au long de la vie d'un instrument de droit souple, notamment grâce à l'accès et au flux d'informations disponibles. Quant au critère de la représentation, nous accordons un point entier, car celui-ci est rempli par deux sur trois éléments des relations extérieures de l'Assemblée fédérale. Pour rappel, lorsque plus de la moitié des éléments remplissent un critère, l'arrondissement se fait vers le haut. Alors que le Parlement est représenté tout au long de la vie d'un instrument international de droit souple lorsque celui-ci provient d'une organisation interparlementaire, il ne l'est que durant sa création lorsqu'il participe à une délégation du Conseil fédéral qui le négocie ou lorsque l'organisation interparlementaire est consultée à son sujet. En revanche, un demi-point est accordé pour le critère du consentement. Celui-ci n'est rempli que par la participation à des délégations du Conseil fédéral et par certaines activités au sein des organisations interparlementaires, c'est-à-dire uniquement lorsque les membres de l'Assemblée fédérale prennent directement part au processus de création de l'instrument de droit souple.

Les résultats de notre évaluation démontrent donc, dans la suite du présent chapitre, que ce mode d'implication parlementaire présente un potentiel à accroître l'engagement des parlements nationaux en matière de droit international, y compris souple, ainsi qu'à apporter davantage de légitimité à ce dernier. Dans un premier temps, nous évaluons comment les trois éléments des relations extérieures de l'Assemblée fédérale satisfont ou non aux cinq critères de création de légitimité (point 8.2). Dans un second temps, nous établissons pourquoi la participation aux délégations du Conseil fédéral n'habilite une implication parlementaire qu'avant et durant la création du droit souple, alors que toutes les activités de diplomatie parlementaire rendent cette implication opérante à toutes les phases de vie d'un instrument de droit souple (point 8.3). Le chapitre 8 se termine par une conclusion intermédiaire mettant en relation les résultats des deux volets de notre évaluation par le biais d'un graphique (point 8.4).

8.2. L'évaluation des relations extérieures de l'Assemblée fédérale selon leur apport de légitimité

Avant d'examiner minutieusement si les relations extérieures de l'Assemblée fédérale satisfont aux cinq critères de création de légitimité, quelques remarques préliminaires ainsi qu'un aperçu général des résultats sont présentés.

L'évaluation des relations extérieures de l'Assemblée fédérale est structurée, pour chaque critère de création de légitimité, selon trois éléments. En d'autres termes, nous analysons si et comment chaque critère est rempli par la participation des membres de l'Assemblée fédérale aux délégations du Conseil fédéral, par leurs activités au sein des organisations interparlementaires et par l'entretien des relations bilatérales et multilatérales au niveau international. Même si, comme nous l'avons vu, l'inclusion des parlementaires dans les délégations du Conseil fédéral qui négocieraient des instruments internationaux de droit souple est difficilement mise en œuvre en pratique, cette option n'est pas juridiquement exclue et est donc évaluée dans le présent chapitre, dans le but d'observer si sa généralisation contribuerait à la légitimité du droit souple international. Quant aux activités au sein des organisations interparlementaires, celles-ci constituent un élément séparé des relations multilatérales alors même qu'elles s'inscrivent dans ce cadre. Ce choix a été fait compte tenu de la pertinence toute particulière de cet élément dans le domaine du droit souple international, plus précisément en raison de la faculté des organisations interparlementaires à produire elles-mêmes ce type d'instruments.

Comme illustré par la Figure 16, les trois éléments des relations extérieures de l'Assemblée fédérale ne remplissent pas tous de la même manière les critères de création de légitimité. Schématiquement, la participation aux délégations du Conseil fédéral et les activités au sein des organisations interparlementaires semblent satisfaire à tous les critères de création de légitimité. Nous verrons que la politisation de l'instrument international de droit souple n'est possible que de manière partielle lorsque des membres de l'Assemblée fédérale participent aux délégations du Conseil fédéral, en l'absence d'une représentation des forces politiques au sein de l'Assemblée fédérale. Par ailleurs, les activités au sein des organisations interparlementaires satisfont au critère du façonnement uniquement lorsqu'elles concernent directement la production d'un instrument de droit souple. Les relations bilatérales et les autres relations multilatérales ne remplissent pas les critères du consentement et de la représentation et ne rendent possible le façonnement et la politisation du contenu de l'instrument de droit souple qu'au niveau national, c'est-à-dire indirectement. Par conséquent, le critère du consentement n'obtient qu'un demi-point, tandis que le façonnement, la politisation, la représentation et la surveillance sont considérés comme méritant chacun un point. Cependant, au vu des précisions apportées à la satisfaction des critères du façonnement et de la politisation, le critère de la surveillance est le seul pleinement et entièrement rempli par tous les aspects du mode d'implication parlementaire évalué.

Figure 16. Satisfaction des critères de création de légitimité par les relations extérieures de l'Assemblée fédérale.

	Critères de création de légitimité				
Relations extérieures de l'Assemblée fédérale	Façonnement	Consentement	Politisation	Représentation	Surveillance
Participation à des délégations du Conseil fédéral	✓	✓	✓	✓	✓
Activités au sein des organisations interparlementaires	✓	✓*	✓	✓	✓
Relations bilatérales et autres relations multilatérales	✓		✓		✓
Score d'apport de légitimité	*1 point*	*0.5 point*	*1 point*	*1 point*	*1 point*

** uniquement si production du droit souple*

8.2.1. Le façonnement direct et indirect de l'instrument international de droit souple par les relations extérieures de l'Assemblée fédérale

L'exercice des relations extérieures de l'Assemblée fédérale permet de façonner les instruments internationaux de droit souple. Tandis qu'une participation aux délégations du Conseil fédéral permet un façonnement direct du contenu de celui-ci par les membres de l'Assemblée fédérale inclus (point 8.2.1.1), les relations bilatérales et multilatérales, quant à elles, n'habilitent qu'un façonnement indirect (point 8.2.1.2). Parmi les relations multilatérales, il convient de souligner que les activités des membres de l'Assemblée fédérale au sein des organisations interparlementaires permettent le façonnement autant direct qu'indirect des instruments internationaux de droit souple (point 8.2.1.3).

8.2.1.1. Façonnement direct au moyen de la participation aux délégations du Conseil fédéral

En prenant activement part aux délégations du Conseil fédéral, les membres de l'Assemblée fédérale contribuent directement au façonnement du droit souple international. Dans ce cas de figure, nous parlons d'un façonnement direct de l'instrument international de droit souple, car les membres de l'Assemblée fédérale sont inclus dans le processus d'élaboration de celui-ci sur la scène internationale et peuvent, en tant que membres de la délégation suisse, exercer une influence sur le résultat du processus. Cependant, nous n'avons pu identifier aucun cas d'application de l'art. 12 ORInt dans le domaine du droit souple. Toutefois, si nous imaginons la situation dans laquelle un, une ou plusieurs membres de l'Assemblée fédérale avaient accompagné les représentantes et

représentants du Conseil fédéral à l'occasion de la troisième phase de l'élaboration du Pacte mondial sur les migrations ou du dernier cycle des négociations à New York[1209], les parlementaires auraient eu la possibilité d'essayer d'exercer une influence directe sur le contenu de l'instrument international de droit souple en élaboration.

8.2.1.2. Façonnement indirect au moyen des relations bilatérales et multilatérales autres que les activités au sein des organisation interparlementaires

L'Assemblée fédérale peut façonner indirectement les instruments internationaux de droit souple en entretenant des relations bilatérales et multilatérales au niveau international. La coopération parlementaire transnationale offre des fora cruciaux pour l'obtention du soutien mutuel dans les initiatives législatives et de l'assistance technique[1210]. Les réseaux horizontaux, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, qu'ils prennent place au sein d'une organisation institutionnalisée ou de manière *ad hoc,* renforcent notamment la capacité des parlementaires nationaux à s'engager en matière de normes internationales au niveau national. En interrogeant, conseillant et donnant des instructions au Conseil fédéral au niveau interne grâce aux informations obtenues dans le cadre de la coopération interparlementaire, l'Assemblée fédérale peut influencer son comportement sur la scène internationale, y compris en matière de droit souple international et par conséquent, façonner le droit souple international négocié par le Conseil fédéral. L'exercice de ces relations bilatérales et multilatérales permettent ainsi, malgré leurs limites, telles que l'absence d'une consultation ou de discussions formalisées sur les projets de droit souple, aux parlementaires nationaux d'influencer alors indirectement ces projets, de faire face aux effets nationaux, de prendre part au débat plus large et de contribuer ainsi à une légitimation du droit souple international de manière *bottom up.*

Même s'il ne s'agit pas ici d'un moyen d'action ou d'influence direct sur un instrument de droit souple au niveau international, il ne faut pas sous-estimer son impact indirect. Pour illustrer ce point, nous pouvons imaginer qu'au moment de la discussion lors d'une visite bilatérale, un membre de l'Assemblée fédérale apprend qu'un nouveau projet de droit souple est prévu ou est en

1209 Les éléments du processus de création du Pacte mondial sur les migrations ont été identifiés par le CPA. Voir Rapport CPA, p. 66.

1210 SLAUGHTER, *Disaggregated Sovereignty: Towards the Public Accountability of Global Governement Networks*, p. 161.

élaboration. Il peut alors, grâce à cette information, poser des questions à son gouvernement et débattre au sein du parlement avant que ledit projet soit élaboré ou pendant son élaboration, et ainsi indirectement influencer le projet lui-même ou du moins le comportement gouvernemental à son égard. Nous constatons ainsi que ces échanges bilatéraux entre parlementaires peuvent avoir un effet, et ainsi contribuer à la participation parlementaire à l'élaboration du droit souple international, notamment pendant la première et la deuxième phase temporelle, à savoir avant et durant l'élaboration d'un instrument. Si le parlementaire intéressé obtient l'information quand l'instrument de droit souple est déjà élaboré, il ne peut alors l'influencer ni directement ni indirectement et se retrouve devant le fait accompli.

Cependant, il serait illusoire de croire que cette coopération interparlementaire bilatérale ou multilatérale permet de manière optimale aux députés nationaux de façonner les instruments internationaux de droit souple international. Premièrement, les informations utiles que les parlementaires peuvent acquérir grâce aux différents types de réseautage interparlementaire sont fréquemment des fruits du hasard. Aucune procédure d'information ou de consultation systématique n'a été formalisée au niveau international. Dès lors, pour qu'un parlementaire obtienne des informations intéressantes à propos d'un projet de droit souple prévu ou en élaboration, il doit soit particulièrement s'intéresser à un domaine, souvent très technique, soit être au bon endroit au bon moment et le plus souvent, les deux. Secondement, les parlementaires manquent généralement de connaissances spécialisées et d'expertise technique dans un domaine particulier pour pouvoir façonner de manière détaillée un instrument de droit souple. Or, ces connaissances techniques sont souvent d'une importance capitale dans les réseaux internationaux, même lorsqu'il ne s'agit que de recueillir des informations à invoquer au niveau interne. Plus généralement, BEETHAM considère que « [...] l'efficacité d'un parlement dépend grandement des ressources humaines et matérielles – en particulier des informations – dont il dispose »[1211]. Les parlementaires étant par nature des généralistes, leur véritable expertise réside principalement dans l'exercice du pouvoir démocratique[1212]. Ce dernier élément constitue un défi particulier pour les parlementaires suisses qui disposent de peu de ressources pour engager des assistants et assistantes parlementaires ou des collaborateurs ou collaboratrices scientifiques, ainsi que pour les parlementaires qui ne maîtrisent pas les langues étrangères[1213].

1211 BEETHAM, Guide, p. 204.

1212 SLAUGHTER, *A New World Order* (Princeton : 2004), p. 105.

1213 À ce propos, voir point 9.2.1.3.

8.2.1.3. Façonnement direct et indirect au moyen des activités au sein des organisations interparlementaires

Dans le cadre de l'analyse des possibilités de façonnement des instruments internationaux de droit souple par le biais des activités des membres de l'Assemblée fédérale au sein des organisations interparlementaires, il convient de distinguer trois cas de figures. Premièrement, le cas dans lequel l'organisation interparlementaire produit elle-même des instruments internationaux de droit souple, les parlementaires les façonnent directement. Deuxièmement, dans le cas où elles ne produisent pas elles-mêmes de tels instruments, les organisations interparlementaires constituent des fora d'échange à ce sujet au même titre que les autres relations bilatérales et multilatérales et permettent ainsi un façonnement indirect du droit souple. Troisièmement, les organisations interparlementaires peuvent également incarner un rôle consultatif aux organisations internationales auteures d'instruments internationaux de droit souple[1214]. Dans cette dernière hypothèse, le façonnement exercé par les parlementaires sur l'instrument international de droit souple est, encore une fois, direct.

Tout d'abord, même si les institutions interparlementaires ou les autres fora de coopération interparlementaire ne disposent pas de compétences de légiférer[1215], elles peuvent produire elles-mêmes des instruments de droit souple, à l'élaboration desquels les députés nationaux participent alors directement. À titre d'illustration, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui se rapproche passablement des structures et du mode de fonctionnement d'un parlement national, dispose de trois compétences principales. Elle adopte des résolutions et des recommandations à l'intention du Comité des Ministres, contrôle, par le biais de son comité de suivi, si les pays membres respectent les engagements qu'ils ont pris en adhérant au Conseil de l'Europe et dispose également d'importantes compétences électorales[1216]. Son rôle d'établissement de normes est unique sur le plan international, en ce sens qu'elle se trouve, selon certaines sources, à l'origine d'un tiers de traités

1214 Sur le rôle consultatif de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, voir MARSCHALL, *Transnationale Repräsentation in Parlamentarischen Versammlungen, Demokratie und Parlamentarismus jenseits des Nationalstaates* (Baden Baden : 2005), pp. 213-214.

1215 L'exception à la règle étant le Parlement européen ; DE PUIG, International Parliamentarism, p. 20 ; OGBONNAYA et OGUJIUBA, Regional Parliamentary Assemblies, p. 553 ; ZEHNDER, Commentaire LParl, art. 60, N 33.

1216 Voir le Règlement de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, disponible sur le site de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. ZEHNDER, Commentaire LParl, art. 60 N 32.

internationaux adoptés par le Conseil de l'Europe[1217] et est fréquemment l'initiatrice des révisions des standards nationaux existants[1218]. Le droit souple produit par l'Assemblée parlementaire déploie depuis des décennies des effets directs sur les États membres, comme la Recommandation 1201 (1993) sur les protections des minorités nationales en Europe, reprise par la suite dans un traité entre la Hongrie et la Slovaquie et dans l'annexe à un traité entre la Hongrie et la Roumanie[1219] ou encore le rôle important joué par sa position sur l'abolition de la peine de mort depuis les années 1970[1220]. De plus, les développements récents vont à l'encontre de la considération de DE PUIG selon laquelle ce droit souple produit par les assemblées parlementaires est rarement suivi ou repris par les États et reste majoritairement sans effets[1221]. Le droit souple élaboré par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans le cadre de la pandémie du COVID-19 en 2020[1222] ou encore ses recommandations qui se trouvent à l'origine de la mise à jour des Règles pénitentiaires européennes[1223] témoignent du poids important dont revêtent les instruments internationaux de droit souple élaborés par des organisations interparlementaires.

En outre, dans le cas où l'organisation interparlementaire ne produit pas elle-même l'instrument international de droit souple, elle peut servir, au même titre que les relations bilatérales et autres relations multilatérales de l'Assemblée fédérale, de forum d'échange et présenter également des possibilités pour un façonnement indirect des instruments internationaux de droit souple. Et ce, d'autant plus que les organisations interparlementaires, et notamment les assemblées parlementaires, disposent d'un accès privilégié aux travaux, y compris ceux de droit souple, des organisations gouvernementales auxquelles elles sont liées[1224]. Cependant, comme écrit KISSLING, la

1217 HABEGGER, *Parlamentarismus in der internationalen Politik, Europarat, OSZE und Interparlamentarische Union* (Baden Baden : 2005), p. 155 cité dans LEACH, *The Parliamentary Assembly of the Council of Europe* in The Council of Europe, Its Law and Policies (Oxford : 2017), p. 195.

1218 WASSENBERG, *History of the Council of Europe* (Strasbourg : 2013), p. 99 cité dans LEACH, Parliamentary Assembly, p. 195.

1219 L'équilibre institutionnel au Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission du Règlement et des Immunités (Doc. 11017), 2006, §57.

1220 WOHLWEND, *The Role of the Council of Europe's Parliamentary Assembly* in The Death Penalty: Beyond Abolition (Strasbourg : 2004), p. 65.

1221 DE PUIG, International Parliamentarism, p. 61.

1222 Par exemple, la Résolution 2383 (2021) « Pass ou certificats covid : protection des droits fondamentaux et implications légales » ou la Recommandation 2217 (2021) « L'impact de la pandémie de covid-19 sur l'éducation et la culture ».

1223 Recommandation 1656 (2004) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

1224 WEISGLAS et DE BOER, *Parliamentary Diplomacy*, p. 3.

surabondance d'informations et de questions à traiter dans les institutions interparlementaires met à rude épreuve leurs capacités et l'efficacité du travail des parlementaires en leur sein[1225].

Finalement, les assemblées parlementaires ont aussi la possibilité de communiquer leurs préoccupations et leurs points de vue directement aux organisations internationales, auteures des instruments de droit souple, dont elles font partie[1226]. Cette dernière hypothèse leur permet, elle aussi, de façonner directement les instruments internationaux de droit souple. À titre d'exemple, en tant qu'instance consultative[1227], l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe peut faire des propositions pendant les processus d'élaboration des normes au sein du Conseil de l'Europe et doit être consultée avant l'entrée en vigueur des traités internationaux adoptés par ce dernier[1228]. Rien n'exclut l'exercice de son rôle consultatif dans le domaine du droit souple international élaboré par le Conseil de l'Europe. Ainsi, si elle ne se retrouve pas à l'origine d'un instrument ou de la mise à jour d'un instrument, elle peut donner son avis à son sujet et ainsi avoir l'occasion d'influencer directement le contenu de celui-ci. Dans l'exemple précité de sa Recommandation 1656 (2004) sur la situation des prisons et des maisons d'arrêt en Europe, puis de la Recommandation 1747 (2006), l'Assemblée parlementaire a proposé l'élaboration d'une « Charte pénitentiaire européenne ». Cette proposition contenait également des instructions quant au contenu de cet éventuel instrument et une demande de soumission de ce dernier à l'Assemblée parlementaire pour avis[1229]. Même si le Comité des Ministres a renoncé à une « Charte pénitentiaire européenne » en tant qu'instrument contraignant et a procédé à la mise à jour d'un instrument international de droit souple préexistant[1230], il découle de cet exemple que l'Assemblée parlementaire dispose de possibilités d'influencer directement un instrument international de droit souple qu'elle ne crée pas elle-même, soit en initiant son élaboration ou sa mise à jour, soit en donnant un avis consultatif à son propos.

1225 KISSLING, International Parliamentary Institutions, pp. 49–50.

1226 WEISGLAS et DE BOER, Parliamentary Diplomacy, p. 3.

1227 BOND, *The Council of Europe: Structure, History and Issues in European Politics* (Abingdon : 2012), p. 114.

1228 LEACH, Parliamentary Assembly, p. 196.

1229 Situation des prisons et des maisons d'arrêt en Europe, Recommandation 1656 (2004) de l'Assemblée parlementaire, Réponse adoptée par le Comité des Ministres le 9 juin 2004 lors de la 887e réunion des Délégués des Ministres.

1230 Charte pénitentiaire européenne, Recommandation 1747 (2006), Réponse adoptée par le Comité des Ministres le 27 septembre 2006 lors de la 974ème réunion des Délégués des Ministres.

L'analyse de ce premier critère nous permet de conclure que tous les trois éléments des relations extérieures de l'Assemblée fédérale peuvent permettre à ses membres de façonner directement et indirectement les instruments internationaux de droit souple, que ce soit en prenant part au processus international de leur élaboration ou en utilisant l'acquis de leurs expériences internationales sous la coupole du Palais fédéral.

8.2.2. Le consentement à l'instrument international de droit souple au moyen des relations extérieures de l'Assemblée fédérale

Le deuxième critère de notre évaluation, à savoir la possibilité pour l'Assemblée fédérale et ses membres d'exprimer leur consentement à l'instrument international de droit souple n'est pas rempli de la même manière par tous les éléments des relations extérieures de l'Assemblée fédérale. D'un côté, la participation des parlementaires aux délégations du Conseil fédéral qui négocient l'instrument de droit souple ainsi qu'aux organisations interparlementaires productrices de ces derniers leur permettent effectivement d'exprimer leur accord (point 8.2.2.1). De l'autre côté, le simple entretien de relations bilatérales et multilatérales, y compris au sein des organisations interparlementaires lorsqu'elles ne produisent pas du droit souple international, ne présente pas de possibilités pour les membres de l'Assemblée fédérale d'acquiescer à l'instrument international de droit souple (point 8.2.2.2).

8.2.2.1. Consentement au moyen de la participation aux délégations du Conseil fédéral et de certaines activités au sein des organisations interparlementaires

Premièrement, les membres de l'Assemblée fédérale donnent leur consentement à l'instrument international de droit souple lorsqu'ils sont inclus dans la délégation du Conseil fédéral qui le négocie. Pour que ce critère soit rempli dans ce premier cas de figure, il faut que les parlementaires soient inclus dans la délégation du Conseil fédéral au moment de l'adoption de l'instrument international de droit souple et non pas uniquement durant la phase des négociations et que leurs avis soient pris en compte au sein de la délégation.

Deuxièmement, les parlementaires consentent également à l'instrument international de droit souple lorsqu'une organisation interparlementaire, à laquelle ils prennent part, le crée elle-même. Par exemple, lorsque les membres de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe approuvent une résolution ou adoptent une recommandation, telles que décrites dans les paragraphes précédents, les membres de l'Assemblée fédérale qui y siègent

consentent directement à ladite résolution ou recommandation qui constitue un instrument international de droit souple.

8.2.2.2. Absence de consentement au moyen des relations bilatérales et multilatérales

La coopération horizontale entre les parlementaires, qu'elle prenne la forme bilatérale ou multilatérale, ne présente aucune opportunité d'exprimer son consentement aux projets de droit souple international. Elle ne se limite qu'à servir de forum d'échange et discussion avec d'autres parlementaires et acteurs sur la scène internationale. Lorsque l'organisation interparlementaire ne produit pas elle-même le droit souple, mais que celui-ci émane de l'organisation internationale à laquelle elle est rattachée, aucune procédure d'approbation formalisée de ce dernier n'existe. Ainsi, les assemblées parlementaires ne disposent pas d'un droit de veto vis-à-vis du droit souple produit par les organisations internationales et n'y consentent pas. À titre d'exemple, dans ce cadre, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe joue un rôle essentiellement consultatif en accompagnant le travail du Comité des ministres ou en déclenchant l'impulsion politique pour l'élaboration des instruments internationaux[1231].

8.2.3. La politisation de l'instrument international de droit souple au moyen des relations extérieures de l'Assemblée fédérale

De manière générale, la coopération entre les parlements ouvre un espace de discussion, de diffusion et d'échange d'idées[1232]. Les trois éléments des relations extérieures de l'Assemblée fédérale remplissent différemment le critère de la politisation. Premièrement, lorsque la délégation de l'Assemblée fédérale à une organisation interparlementaire est représentative des forces politiques au sein de cette dernière, ce critère est entièrement rempli (point 8.2.3.1). Deuxièmement, lorsque certains membres de l'Assemblée fédérale accompagnent la délégation du Conseil fédéral, la politisation de l'instrument international de droit souple ne peut être que partielle (point 8.2.3.2). Troisièmement, les relations bilatérales et les autres relations multilatérales présentent une opportunité pour les membres de l'Assemblée fédérale de politiser indirectement l'instrument de droit souple (point 8.2.3.3).

1231 LEACH, Parliamentary Assembly, pp. 167-168.

1232 EPPLER, Legitimation durch interparlamentarische Zusammenarbeit?, Bundeszentrale für politische Bildung, Aus Politik und Zeitgeschichte 2013.

8.2.3.1. Politisation au moyen des activités au sein des organisations interparlementaires

Lorsqu'une organisation interparlementaire élabore et adopte elle-même les instruments internationaux de droit souple, la délégation de l'Assemblée fédérale qui y prend part politise systématiquement ces derniers. Dans cette hypothèse, les membres de l'Assemblée fédérale qui contribuent à l'élaboration de l'instrument international de droit souple au sein de l'organisation interparlementaire peuvent formuler des alternatives politiques durant le processus (alternativité) et envisager un changement juridique dans le futur (révisibilité). Ce critère n'est entièrement rempli que si la délégation de l'Assemblée fédérale reflète fidèlement la composition politique de l'Assemblée fédérale. En d'autres mots, sans une telle représentation, la diversité des opinions existantes au sein de l'Assemblée fédérale ne serait pas reflétée. À titre d'exemple, la délégation suisse à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe se compose de douze membres, correspondant proportionnellement à la répartition actuelle des forces politiques au sein de l'Assemblée fédérale. Plus précisément, quatre de ses membres sont issus du Groupe de l'UDC, trois du Groupe socialiste, deux du Groupe libéral radical, deux du Groupe du Centre et une du Groupe des Vert-e-s[1233]. Ainsi, lorsque l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe élabore une recommandation ou une résolution, les parlementaires membres de la délégation suisse issus de tous les groupes politiques représentés au sein de l'Assemblée fédérale les politisent directement dans le forum international.

Ce critère est également rempli dans le cas où l'organisation internationale, à laquelle appartient une assemblée parlementaire, adopte un instrument international de droit souple. LEY a consacré un article entier au potentiel que les assemblées parlementaires présentent pour la construction d'une opposition externe institutionnalisée vis-à-vis des organisations internationales intergouvernementales[1234]. Elle souligne notamment l'exemple de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui n'agit pas que dans le cadre de cette organisation, mais assume aussi une dimension parlementaire auprès d'autres organisations internationales intergouvernementales[1235]. Plus concrètement, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe agit également en

1233 La composition actuelle de la délégation suisse à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe peut être consultée sur le site de l'Assemblée fédérale.

1234 LEY, *Zur Politisierung des Völkerrechts: Parlamentarische Versammlungen im Außenverhältnis*, pp. 191 ss.

1235 Ibid., pp. 195-215.

cette qualité auprès du Comité international de la Croix-Rouge, de la Conférence européenne des ministres des transports, de la Conférence européenne de l'aviation civile, de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies, de l'OCDE et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement de manière institutionnalisée sur la base d'un accord[1236]. Dans ce cadre, ces organisations intergouvernementales doivent présenter des rapports et répondre aux questions de l'Assemblée parlementaires du Conseil de l'Europe, qui à son tour, évalue leurs activités et propose des mesures concrètes[1237]. Plus généralement, les débats et proposition des parlementaires au sein des assemblés parlementaires permettent de discuter des activités des organisations concernées, d'émettre des critiques politiques et des propositions alternatives et d'obtenir des changements personnels et juridiques[1238]. Rien n'exclut que parmi les activités de ces organisations intergouvernementales sur lesquelles porte la politisation d'une assemblée parlementaire, figurent également les instruments de droit souple élaborés par les organisations concernées.

8.2.3.2. Politisation partielle au moyen de la participation aux délégations du Conseil fédéral

La participation des parlementaires aux délégations du Conseil fédéral qui négocient et adoptent les instruments internationaux de droit souple ne présente qu'une opportunité de politisation partielle au sujet de ces derniers. En effet, l'art. 12 ORInt prévoit « l'invitation des députés » et non pas l'inclusion des délégations entières de l'Assemblée fédérale. Plus précisément, uniquement les présidents des conseils, les membres des CPE ainsi que ceux des délégations permanentes peuvent être invités à participer aux délégations du Conseil fédéral[1239]. En l'absence de cas où un tel accompagnement des parlementaires a eu lieu lors de la négociation d'un instrument international de droit souple, nous mentionnons l'exemple des conseillères nationales Monika Rüegger et Farah Rumy, toutes les deux membres de la CPE qui ont accompagné le conseiller fédéral Ignazio Cassis lors d'un voyage diplomatique en Afrique de l'Est en mars 2024[1240]. Contrairement aux délégations de l'Assemblée fédérale

1236 Ibid., p. 196.

1237 Ibid.

1238 Ibid., p. 216.

1239 Rapport sur l'initiative parlementaire Amélioration de l'efficacité et de la coordination des activités internationales de l'Assemblée fédérale du 12 mai 2011, p. 5988.

1240 DFAE, Le conseiller fédéral Ignazio Cassis se rend en Afrique de l'Est, Communiqué de presse du 14 mars 2024.

aux organisations interparlementaires, la politisation qui aurait lieu refléterait uniquement les opinions des parlementaires inclus dans la délégation du Conseil fédéral et non pas la diversité des opinions politiques existantes au sein de l'Assemblée fédérale. Les conflits politiques et sociaux seraient donc reflétés à travers le prisme des parlementaires présents et leurs agendas politiques. Nous parlons donc, dans le cas de la participation de certains parlementaires aux délégations du Conseil fédéral, d'une politisation partielle de l'instrument international de droit souple.

8.2.3.3. Politisation indirecte au moyen des relations bilatérales et autres relations multilatérales

Les relations bilatérales avec d'autres parlements et les relations multilatérales autres que les activités au sein des organisations interparlementaires permettent difficilement aux membres de l'Assemblée fédérale de réellement politiser un projet concret de droit souple. Nous apportons deux précisions à ce constat. Premièrement, quant au potentiel de débat sur un projet de droit souple au niveau multilatéral, les parlementaires peuvent se voir invités à participer à la discussion en amont de l'élaboration d'un tel projet. Tel a par exemple été le cas de certains parlementaires nationaux lors des consultations précédant l'élaboration du Pacte mondial sur les migrations. Il s'agissait cependant d'une participation modeste dans le cadre des auditions informatives informelles lors desquelles les parlementaires ont pu exprimer leurs opinions sur des thématiques très précises et non pas débattre sur le contenu du projet[1241]. Pour que le critère de la politisation soit effectivement rempli dans un tel forum, la politisation devrait avoir lieu à plus grande échelle, c'est-à-dire avec une plus grande participation des parlementaires lors des conférences multilatérales ou au sein même des organisations interparlementaires, comme précédemment exposé. Secondement, quant à la capacité de politisation dans le cadre des relations extérieures bilatérales, celle-ci est évidemment limitée soit aux instruments purement bilatéraux entre les États concernés, soit à un espace de discussion extrêmement restreint en cas d'échange sur un projet de droit souple multilatéral. Dans ce cas, les alternatives politiques formulées par les parlementaires ne déploieraient aucun effet sur l'instrument

1241 Par exemple, un panel sur le combat contre la xénophobie et les stéréotypes par des récits fondés sur des données probantes et un panel portant sur la coopération internationale et gouvernance dans le domaine des migrations ont eu lieu dans ce cadre. UN Refugees and Migrants, Informal Interactive Multi-stakeholder Hearing, 21 février et 26 juillet 2017.

international de droit souple (alternativité) et la perspective d'un changement juridique ne reposerait pas entre leurs mains (révisibilité).

Néanmoins, le critère de la politisation peut être rempli de manière indirecte par les relations bilatérales et autres relations multilatérales au même titre que le critère du façonnement. Nous reprenons l'hypothèse selon laquelle lors d'une visite bilatérale, un membre de l'Assemblée fédérale recueille des informations sur un nouveau projet de droit souple pour illustrer ce point. Cette réception aléatoire d'informations au niveau international peut ensuite permettre au membre de l'Assemblée fédérale de déclencher une politisation au sujet de l'instrument de droit souple au niveau national, notamment à l'aide des outils généraux de participation parlementaire[1242]. Au vu de ce qui précède, l'obtention d'informations dans le cadre des relations extérieures bilatérales et multilatérales peut indirectement permettre une meilleure politisation au niveau national.

8.2.4. La représentation par le biais des relations extérieures de l'Assemblée fédérale

La participation des membres de l'Assemblée fédérale aux délégations du Conseil fédéral qui négocient, voire adoptent un instrument international de droit souple ainsi que leurs activités au sein des organisations interparlementaires qui produisent elles-mêmes de tels instruments habilitent une représentation directe de l'Assemblée fédérale, car ses membres prennent activement part au projet de droit souple au niveau international (point 8.2.4.1). Inversement, les relations bilatérales et les autres relations multilatérales ne permettent pas aux membres de l'Assemblée fédérale d'assumer leur rôle de représentant dans les processus de droit souple (point 8.2.4.2).

8.2.4.1. Représentation directe par le biais de la participation aux délégations du Conseil fédéral et des activités au sein des organisations interparlementaires

L'Assemblée fédérale est directement représentée dans le processus de création du droit souple international lorsque ses membres accompagnent les délégations du Conseil fédéral qui concluent des instruments internationaux de droit souple. Il en va de même lorsque les parlementaires font partie des organisations interparlementaires, qui produisent elles-mêmes des instruments internationaux de droit souple ou assument un rôle consultatif auprès

1242 Voir point 4.1.1.

des organisations internationales autrices d'instruments internationaux de droit souple. Dans ce cadre, l'exercice de la fonction parlementaire de représentation se produit durant le processus de création de l'instrument, notamment en cas de participation aux délégations du Conseil fédéral et de consultation des organisations interparlementaires.

Cette réflexion se rapproche du concept des deux canaux de représentation au sein de l'UE : l'un directement par le biais du Parlement européen (en l'espèce, par ces deux aspects des relations extérieures de l'Assemblée fédérale), l'autre indirectement par le biais des parlements et gouvernements nationaux (en l'espèce, par les autres modes d'implication parlementaire qui remplissent ce critère)[1243]. La satisfaction de ce critère, et comme nous le verrons dans l'analyse du critère de la surveillance ci-dessous, par ces éléments des relations extérieures de l'Assemblée fédérale s'inscrit dans la considération de MALANG selon laquelle « [...] democratic legitimacy beyond the nation state can only be achieved if the distance between citizens and international decisions is reduced and if the dominance of the executive in international politics is attenuated, at least by a better control of governmental action », notamment car les membres de l'Assemblée fédérale trouvent leurs voix directement sur la scène internationale[1244]. Toutefois, comme SLAUGHTER estime et ZEHNDER reprend son analyse, la fonction de représentation directe peut davantage rapprocher les parlements nationaux des politiques locales et régionales, étant donné que les objectifs de leurs engagement internationaux sont souvent liés à la défense des intérêts locaux et moins à une finalité de politique étrangère indépendante[1245]. Par ailleurs, les instances parlementaires internationales composées de représentants élus et responsables devant leur électorat constituent un élément particulier de l'amélioration de la qualité démocratique de la gouvernance mondiale, car elles représentent plus fidèlement les intérêts des citoyennes et citoyens directement sur la scène internationale, contrôlent l'action gouvernementale au sein des organisations internationales et réduisent la distance entre la population et la prise de décisions internationales [1246]. Au vu de ce qui précède, les activités des parlementaires au sein des organisations interparlementaires autant que leur participation aux délégations du Conseil fédéral peuvent habiliter leur représentation directe dans les processus de droit souple.

1243 À ce propos, voir notamment CRUM et FOSSUM, *The Multilevel Parliamentary Field: A Framework for Theorizing Representative Democracy in the EU*, pp. 249 ss.

1244 MALANG, National Parliamentarians, p. 426.

1245 SLAUGHTER, A New World Order, p. 105 ; ZEHNDER, Tätigkeit p. 43.

1246 MALANG, National Parliamentarians, p. 408 ; DE PUIG, International Parliamentarism, pp. 20, 62

8.2.4.2. Absence de représentation par le biais des relations bilatérales et autres relations multilatérales

Les autres aspects des relations extérieures de l'Assemblée fédérale, à savoir les activités internationales bilatérales et les autres activités internationales multilatérales, individuelles ou en délégation, ne remplissent pas le critère de la représentation. En effet, lorsque les membres de l'Assemblée fédérale entretiennent des relations avec leurs collègues étrangers, que ce soit de manière bilatérale ou multilatérale, en l'absence de toute conclusion d'un instrument de droit souple, aucune représentation dans le processus de création du droit souple international n'a lieu. Même si la présence des parlementaires nationaux dans le contexte multilatéral ajoute indéniablement une dimension de représentation démocratique au fonctionnement des organisations qui les accueillent[1247], ces rencontres se limitent, comme nous l'avons vu en introduction du présent chapitre, principalement à des fora de discussion et d'échange, plutôt qu'à des instances de création du droit souple international.

8.2.5. La surveillance du comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple au moyen des relations extérieures de l'Assemblée fédérale

Tous les trois éléments des relations extérieures de l'Assemblée fédérale remplissent le critère de la surveillance. Avant d'expliquer plus en détail les raisons derrière cette affirmation, nous rappelons que l'objectif de la participation de l'Assemblée fédérale en politique extérieure de l'art. 166 Cst. n'est pas uniquement pour celle-ci d'avoir un effet vers l'extérieur, mais également de se présenter en étant plus informée et compétente devant le Conseil fédéral grâce aux expériences internationales individuelles et collectives de ses membres[1248]. Nous partageons l'avis de MALANG, HABEGGER et ŠABIČ selon lequel les législateurs nationaux obtiennent les informations leur permettant d'exercer au mieux leur rôle de surveillant lorsqu'ils sont inclus ou s'incluent activement, directement ou indirectement, au moyen des observateurs des institutions interparlementaires par exemple, dans le processus décisionnel[1249]. Ainsi, la principale ressource pour la surveillance reste l'information que les

1247 STAVRIDIS et JANČIĆ, Rise of Parliamentary Diplomacy, p. 113.

1248 LANZ, Bundesversammlung, p. 236 ; MOERI, Kompetenzen, p. 303 ; ZEHNDER, Commentaire LParl, art. 60 N 23.

1249 MALANG, National Parliamentarians, p. 408 ; ŠABIČ, Global Governance p. 261 ; HABEGGER, *Democratic Accountability of International Organizations: Parliamentary control within the Council of Europe and the OSCE and the Prospects for the United Nations*, p. 191.

parlementaires peuvent recueillir autant lorsqu'ils sont inclus dans les délégations du Conseil fédéral que lors de l'exercice de leurs activités bilatérales et multilatérales sur la scène internationale. Nous rappelons à ce stade l'art. 9 ORInt selon lequel l'information recueillie par les parlementaires de manière individuelle ou en délégation, grâce aux différentes activités de diplomatie parlementaire, est régulièrement partagée avec les deux conseils au moyen de rapports écrits. Ainsi, toute l'Assemblée fédérale et non seulement les parlementaires qui prennent part aux activités internationales bénéficient de l'information disponible dans ces fora. Toutefois, l'accès privilégié des gouvernements à l'information en matière de droit et politique internationales ne saurait être ignoré. Il en découle une asymétrie d'accès à l'information qui peut tendre à entraver l'efficacité du contrôle parlementaire de l'action gouvernementale[1250].

Dans le cas de l'inclusion de parlementaires dans les délégations du Conseil fédéral, leur accès à l'information est direct. Les connaissances au sujet d'un instrument de droit souple sont évidemment disponibles lorsque la délégation le négocie, mais peuvent également surgir dans le cas où la délégation chargée d'une visite diplomatique mentionne simplement un tel projet. Quant aux activités de diplomatie parlementaire, l'échange d'idées entre collègues, qui a lieu dans les fora parlementaires bilatéraux et multilatéraux, offre également un accès à l'information, potentiellement en matière de *soft law,* aux parlementaires, facilitant ainsi le contrôle démocratique du comportement gouvernemental[1251]. À ce propos, nous souhaitons attirer une attention particulière sur la participation du conseiller aux États Caroni à un panel de discussion sur le sujet des accords et instruments non juridiquement contraignants en droit international organisé par les Missions permanentes du Brésil, du Mozambique et de la Suisse à l'ONU. Il s'agissait en effet d'un événement parallèle lors de la 77ème session de la Sixième commission de l'Assemblée générale de l'ONU qui s'est tenu le 26 octobre 2022 à New York et auquel le conseiller aux États susmentionné a participé virtuellement[1252]. Même si le conseiller aux États n'a pas contribué ici à l'élaboration d'un instrument de droit souple international, la participation à une discussion internationale générale sur le *soft law* menée par les représentants des gouvernements au sein d'une organisation intergouvernementale se présente en tant qu'occasion de partage et de recueil d'informations à ce sujet et contribue donc à la surveillance du comportement du Conseil fédéral en la matière.

1250 MALANG, National Parliamentarians, p. 7.

1251 WEISGLAS et DE BOER, Parliamentary Diplomacy, p. 3.

1252 Assemblée générale des Nations unies, Invitation to a Panel Discussion on Non-Legally Binding Agreements and Instruments in International Law.

La tâche de surveillance s'accomplit également grâce aux activités au sein des organisations interparlementaires, même si celles-ci ne disposent pas elles-mêmes de compétence de surveillance à proprement parler[1253]. En obtenant des informations dans le cadre de leur participation aux organes parlementaires des organisations internationales gouvernementales, les législateurs nationaux, dont l'Assemblée fédérale, peuvent contribuer à la qualité démocratique de la gouvernance mondiale d'un côté, en surveillant directement les activités des gouvernements au sein desdites organisations et de l'autre, en renforçant la responsabilité et en contrôlant l'action gouvernementale au niveau national[1254]. Dans un rapport de 2019 analysant l'opportunité de l'établissement d'une éventuelle assemblée parlementaire au sein de l'ONU, le Conseil fédéral a, lui-même, considéré que les assemblées parlementaires peuvent « [...] améliorer la surveillance des efforts fournis à l'échelle internationale » et permettre à leurs membres d'infléchir non seulement le travail de l'organisation internationale à laquelle elles appartiennent, mais également « [...] la mise en œuvre de la politique extérieure de leur propre gouvernement »[1255]. Plus précisément, en s'impliquant davantage dans l'agenda multilatéral et en étant mieux informés de celui-ci, les députés peuvent demander des comptes à leurs gouvernements, y compris au sujet des instruments internationaux de droit souple, et, finalement, contribuer directement à la légitimité démocratique des organisations internationales et des documents qu'elles produisent[1256].

Au vu de ce qui précède, tous les éléments des relations extérieures de l'Assemblée fédérale lui permettent de surveiller le comportement du Conseil fédéral relatif aux instruments internationaux de droit souple, l'accès à l'information disponible sur la scène internationale constituant l'élément crucial à l'exercice de cette fonction parlementaire.

1253 MALANG, National Parliamentarians, p. 20 ; OGBONNAYA et OGUJIUBA, Regional Parliamentary Assemblies, p. 553.

1254 MALANG, National Parliamentarians, p. 2 ; GRIGORESCU, *Democratic Intergovernmental Organizations? Normative Pressures and Decision-Making Rules* (Cambridge : 2015), pp. 225-226 ; EPPLER, Legitimation durch interparlamentarische Zusammenarbeit.

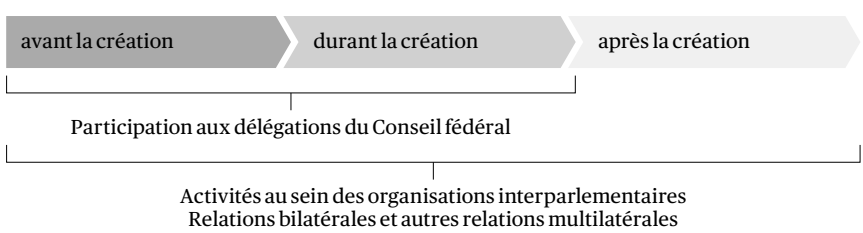
1255 Rapport Démocratisation ONU, p. 12.

1256 JÖNSSON et JOHNSSON, Parliaments in Global Governance, p. 316.

8.3. L'évaluation des relations extérieures de l'Assemblée fédérale selon le moment de l'implication

En faisant usage de ses relations extérieures, l'Assemblée fédérale peut s'impliquer à tout moment de vie d'un instrument de droit souple. Plus précisément sa participation aux délégations du Conseil fédéral peut lui permettre de s'impliquer avant et durant la création de l'instrument de droit souple (point 8.3.1), alors que l'exercice des activités de diplomatie parlementaire lui permet également d'intervenir après la création dudit instrument (point 8.3.2). Cette dimension temporelle des relations extérieures de l'Assemblée fédérale est illustrée à l'aide de la Figure 17 ci-dessous.

Figure 17. Dimension temporelle : Intervention des relations extérieures de l'Assemblée fédérale dans la vie d'un instrument international de droit souple.



8.3.1. Avant et durant la création du droit souple : la participation aux délégations du Conseil fédéral

Deux cas de figures méritent d'être distingués en ce qui concerne la dimension temporelle de la participation des membres de l'Assemblée fédérale aux délégations du Conseil fédéral. Premièrement, les membres de l'Assemblée fédérale sont naturellement impliqués durant la création du droit souple lorsque la délégation en question négocie un tel instrument. La participation aux délégations du Conseil fédéral qui négocient des instruments n'habilite cependant pas l'implication des membres de l'Assemblée fédérale lors des phases temporelles « avant » et « après » la création du droit souple dû au fait qu'une telle délégation intervient uniquement au cours du processus d'élaboration de l'instrument. Dans ce cas, les parlementaires seraient directement inclus au processus et auraient donc la possibilité de façonner et de politiser son contenu, d'y consentir, de surveiller le comportement du Conseil fédéral et d'exercer leur rôle de représentants démocratiques durant la création.

Ce cas de figure doit être distingué de celui où la délégation ne négocie pas un instrument international de droit souple. Par exemple, comme susmentionné, les conseillères nationales Monika Rüegger et Farah Rumy ont accompagné en mars 2024 le conseiller fédéral Ignazio Cassis à l'occasion d'un voyage diplomatique en Afrique de l'Est lors duquel des discussions avec l'Union africaine ont été menées[1257]. Même si nous ne disposons d'aucune information pouvant indiquer que les membres de l'Assemblée fédérale aurait pris connaissance de la planification ou de l'élaboration d'un futur instrument de droit souple, cette possibilité ne peut être exclue. Dans une telle situation, les membres de l'Assemblée fédérale surveilleraient le comportement du Conseil fédéral avant de l'instrument international de droit souple et auraient l'occasion de le façonner et de le politiser au niveau interne. Même si, comme nous le verrons pour les activités de diplomatie parlementaire, ce cas de figure peut constituer un forum d'échange d'informations importantes, nous réfutons sa pertinence lors des phases temporelles « durant » et « après » la création du droit souple. En effet, en raison de l'embarras dans lequel cela mettrait le Conseil fédéral, il peut être difficilement envisageable, en pratique, que ce dernier invite des parlementaires à prendre part à l'une de ses délégations qui risquerait de discuter d'un instrument international de droit souple en élaboration ou déjà existant duquel il n'auraient pas préalablement informé l'Assemblée fédérale, notamment si celui-ci atteint le seuil d'importance déclenchant les obligations d'information et de consultation des CPE[1258].

8.3.2. Avant, durant et après la création du droit souple : les activités de diplomatie parlementaire

Deux cas de figure complémentaires doivent également être distingués dans la détermination des phases de vie d'un instrument de droit souple pertinentes en présence d'activités de diplomatie parlementaire. Celles-ci permettent l'implication parlementaire avant, durant et après la création du droit souple. Plus précisément, lorsque les organisations interparlementaires, auxquelles participent des délégations de membres de l'Assemblée fédérale, adoptent elles-mêmes des instruments internationaux de droit souple ou sont consultées par les organisations internationales gouvernementales auxquelles elles appartiennent, l'implication des parlementaires intervient principalement durant la création de l'instrument. En outre, la récolte d'information dans le

1257 Communiqué de presse du 14 mars 2024.

1258 Voir point 5.1.2.1.3.

cadre de l'exercice de toutes les activités de diplomatie parlementaire peut arriver à tout moment de vie d'un instrument international de droit souple.

Premièrement, en participant aux activités des organisations interparlementaire, les membres de l'Assemblée fédérale peuvent s'impliquer en tout temps, mais notamment durant la création du droit souple international. Lorsque l'organisation interparlementaire crée elle-même un instrument de droit souple, l'implication des parlementaires est complète, en ce sens que ces derniers prennent part à son façonnement et à la politisation de son contenu, doivent y consentir et sont représentés dans le processus. Il se peut également, dans cette hypothèse, que l'instrument international de droit souple ne soit pas produit par l'assemblée parlementaire elle-même, mais par l'organisation internationale intergouvernementale à laquelle l'assemblée appartient. Comme nous l'avons vu dans le cas du Conseil de l'Europe, son assemblée parlementaire peut être consultée au sujet d'un instrument que le Comité des Ministres élabore. La consultation des parlementaires interviendrait donc durant la création de l'instrument international de droit souple.

Secondement, les activités de diplomatie parlementaire, qu'elles se déroulent de manière bilatérale, au sein d'une organisation interparlementaire ou encore dans d'autres contextes multilatéraux, constituent d'importants fora d'échange qui peuvent permettre aux membres de l'Assemblée fédérale d'obtenir des informations au sujet des instruments internationaux en perspective, en cours d'élaboration ou préexistants. Ainsi, l'implication parlementaire en matière de droit souple est ici envisageable avant, durant ou après sa création et ce, notamment en surveillant le comportement du Conseil fédéral, mais aussi en façonnant et en politisant indirectement le contenu de l'instrument, si l'information parvient avant ou durant la création.

8.4. Conclusion intermédiaire sur les relations extérieures de l'Assemblée fédérale

La prise en compte des relations extérieures de l'Assemblée fédérale nous a permis d'examiner un mode d'implication parlementaire important, mais souvent sous-estimé dans le domaine du droit souple et en matière de politique extérieure plus généralement. Dans le rapport sur son rôle au XXI^{ème} siècle, l'ONU a considéré déjà en 2004 que « [l]'association plus systématique de parlementaires, de parlements nationaux et d'autorités locales aux travaux de l'ONU renforcerait la gouvernance mondiale, comblerait les déficits démocratiques dans les affaires intergouvernementales, conforterait la démocratie représentative et mettrait mieux l'ONU au diapason de l'opinion mondiale »

et qu'il conviendrait « [d']encourager les parlements nationaux à prêter plus d'attention aux affaires de l'ONU, à mieux associer les parlementaires qui assistent à des manifestations de l'ONU et à faire en sorte que les parlements nationaux soient plus directement impliqués dans le processus délibératif international, en particulier en créant des équivalents mondiaux des commissions parlementaires restreintes »[1259]. D'autres documents de l'ONU et du Conseil de l'Europe ont également encouragé une telle implication accrue des parlementaires nationaux[1260]. Les résultats de notre analyse confirment ces affirmations de l'ONU. En effet, le recours aux relations extérieures de l'Assemblée fédérale permet d'apporter de la légitimité aux instruments internationaux de droit souple, entre autres, en l'habilitant à exercer son rôle de représentante démocratique et en les politisant, rapprochant ainsi les foras internationaux de l'opinion publique.

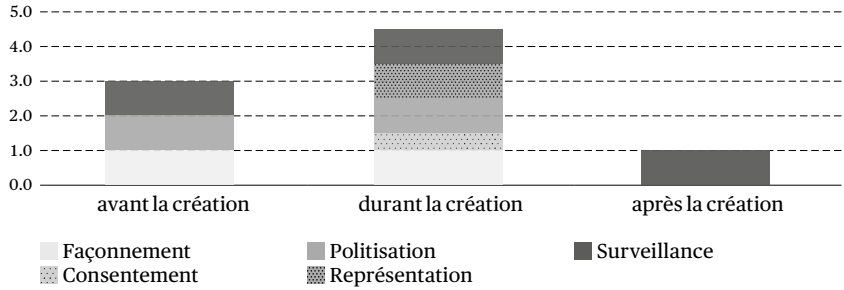
Les résultats découlant de l'analyse contenue dans le présent chapitre démontrent que les relations extérieures de l'Assemblée fédérale, dans leur ensemble, satisfont à tous les critères de création de légitimité à un certain moment de vie de l'instrument de droit souple et à certaines conditions. Tout d'abord, le critère de la surveillance est rempli par tous les éléments constituant le mode d'implication examiné à tous les moments de vie de l'instrument de droit souple. En outre, les critères du façonnement et de la politisation sont, eux aussi, remplis par tous les éléments constitutifs, mais uniquement « avant » et « durant la création ». Finalement, le consentement et la représentation n'interviennent, quant à eux, que partiellement, c'est-à-dire au moyen de deux sur trois éléments constitutifs (à savoir la participation aux délégations du Conseil fédéral et les activités au sein des organisations interparlementaires) et uniquement « durant » la création de l'instrument international de droit souple. Ces résultats sont représentés graphiquement dans la Figure 18 ci-dessous. En somme, les relations extérieures de l'Assemblée fédérale apportent de la légitimité aux instruments internationaux de droit souple en habilitant ses membres à :

1259 Nous, peuples : société civile, Organisation des Nations Unies et gouvernance mondiale, Rapport du Groupe de personnalités éminentes sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et la société civile, p. 12.

1260 À ce propos, voir Contribution des parlements aux travaux du Conseil des droits de l'homme et à son Examen périodique universel, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme de 2018 et Principes fondamentaux du contrôle parlementaire des normes internationales relatives aux droits de l'homme, Annexe à la résolution 1823 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, cités dans SCHMID, CR Cst., art. 166 N 18.

— façonner directement et indirectement le contenu, politiser celui-ci et surveiller le comportement du Conseil fédéral dans ce domaine **avant** sa création ;
— façonner directement et indirectement le contenu, le politiser et y consentir dans certains cas, ainsi que surveiller le comportement du Conseil fédéral dans ce domaine et exercer leur rôle de représentants et représentantes démocratiques en cas d'implication directe **durant** le processus de création de l'instrument ;
— surveiller le comportement du Conseil fédéral dans ce domaine **après** la création.

Figure 18. Apport de légitimité par les relations extérieures de l'Assemblée fédérale avant, durant et après la création de l'instrument international de droit souple.



Nous concluons le huitième chapitre de la présente thèse avec trois remarques. Premièrement, l'apport de légitimité le plus important intervient lorsque les relations extérieures de l'Assemblée fédérale sont exercées durant la création de l'instrument international de droit souple. Nous observons que les cinq critères de création de légitimité sont remplis lors de cette phase temporelle par deux des trois éléments de ce mode d'implication parlementaire, à savoir la participation aux délégations du Conseil fédéral et les activités au sein des organisations interparlementaires. Au vu de notre évaluation, l'apport de légitimité le plus conséquent se produit lorsque les membres de l'Assemblée fédérale sont directement impliqués dans le processus de création de l'instrument international de droit souple, que ce soit en faisant partie des délégations du Conseil fédéral ou en cas d'agissements des délégations parlementaires suisses au sein des organisations interparlementaires.

Or, et ceci constitue notre deuxième remarque, une telle implication parlementaire directe n'est pas toujours envisageable. En effet, il convient de souligner que, malgré son score d'apport de légitimité élevé, l'inclusion des membres de l'Assemblée fédérale dans les délégations du Conseil fédéral dans le domaine du droit souple reste peu réaliste et peu systématique. Ce constat

découle notamment de l'observation qu'une panoplie de ces instruments est négociée à des échelons bas de l'administration fédérale sans la participation de conseillers fédéraux qui pourraient inviter des parlementaires à se joindre aux délégations au sens de l'art. 12 ORInt. Cependant, au vu de son score d'apport de légitimité élevé, la pratique pourrait envisager la participation des membres de l'Assemblée fédérale dans certains domaines spécifiques particulièrement intéressants aux yeux de cette dernière lorsque l'instrument de droit souple est négocié à des échelons particulièrement hauts. Une telle possibilité d'implication des membres de l'Assemblée fédérale pourrait ainsi reposer sur le critère d'importance des instruments de droit souple, tel qu'il est utilisé en matière de droit de consultation des CPE[1261].

Troisièmement, il sied de rappeler que tout engagement international des membres de l'Assemblée fédérale, y compris en matière de droit souple, dépend fortement de leurs intérêts, compétences et ressources individuelles[1262] ainsi que de l'accès à l'information que celui-ci peut offrir également. Dans les faits, les parlementaires ne représentent pas exclusivement l'Assemblée fédérale, mais également leurs partis politiques, voire leurs propres intérêts en tant qu'acteurs politiques[1263], ces derniers variant naturellement en fonction de leurs agendas politiques. Quant aux compétences, les instruments internationaux de droit souple relèvent fréquemment de domaines hautement techniques, difficiles à saisir par des non-experts, y compris les parlementaires. De plus, et comme susmentionné, les parlementaires suisses disposent de ressources particulièrement limitées pour l'engagement de collaboratrices et collaborateurs spécialisés et ne les utilisent pas systématiquement[1264]. Par conséquent, non seulement la contribution directe des parlementaires se voit restreinte par ces limites, mais ces dernières influencent également les informations que les parlementaires peuvent et veulent recueillir dans les fora internationaux. L'information obtenue dans ce cadre constituant l'un des éléments principaux permettant d'exercer les fonctions de façonnement, de politisation et de surveillance, la satisfaction à celles-ci peut considérablement varier en fonction du membre de l'Assemblée fédérale impliqué. De plus, le système, tel qu'il est établi en Suisse, selon lequel les fonctions présidentielles (des Chambres, des CPE et des délégations internationales) jouent un rôle central dans l'entretien des relations internationales, mais sont soumises à une

1261 Voir point 5.1.2.1.3.b).

1262 Pour une comparaison détaillée entre les pays du continent européen à ce propos, notamment des différences étonnantes entre les pays de l'Europe de l'Ouest et ceux du Caucase, voir WEISGLAS et DE BOER, Parliamentary Diplomacy, p. 6.

1263 ALGER et KILLE, Parliamentarians of States, p. 82.

1264 Voir point 9.2.1.3.

rotation avec des cycles relativement courts, n'est pas particulièrement adapté à l'établissement d'un réseau de relations solides avec d'autres parlements et à la continuité de celles-ci[1265].

Nonobstant, les différentes relations extérieures que les membres de l'Assemblée fédérale peuvent entretenir, y compris celles au sein des institutions interparlementaires en prolifération[1266], s'inscrivent dans le concept plus général de la *networked global society,* qui comprend un nombre grandissant de projets de droit souple, et continuent d'évoluer en tant qu'élément important de la structure internationale en mutation[1267]. Avec l'évaluation des relations extérieures de l'Assemblée fédérale, nous avons terminé l'analyse des cinq modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple et passons désormais à la discussion globale des résultats dans le cadre de la conclusion de la présente thèse.

1265 ZEHNDER, Commentaire LParl, art. 60 N 29.

1266 FREYBURG et al., Democratization, p. 248.

1267 ALGER et KILLE, Parliamentarians of States, p. 72 ; CUTLER, *The Emergence of International Parliamentary Institutions: New Networks of Influence in World Society* in Who Is Afraid of the State? Canada in a World of Multiple Centres of Power (Toronto : 2001), p. 226.

9. Discussion des résultats et conclusion

La conclusion de la présente thèse fait la lumière sur le besoin d'une implication accrue de l'Assemblée fédérale en matière d'instruments internationaux de droit souple et en politique extérieure plus généralement, s'arrête sur l'opportunité des mesures de renforcement législatives et pratiques des modes d'implication parlementaire et discute les limites aux effets d'une telle implication découlant des considérations structurelles de l'ordre juridique international. Les modes d'implication parlementaire sont constitués d'opportunités disponibles à toutes les formations de l'Assemblée fédérale ou à ses membres de prendre part, de leur propre initiative ou sur l'initiative du Conseil fédéral, dans le domaine du droit souple international. Afin de déterminer comment le recours à ces derniers peut contribuer à la légitimité démocratique des instruments internationaux avant, durant et après leur création et répondre ainsi à notre question de recherche, nous avons discuté l'applicabilité des cinq modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple (chapitres 4 à 8). Dans chaque chapitre, nous avons circonscrit le cadre légal du mode d'implication parlementaire étudié et sa (non)application en matière d'instruments internationaux de droit souple, puis avons évalué la légitimité que le recours au mode analysé apporte à ces derniers et le(s) moment(s) au(x)quel(s) il permet au Parlement d'intervenir. Cette manière de procéder nous a permis d'étudier les cinq modes d'implication parlementaire sur la base d'un même standard, à savoir le score d'apport de légitimité et d'observer leurs fluctuations individuelles tout au long du processus d'élaboration du droit souple. Il est désormais temps d'adopter une vision d'ensemble des résultats individuels des cinq modes d'implication parlementaire. Ce neuvième chapitre a donc pour objectif de réunir les résultats des chapitres 4 à 8 afin d'en déduire des conclusions communes, de réfléchir aux contributions de ces dernières et de proposer des suggestions pour la pratique et les recherches futures. Il se décline en trois sous-chapitres. Alors que le premier se consacre à la présentation globale des résultats (point 9.1), le deuxième dresse une liste des constats principaux auxquels nous sommes parvenus et discute leur portée plus large (point 9.2). La thèse se termine avec quelques perspectives pour les futures recherches en droit et en sciences politiques (point 9.3).

9.1. Présentation des résultats

Avant de présenter les conclusions principales découlant de notre étude, nous portons un regard global sur les résultats en trois étapes. Premièrement, nous rassemblons les différents résultats de l'évaluation selon les critères de création de légitimité et abordons la question d'une explication alternative pour certains d'entre eux (point 9.1.1). Plus précisément, nous discutons le fait que certains modes d'implication parlementaire comprennent un nombre plus important de sous-catégories affecte ou non nos résultats et constitue une explication alternative de leurs scores d'apport de légitimité plus élevés, par exemple dans le cas des relations extérieures de l'Assemblée fédérale. Deuxièmement, nous regroupons les résultats des évaluations selon le moment de l'implication et proposons une ligne temporelle d'un instrument de droit souple contenant tous les modes d'implication parlementaire (point 9.1.2). Troisièmement et dernièrement, nous entrecroisons l'évaluation selon les critères de création de légitimité et l'évaluation selon le moment de l'implication de tous les modes d'implication parlementaires étudiés, afin d'identifier le moment auquel l'apport de légitimité est globalement le plus important et la manière dont celui-ci varie avant, durant et après la création des instruments internationaux de droit souple (point 9.1.3).

9.1.1. Vue d'ensemble de l'évaluation des modes d'implication parlementaire selon leur apport de légitimité

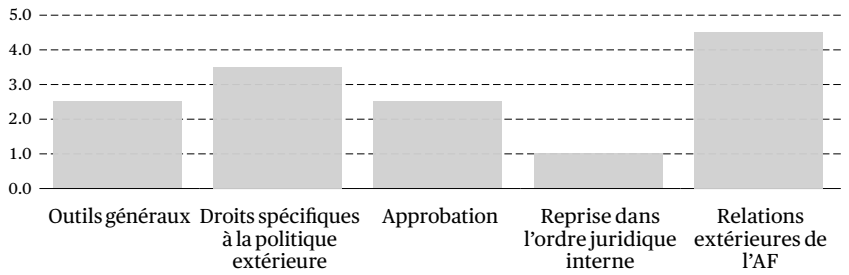
Nous proposons une vue d'ensemble des résultats de l'évaluation selon l'apport de légitimité en deux temps, c'est-à-dire au moyen d'un graphique comparatif des scores d'apport de légitimité démocratique des modes d'implication parlementaire (Figure 19), puis à l'aide d'un tableau catégorisant les modes d'implication parlementaire en fonction des critères de création de légitimité (Figure 20). Pour rappel, cette démarche s'inscrit dans l'analyse multicritère adoptée dans le cadre de ce travail de recherche, une technique d'évaluation utilisée pour, entre autres, classer les différentes options évaluées ou encore distinguer les options prometteuses de celles qui le sont moins[1268]. Dans cette section, nous procédons à l'appréciation et la comparaison des différents modes d'implication parlementaire existants dans le cadre légal suisse sur la base d'un standard d'évaluation uniforme, à savoir le score d'apport de légitimité. Nous présentons également leurs performances par rapport aux différents critères de création de légitimité principalement sous forme de tableau

1268 DEAN, Practical Guide, p. 20.

et de graphique, conformément à la technique d'analyse multicritère que DEAN nomme *Simple Multi-Criteria Summary Charts*[1269]. Cette manière de procéder nous permet d'obtenir une analyse fine des performances des cinq modes d'implication parlementaires étudiés et nous sert de base de réflexion pour parvenir aux conclusions principales qui figurent au point 9.2.1.

Dans un premier temps, nous proposons une vision graphique des scores d'apport de légitimité à un instrument international de droit souple par les différents modes d'implication parlementaire étudiés à l'aide de la Figure 19. Son axe vertical représente les points d'apport de légitimité et son axe horizontal contient les différents modes d'implication parlementaire précédemment examinés. Ainsi, cette figure nous permet de réunir en un seul endroit tous les scores d'apport de légitimité et de les comparer. Comme nous l'avons vu, d'importantes variations existent entre les différents modes d'implication parlementaire. Les relations extérieures de l'Assemblée fédérale obtiennent le plus haut score d'apport de légitimité (quatre points et demi sur cinq points maximaux)[1270], alors que la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique interne apporte le moins de légitimité à l'instrument repris (un point sur cinq)[1271]. Les droits spécifiques à la politique extérieure, les outils généraux de participation parlementaire et le droit d'approbation se situent au milieu du classement avec de petits écarts de score, à savoir trois points et demi pour les droits spécifiques à la politique extérieure[1272] et deux points et demi pour les outils généraux[1273] et le droit d'approbation[1274].

Figure 19. Scores d'apport de légitimité à l'instrument international de droit souple de tous les modes d'implication parlementaire examinés.



1269 Ibid.

1270 Voir point 8.1.2.

1271 Voir point 7.1.2.

1272 Voir point 5.1.3.

1273 Voir point 4.1.3.

1274 Voir point 6.1.2.

Ces résultats sont quelque peu surprenants et ce, sous deux aspects. Premièrement, il convient de prendre note du fait que les relations extérieures de l'Assemblée fédérale se retrouvent au sommet du classement, alors qu'elles ne font que rarement, voire jamais, l'objet des discussions sur la façon de soutenir l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple et en politique extérieure de manière générale. Nos réflexions sur le potentiel sous-exploré de ce mode d'implication parlementaire sont davantage exposées dans le prochain sous-chapitre[1275]. Deuxièmement, il convient également de souligner que l'approbation par l'Assemblée fédérale ne se trouve qu'à la troisième place du classement en termes d'apport de légitimité à l'instrument international de droit souple, *ex æquo* avec les outils généraux de participation parlementaire (pénultième score d'apport de légitimité). Elle est pourtant souvent considérée comme l'acte ultime de création de légitimité démocratique[1276]. Nos résultats confirment donc l'avis de LEFKOWITZ qui remet en question la vision selon laquelle l'approbation par l'organe législatif serait la seule source de légitimité démocratique suffisante[1277]. Par conséquent, la priorité de la discussion politique en Suisse au sujet de l'implication parlementaire en matière de droit souple, et de politique extérieure plus généralement, pourrait, à notre avis, être mieux ciblée. Comme nous l'avons vu, celle-ci se focalise sur un renforcement des droits spécifiques à la politique extérieure et sur l'approbation par l'Assemblée fédérale de certains instruments internationaux de droit souple, sans considérer les relations extérieures de l'Assemblée fédérale, le mode d'implication parlementaire permettant d'apporter le plus de légitimité selon nos résultats.

Une éventuelle explication alternative de nos résultats mérite d'être abordée à ce stade. Tandis que certains modes d'implication parlementaire que nous avons étudiés regroupent trois éléments ou plus, d'autres n'en contiennent que deux. Dans la première catégorie, nous retrouvons les outils généraux de participation parlementaire, les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure et les relations extérieures de l'Assemblée fédérale. Pour préciser, les outils généraux de participation parlementaire se composent de cinq éléments, à savoir de droits individuels à l'information, de droits généraux à l'information des commissions, d'interventions parlementaires d'information, de rapports informatifs et d'interventions parlementaires de

1275 Voir point 9.2.1.3.

1276 Initiative parlementaire 18.466 ; Motion 18.4130 ; NORTON, Parliament, p. 7 ; KELSO, Parliament, p. 225.

1277 LEFKOWITZ, Philosophy and International Law, p. 113.

mandat. Les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure, quant à eux, en regroupent quatre sous forme d'obligations d'informer et de consulter à charge du Conseil fédéral et de droits de demander à être informées et consultées des CPE. Les relations extérieures de l'Assemblée fédérale contiennent, quant à elles, trois éléments : la participation aux délégations du Conseil fédéral, les activités au sein des organisations interparlementaires et les relations bilatérales et autres relations multilatérales. Dans le deuxième groupe contenant au maximum deux éléments se trouvent la reprise du droit souple dans l'ordre juridique suisse qui se compose de la reprise et de la retranscription et l'approbation par l'Assemblée fédérale. Nous observons que les modes d'implication parlementaire du groupe à trois ou plus d'éléments obtiennent des scores plus élevés que ceux du groupe à deux éléments. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, le score d'apport de légitimité ne dépend ni n'augmente progressivement en fonction du nombre de sous-catégories des modes d'implication parlementaire, nous permettant donc de comparer les différents modes d'implication parlementaire. Deux observations nous permettent de réfuter un tel argument. Premièrement, les outils généraux de participation parlementaire qui contiennent le plus grand nombre de sous-catégories et l'approbation par l'Assemblée fédérale qui n'en contient que deux atteignent le même score d'apport de légitimité. Deuxièmement, aucune augmentation progressive ne peut être constatée. En effet, les relations extérieures de l'Assemblée fédérale et les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure qui englobent respectivement trois et quatre éléments atteignent des scores plus élevés que les outils généraux de participation parlementaire qui se déclinent en cinq sous-catégories. C'est pourquoi les différences de scores entre les modes d'implication parlementaire ne doivent pas être considérées comme dépendantes du nombre d'éléments que ceux-ci contiennent.

Dans un second temps, la Figure 20 offre, quant à elle, une vue d'ensemble plus détaillée des scores d'apport de légitimité des différents modes d'implication parlementaire. En effet, elle indique par quel mode d'implication parlementaire chaque critère de création de légitimité est rempli et de quelle manière. Plus précisément, lorsqu'un mode d'implication parlementaire répond entièrement à un critère de création de légitimité, celui-ci est indiqué **en gras** dans le tableau. S'il ne satisfait au critère que de façon partielle et n'obtient qu'un demi-point pour le critère concerné, il est indiqué *en italique*.

Figure 20. Satisfaction des critères de création de légitimité par tous les modes d'implication parlementaire examinés.

Façonnement	Consentement	Politisation	Représentation	Surveillance
Outils généraux	**Droit d'approbation**	*Outils généraux*	*Droits spécifiques à la politique extérieure*	**Outils généraux**
Droits spécifiques à la politique extérieure	**Reprise du droit souple international dans l'ordre juridique interne**	**Droits spécifiques à la politique extérieure**	**Relations extérieures de l'AF**	**Droits spécifiques à la politique extérieure**
Droit d'approbation	*Relations extérieures de l'AF*	*Droit d'approbation*		**Relations extérieures de l'AF**
Relations extérieures de l'AF		**Relations extérieures de l'AF**		

Nous observons, à l'aide de la Figure 20, que le plus grand nombre de modes d'implication parlementaire étudiés satisfont aux critères de façonnement et de politisation. Quatre différents modes remplissent entièrement ou partiellement ces deux critères. Le critère du façonnement est rempli entièrement par les outils généraux, les droits spécifiques à la politique extérieure, le droit d'approbation et les relations extérieures de l'Assemblée fédérale. La politisation, quant à elle, a lieu entièrement dans le cadre des relations extérieures de l'Assemblée fédérale et des droits spécifiques à la politique extérieure et partiellement en présence d'outils généraux et du droit d'approbation. Il ressort donc de la Figure 20 que tous les modes d'implication parlementaire qui remplissent le critère du façonnement remplissent également le critère de la politisation. En d'autres termes, dans tous les cas où le critère du façonnement est rempli, le critère de la politisation l'est également, que ce soit entièrement ou partiellement.

Un facteur explicatif de ce résultat résiderait dans l'interdépendance entre ces deux critères. Comme souligné dans le chapitre méthodologique, les critères du façonnement, du consentement et de la politisation découlent, les trois, de la fonction législative d'un parlement et ne sont donc pas strictement cloisonnés, mais sont suffisamment distincts pour constituer des critères de création de légitimité différents, tels que le suggère la littérature[1278]. Nous pourrions donc conclure que si l'Assemblée fédérale façonne l'instrument international de droit souple, une certaine politisation de celui-ci a également lieu. Toutefois, si nous regardons plus précisément les premières figures des chapitres 4 et 5, nous observons que, pour certaines sous-catégories de ces modes d'implication parlementaire, le critère du façonnement est rempli, tandis que celui de la politisation ne l'est pas[1279]. Tel est notamment

1278 Voir point 2.2.2.3 ; BEETHAM, Guide, pp. 4-5 ; KELSO, Parliament, p. 226 ; NORTON, Parliament, p. 101.

1279 Voir Figure 4 et Figure 7.

le cas des droits individuels à l'information, des droits généraux à l'information des commissions parlementaires et du droit de demander à être informé de l'art. 152, al. 5 LParl. En revanche, nous n'avons observé aucune sous-catégorie des modes d'implication parlementaire qui remplit le critère de la politisation, sans celui du façonnement. Par conséquent, le lien entre ces deux critères mérite d'être appréciée comme suit : alors que l'Assemblée fédérale ne politise un instrument international de droit souple que si elle le façonne, elle peut le façonner sans pour autant le politiser. Ainsi, si Anne et ses collègues de la CPS-N demandent d'être informés au sujet d'un instrument de droit souple en élaboration sur la base de l'art. 152, al. 5 LParl, cette demande pourrait influencer le comportement du Conseil fédéral et ainsi façonner indirectement l'instrument de droit souple concerné. Cependant, la CPS-N se limite à réceptionner l'information, sans que cet outil ne déclenche la politisation au sujet de l'instrument en son sein. En revanche, lorsqu'Anne et ses collègues politisent un instrument de droit souple au moyen des modes d'implication parlementaire qui le permettent, tels que les interventions parlementaires, la consultation ou encore tout type de relation extérieure de l'Assemblée fédérale, une contribution à son façonnement peut se produire au moins indirectement. Une telle conclusion se tient, car si un débat au sujet d'un instrument de droit souple international a lieu par le biais d'une discussion qui prend en compte les différentes opinions présentes dans la société (politisation)[1280], celle-ci peut exercer une influence du moins sur le comportement futur du Conseil fédéral et ainsi indirectement sur l'instrument (façonnement indirect).

En outre, il découle de la Figure 20 que trois différents modes remplissent les critères de la surveillance et du consentement. Les outils généraux, les droits spécifiques à la politique extérieure et les relations extérieures de l'Assemblée fédérale permettent à cette dernière de surveiller le comportement du Conseil fédéral vis-à-vis d'un instrument de droit souple. Un consentement plein et entier à l'instrument international de droit souple est rendu possible par le droit d'approbation et la reprise du droit souple dans l'ordre juridique interne et un consentement partiel par les relations extérieures de l'Assemblée fédérale. Finalement, le critère de la représentation n'est rempli que par deux modes d'implication parlementaire, dont le second de manière partielle, à savoir les relations extérieures de l'Assemblée fédérale et les droits spécifiques à la politique extérieure.

1280 À propos de la politique deliberative, voir HABERMAS, Between Facts and Norms, pp. 287 ss et ROZENBERG, Concepts, pp. 17, 20.

9.1.2. Vue d'ensemble de l'évaluation des modes d'implication parlementaire selon le moment de l'implication

La deuxième étape de la présentation de nos résultats consiste en une représentation d'ensemble des résultats de l'évaluation selon le moment de l'implication. En d'autres termes, nous illustrons, à l'aide de la Figure 21, ci-dessous les moments de vie d'un instrument de droit souple auxquels tous les différents modes d'implication parlementaire permettent à l'Assemblée fédérale de s'impliquer et d'être impliquée. En outre, les différentes sous-catégories des modes d'implication parlementaire sont présentées dans la Figure 21, en raison des différences importantes quant au moment auquel elles rendent l'implication parlementaire opérationnelle. Ainsi, certains modes apparaissent à plusieurs reprises dans la Figure 21 avec l'indication précise des éléments habilitant l'implication parlementaire à la phase temporelle concernée.

Figure 21. Dimension temporelle : Intervention de tous les modes d'implication parlementaire examinés dans la vie d'un instrument international de droit souple. Lorsqu'une cellule couvre plusieurs phases temporelles, les modes contenus dans cette cellule sont pertinents pour toutes ces phases temporelles.

Avant	Durant	Après
La création de l'instrument international de droit souple		
Outils généraux : rapports informatifs, interventions parlementaires de mandat		
Droits spécifiques à la politique extérieure : obligation d'informer, obligation de consulter		
Relations extérieures de l'Assemblée fédérale : activités au sein des organisations interparlementaires, relations bilatérales et autres relations multilatérales		
Relations extérieures de l'Assemblée fédérale : participation des parlementaires aux délégations du Conseil fédéral		
	Outils généraux : droits individuels à l'information, droits généraux à l'information des commissions, interventions parlementaires d'information	
	Droits spécifiques à la politique extérieure : droit de demander à être informé, droit de demander à être consulté	
	Droit d'approbation	
Reprise dans l'ordre juridique interne : renvoi indirect, renvoi dynamique		**Reprise dans l'ordre juridique interne :** tout type de renvoi, retranscription

Tout d'abord, nos résultats démontrent que trois modes d'implication parlementaire permettent à l'Assemblée fédérale de s'impliquer **à tout moment** de vie d'un instrument de droit souple, à savoir certains outils généraux (les rapports informatifs et les interventions parlementaires de mandat), certains

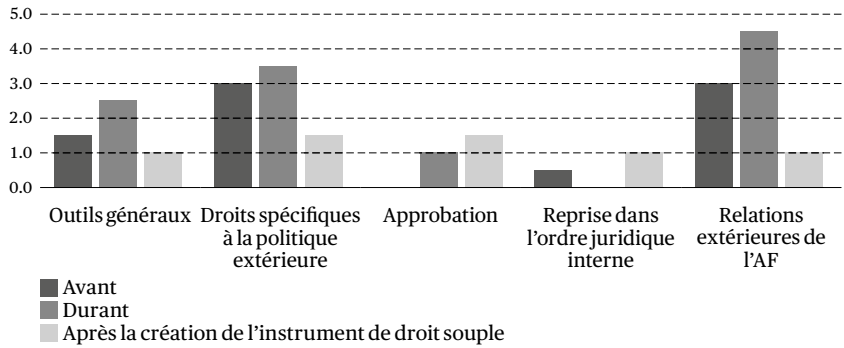
droits spécifiques à la politique extérieure (les obligations d'informer et de consulter les CPE) et certains aspects des relations extérieures de l'Assemblée fédérale (les activités des membres de l'Assemblée fédérale au sein des organisations interparlementaires ainsi que les autres relations multilatérales et bilatérales). Deuxièmement, nous observons qu'une sous-catégorie des relations extérieures de l'Assemblée fédérale (participation des parlementaires aux délégations du Conseil fédéral) permet l'implication **avant et durant** la création de l'instrument. Troisièmement, nous constatons également que certains outils généraux (droits individuels à l'information, droits généraux à l'information des commissions et les interventions parlementaires d'information), certains droits spécifiques à la politique extérieure (droits de demander à être informées et consultées des commissions compétentes) ainsi que l'approbation par l'Assemblée fédérale peuvent intervenir uniquement **durant et après** la création de l'instrument. Finalement, la reprise du droit souple dans l'ordre juridique interne permet l'implication parlementaire **après** la création de l'instrument de droit souple, mais également **avant** lorsqu'elle prend la forme de renvois indirects ou de renvois dynamiques. Cette présentation brute des résultats de l'évaluation selon le moment de l'implication mérite d'être entrecroisée avec les scores d'apport de légitimité dans l'intention d'identifier, dans le prochain sous-chapitre, le moment d'implication parlementaire le plus opportun pour contribuer à la légitimité des instruments internationaux de droit souple (point 9.2.1.2).

9.1.3. Bilan : Apport de légitimité par les modes d'implication parlementaire avant, durant et après la création des instruments internationaux de droit souple

Nous pouvons désormais entrecroiser les résultats de l'évaluation selon les critères de création de légitimité et ceux de l'évaluation selon le moment de l'implication et ainsi répondre à notre question de recherche et ses sous-questions. Nous démontrons dans cette section si et comment les modes d'implication parlementaire identifiées apportent de la légitimité à un instrument international de droit souple avant, durant et après sa création à l'aide de trois figures. La première expose le score d'apport de légitimité aux trois phases temporelles pour chaque mode étudié (Figure 22). La deuxième, quant à elle, vise à illustrer comment l'apport de légitimité à l'instrument international de droit souple par les modes d'implication parlementaire varie à travers le temps (Figure 23). La troisième, finalement, répartit tous les modes d'implication parlementaire en deux catégories générales en les distinguant selon leurs caractéristiques les plus saillantes découlant des figures précédentes (Figure 24).

Comme observé précédemment aux chapitres 4 à 8, les modes d'implication parlementaire n'obtiennent pas le même score d'apport de légitimité à chaque phase temporelle. Sur la Figure 22 ci-dessous, les colonnes représentent le score d'apport de légitimité obtenu à chaque phase temporelle par chaque mode d'implication parlementaire. Ce graphique nous permet donc de lire les résultats comme suit. Premièrement, les outils généraux atteignent un score d'un point et demi lorsqu'ils interviennent avant la création de l'instrument de droit souple, avant de monter à deux points et demi durant la création et de redescendre à un point après la création. Deuxièmement, les droits spécifiques à la politique extérieure se voient attribuer trois points avant, trois points et demi durant et un point et demi après la création de l'instrument de droit souple. Troisièmement, le droit d'approbation, quant à lui, n'obtient aucun point à la phase temporelle « avant », mais monte d'un point à un point et demi entre les phases « durant » et « après ». Quatrièmement, la reprise du droit souple dans l'ordre juridique interne se voit accorder un demi-point à la phase temporelle « avant », car certains de ses éléments permettent de consentir en amont aux instruments internationaux de droit souple, puis redescend à zéro à la phase temporelle « durant », avant de monter à un point à la phase temporelle « après » à laquelle tous ses éléments remplissent le critère du consentement. Cinquièmement, les relations extérieures de l'Assemblée fédérale obtiennent un score de trois et quatre points lorsqu'elles interviennent respectivement avant et durant la création de l'instrument, mais ce score baisse à un point si ce mode de participation est utilisé après la création de l'instrument de droit souple.

Figure 22. Apport de légitimité par tous les modes d'implication parlementaire examinés avant, durant et après la création de l'instrument international de droit souple.

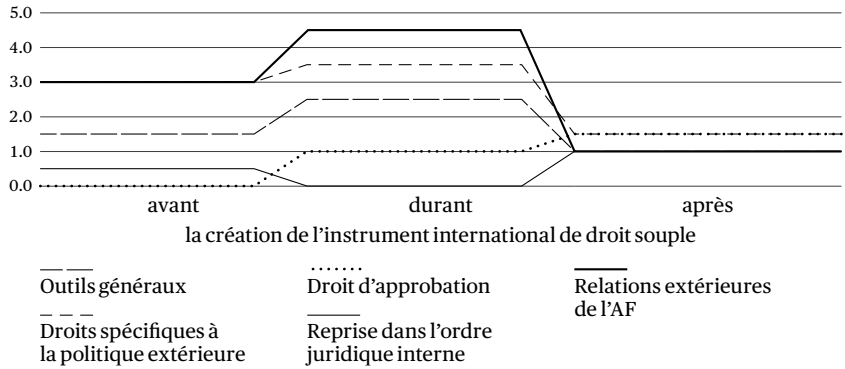


La Figure 23 reprend les données figurant déjà sur la Figure 22, mais apporte une vision différente de ces résultats. Ce graphique représente le score d'apport de légitimité atteint par chaque mode d'implication parlementaire à travers les

trois phases temporelles sous forme de ligne. L'objectif de la Figure 23 est, dès lors, une représentation graphique des variations d'apport de légitimité entre les modes d'implication parlementaire d'un côté, et de l'autre, des variations d'apport de légitimité à travers le temps. Son axe horizontal représente les trois phases temporelles, alors que son axe vertical contient les points constituant le score de création de légitimité. Les différents types de lignes représentent les résultats des cinq modes d'implication parlementaire analysés. Nous pourrions imaginer une représentation de la variation d'apport de légitimité à l'instrument international de droit souple par les modes d'implication parlementaire à travers le temps au moyen de courbes. Cependant, un graphique linéaire illustre de manière plus fidèle nos résultats pour deux raisons. Premièrement, nos résultats ne nous permettent pas de constater une augmentation ou une diminution progressive d'apport de légitimité pendant une phase temporelle donnée. Autrement dit, un graphique en courbes d'un mode d'implication parlementaire réalisant un score de trois points avant la création de l'instrument et quatre points et demi durant, montrerait une augmentation progressive du score vers la fin de la phase « avant », conclusion qui ne peut pas être tirée de nos résultats. Deuxièmement, un graphique en escaliers est plus adapté parce que les évolutions des différents instruments internationaux de droit souple ne sont pas identiques, en ce sens que des événements qui interviennent de manière brusque peuvent influencer l'enchaînement des phases temporelles. Par exemple, la publication d'un communiqué de presse peut faire basculer le processus dans la phase « durant » ou « après » la création de l'instrument. Dans un tel cas, une courbe progressive ou dégressive entre les différentes phases temporelles de l'instrument ne correspondrait pas à la réalité.

La Figure 23 nous permet d'identifier deux tendances. D'une part, en ce qui concerne les outils généraux de participation parlementaire et les droits spécifiques à la politique extérieure, nous observons que ceux-ci apportent de la légitimité lorsqu'ils interviennent avant la création de l'instrument, puis que cet apport augmente en cas d'une intervention durant la création et redescend à la phase temporelle « après » la création. La même chose vaut pour les relations extérieures de l'Assemblée fédérale. Nous observons une augmentation d'apport de légitimité entre les phases temporelles « avant » et « durant », avant de constater une importante chute en apport de légitimité « après » la création. D'autre part, la légitimité apportée par le droit d'approbation intervient dans une moindre mesure durant la création de l'instrument, avant d'augmenter après celle-ci. La reprise du droit souple dans l'ordre juridique interne apporte de la légitimité dans une très faible mesure avant la création de l'instrument, n'en apporte pas du tout durant mais atteint son pic d'apport de légitimité après la création de l'instrument de droit souple.

Figure 23. Variations d'apport de légitimité à l'instrument international de droit souple par tous les modes d'implication parlementaire examinés à travers le temps.



Deux observations principales se dégagent de l'entrecroisement de nos résultats de l'évaluation selon les critères de création de légitimité et de l'évaluation selon le moment de l'implication et s'imposent à la lecture des Figures 22 et 23. Premièrement, tous les modes d'implication parlementaire examinés permettent d'apporter de la légitimité après la création de l'instrument, mais certains seulement permettent de l'apporter avant et durant la création. Secondement, certains modes d'implication parlementaire atteignent leur pic d'apport de légitimité durant la création de l'instrument de droit souple alors que pour d'autres, l'apport de création de légitimité le plus important a lieu après la création de l'instrument. Il est intéressant de noter que les modes d'implication parlementaire dont l'apport de légitimité augmente après la création de l'instrument de droit souple ne permettent qu'un apport de légitimité très faible ou nul avant la création. Ces observations nous permettent d'identifier deux catégories générales distinctes de modes d'implication parlementaire.

Sur la Figure 24, nous distinguons les modes d'implication parlementaire précoce (catégorie générale 1) de ceux qui habilitent une implication parlementaire tardive (catégorie générale 2). Les modes d'implication parlementaire sont donc principalement différenciés selon la phase temporelle à laquelle ils habilitent le plus important apport de légitimité démocratique. Les outils généraux de participation parlementaire, les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure et les relations extérieures de l'Assemblée fédérale constituent la première catégorie générale. Cette dernière permet un apport de légitimité à toutes les phases temporelles d'un instrument de droit souple, mais l'apport de légitimité le plus important a lieu lorsque ces modes d'implication parlementaire sont utilisés **durant** la création de l'instrument. Ce groupe connaît un déclin en apport de légitimité après la création de l'instrument. Le droit d'approbation et la reprise du droit souple dans l'ordre

juridique interne forment la seconde catégorie générale. Celle-ci permet un apport de légitimité extrêmement modeste (ou nul) à l'instrument de droit souple avant et durant sa création, mais cet apport atteint son pic **après** la création du droit souple (il augmente pour le droit d'approbation et redevient possible pour la reprise). Cette manière de présenter nos résultats nous permet non seulement de mettre en évidence les caractéristiques principales des modes d'implication parlementaire étudiés et de les catégoriser selon leurs points de recoupement, mais aussi d'en déduire des éléments déterminants pour nos conclusions principales. À titre d'exemple, la conclusion relative à l'importance de l'apport de légitimité par les modes d'implication parlementaire durant la création du droit souple (point 9.2.1.2) découle, entre autres, du résultat selon lequel la majorité des modes d'implication parlementaire étudiés permettent l'apport de légitimité le plus conséquent à cette phase temporelle (modes d'implication parlementaire précoce).

Figure 24. Deux catégories de modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple.

	Caractéristiques	Modes d'implication parlementaire
Catégorie générale 1 : Modes d'implication parlementaire précoce	– Apport de légitimité le plus important durant la création du droit souple. – Déclin en apport de légitimité après la création du droit souple. – Apport de légitimité à toutes les phases temporelles. – Modes d'implication parlementaire de trois éléments ou plus.	– **Outils généraux de participation parlementaire** – **Droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure** – **Relations extérieures de l'Assemblée fédérale**
Catégorie générale 2 : Modes d'implication parlementaire tardive	– Apport de légitimité le plus important après la création du droit souple. – Apport de légitimité extrêmement faible ou nul avant la création du droit souple. – Apport de légitimité uniquement à certaines phases temporelles. – Modes d'implication parlementaire d'au maximum deux éléments.	– **Approbation par l'Assemblée fédérale** – **Reprise du droit souple dans l'ordre juridique interne**

9.2. Portée des résultats

Après avoir offert une présentation brute de nos résultats et les avoir discutés, il est désormais temps de nous consacrer, tout d'abord, aux quatre conclusions principales qui en découlent (point 9.2.1). Nous abordons, par la suite les limites

structurelles inhérentes à la réglementation internationale contemporaine que l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple rencontre inévitablement (point 9.2.2). Finalement, nous situons les résultats dans le débat politique plus général, tout en démontrant qu'ils ne sont pas affectés par des facteurs politiques (point 9.2.3).

9.2.1. Les quatre conclusions principales

Nous sommes parvenue à quatre conclusions principales grâce à ce travail de recherche. Celles-ci rejoignent les contributions de notre thèse, annoncées en introduction[1281]. Premièrement, nous avons pu constater l'existence d'une variété de modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple dans l'ordre juridique suisse (point 9.2.1.1). L'ordre juridique suisse étant déjà équipé d'une variété d'outils pour l'implication parlementaire avant, durant et après la création des instruments internationaux de droit souple, nous n'avons pas établi l'utilité de l'introduction de nouveaux modes d'implication parlementaire à l'aide de critères scientifiques. Deuxièmement, nous avons constaté que l'apport de légitimité le plus conséquent se produit lorsque les modes étudiés habilitent l'implication parlementaire durant la création de l'instrument international de droit souple (point 9.2.1.2). Pour une contribution optimale à la légitimité démocratique du droit souple, il sied donc de privilégier les modes d'implication parlementaire permettant cette implication durant la création de l'instrument. Troisièmement, nous avons reconnu que les relations extérieures de l'Assemblée fédérale présentent un potentiel sous-exploité en tant que mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple (point 9.2.1.3). Il serait souhaitable de davantage recourir à celles-ci, car ce mode d'implication parlementaire mène à l'apport de légitimité le plus important. Enfin, quatrièmement, les résultats de notre évaluation nous permettent d'apprécier l'opportunité des mesures de renforcement des modes d'implication parlementaire envisagées et envisageables (point 9.2.1.4). Les autorités qui visent à renforcer les modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple devraient accorder une importance accrue aux adaptations d'ordre pratique et cognitif, plutôt qu'aux modifications du cadre légal.

Ces quatre conclusions conjuguées indiquent que le système juridique suisse dispose déjà des solutions au problème de l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple avec un potentiel d'optimisation au niveau de la pratique, confirmant ainsi la thèse de WOLFRUM selon laquelle de multiples

1281 Voir point 1.2.

options au niveau national peuvent contribuer à combler le manque de légitimité au niveau international[1282]. Toutefois, l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple international, même en présence de mesures de renforcement prometteuses, rencontre des limites structurelles découlant de plusieurs facteurs inhérents au système international, comme nous le verrons au point 9.2.2.

9.2.1.1. L'existence d'une variété de modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple dans l'ordre juridique suisse

À l'issue de ce travail, nous pouvons affirmer qu'au moins quatre modes d'implication parlementaire, avec plusieurs sous-catégories par mode, permettent à l'Assemblée fédérale d'apporter de la légitimité aux instruments internationaux de droit souple en exerçant ses cinq fonctions élémentaires tout au long de la vie de ces instruments. Nous avons donc pu présenter et analyser une grande variété d'options visant à permettre l'engagement de l'Assemblée fédérale avec le droit souple, dont quatre qui sont actuellement applicables (outils généraux de participation parlementaire, droits de participation spécifiques à la politique extérieure, reprise dans l'ordre juridique suisse et relations extérieures de l'Assemblée fédérale) et un dont l'introduction en matière de droit souple a été revendiquée à plusieurs reprises (approbation par l'Assemblée fédérale). Il découle de la lecture conjointe de ce premier constat avec le dernier[1283] que l'introduction de nouveaux modes d'implication parlementaire s'avèrerait être d'une utilité négligeable.

Trois points majeurs se dégagent de cette première conclusion. Premièrement, les différents modes étudiés peuvent se cumuler dans le domaine du droit souple international et ainsi permettre une implication parlementaire plus importante. L'option de cumul de modes d'implication parlementaire qui vient, tout d'abord, à l'esprit est celle des droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure avec l'approbation par l'Assemblée fédérale telle qu'elle existe en matière de traités internationaux[1284]. À ce propos, PETRIG et EHRENZELLER affirment que l'implication parlementaire en matière de décisions internationales ne doit pas intervenir uniquement une fois que leur contenu est déterminé, mais doit également être garantie à un

1282 WOLFRUM, Introductory Considerations, pp. 22-23 ; WOLFRUM, Legitimacy in International Law, §26.

1283 Voir point 9.2.1.4

1284 EHRENZELLER, Aussenpolitik, p. 531.

stade précoce de l'élaboration des décisions pour que le Parlement puisse conserver son *Artikulationsfunktion*[1285]. Tel est notamment le cas de la catégorie de modes que nous avons considérée, qui permet l'implication parlementaire précoce[1286]. Ainsi, le cumul de l'approbation et des droits de participation spécifiques à la politique extérieure n'est pas la seule et l'ultime solution garantissant l'implication parlementaire tout au long de la vie d'une décision internationale, notamment dans le cas des instruments internationaux de droit souple pour lesquels l'approbation est indisponible.

Afin d'illustrer un exemple de cumul des modes d'implication parlementaire permettant une implication tout au long de la vie de l'instrument et l'exercice des cinq fonctions parlementaires, nous reprenons l'exemple de la conseillère nationale Anne. Pour rappel, Anne est membre de la délégation de l'Assemblée fédérale auprès de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Lors de l'un de ses voyages à Strasbourg, en échangeant avec ses collègues étrangers, Anne apprend que l'élaboration d'un nouvel instrument international de droit souple est sur le point de commencer. De retour en Suisse, Anne soumet, conjointement avec ses collègues de la CPE-N, un postulat chargeant le Conseil fédéral d'examiner l'opportunité de la participation de la Suisse à l'élaboration dudit instrument de droit souple. Dans ce cadre, le Conseil fédéral se montre favorable à la participation de la Suisse à cet instrument et entreprend les démarches pour s'inclure dans les négociations. Durant les négociations, il s'avère qu'il s'agit d'un instrument international de droit souple important au sens de l'art. 5*b* OLOGA et le Conseil fédéral informe et consulte les deux CPE selon les procédures prévues par l'art. 152, al. 2 et 3 LParl. En outre, une autre commission parlementaire compétente demande d'être consultée au sens de l'art. 152, al. 5 LParl à la suite des échanges informels avec les membres des CPE. En prenant en compte les avis consultatifs de toutes les commissions parlementaires consultées et après l'adoption de l'instrument en question, le Conseil fédéral inclut les informations à son propos dans la partie rétrospective de son rapport annuel sur la politique extérieure à destination de toute l'Assemblée fédérale. Finalement, l'année suivante, l'instrument international de droit souple en question sert d'inspiration pour certaines dispositions d'une nouvelle loi fédérale portant sur le même sujet. Une partie de son contenu est même directement retranscrite dans le projet approuvé par l'Assemblée fédérale. Compte tenu des résultats de nos évaluations, cet exemple de cumul démontre que les modes d'implication parlementaire déjà existants en matière de droit souple international permettent à l'Assemblée

1285 Ibid. ; PETRIG, Mitwirkung, pp. 518-519.

1286 Catégorie générale 1 à la Figure 24.

fédérale d'exercer toutes ses fonctions, de s'impliquer tout au long de la vie de l'instrument et de contribuer ainsi de manière non négligeable à la légitimité de l'instrument lui-même.

Deuxièmement, si cet exemple peut paraître quelque peu idéaliste, il n'en demeure pas moins révélateur du fait que la vision de la problématique de l'implication parlementaire mérite d'être élargie au-delà de la question de l'approbation. Nos résultats donnent ainsi tort aux revendicateurs qui conçoivent l'approbation en tant qu'apport ultime de légitimité[1287]. Dans le chapitre 6, nous avons conclu que l'approbation ne permet qu'un façonnement indirect de l'instrument international de droit souple durant la création de celui-ci, puis une politisation partielle et l'expression du consentement à son contenu après cette création. En comparaison avec les autres modes étudiés, son score d'apport de légitimité est faible durant la création de l'instrument et tout aussi élevé que celui des droits de participation spécifiques à la politique extérieure après la création[1288]. Par conséquent, le fait de se prononcer sur le Pacte mondial sur les migrations sous forme d'approbation n'a permis à l'Assemblée fédérale ni d'exercer ses fonctions de manière considérablement plus importante, ni d'augmenter considérablement son apport de légitimité à cet instrument[1289]. À ce propos, le conseiller aux États Caroni a estimé, lors des débats parlementaires, que les réflexions au sujet de l'introduction de l'approbation pour les instruments internationaux de droit souple sont inappropriées et impertinentes en raison notamment de la diversité de leurs genèses[1290]. Au vu de ce qui précède, nous ne sommes pas favorable à l'introduction de l'approbation parlementaire des instruments internationaux de droit souple, telle qu'elle existe en matière de traités, qui nécessiterait une modification constitutionnelle[1291].

Troisièmement, compte tenu de la variété de modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, de leurs scores d'apport de légitimité respectifs et de la possibilité de les cumuler, il ne peut être argumenté que les instruments internationaux de droit souple sont complétement dé-

1287 Initiative parlementaire 18.466 ; Motion 18.4130.

1288 Voir Figure 23.

1289 Le 25 octobre 2024, la Commission des institutions politiques du Conseil national a proposé à son conseil de se rallier à la décision du Conseil des États selon laquelle l'Assemblée fédérale devrait prendre connaissance des principes directeurs et des objectifs du Pacte mondial sur les migrations, mais sans l'acceptation du Pacte par la Suisse. Communiqué de presse du 25 octobre 2024.

1290 Délibérations du Conseil des États du 16 mars 2023, BO 2023 E 251.

1291 Sur les raisons pour lesquelles une modification constitutionnelle serait requise, voir point 9.2.1.4.

pourvus de légitimité démocratique en raison d'un manque d'implication de l'Assemblée fédérale[1292]. Cependant, nous ne sommes pas d'avis que cette problématique puisse être entièrement résolue « vom Boden des Verfassungsrechts aus »[1293]. Comme nous le verrons au point 9.2.2, certaines limites structurelles liées à l'ordre international actuel s'imposent à l'implication parlementaire, notamment lorsque les instruments de droit souple sont élaborés en dehors de toute participation étatique. Notre thèse démontre donc que l'ordre juridique suisse prévoit déjà des moyens suffisants pour assurer un apport de légitimité au droit souple international par le biais de la participation parlementaire. Elle expose ce qui est juridiquement possible ; une thèse en sciences politiques serait plus à même d'apprécier les impacts empiriques effectifs de l'utilisation des modes d'implication parlementaire que nous avons analysés.

9.2.1.2. L'importance de l'apport de légitimité par les modes d'implication parlementaire durant la création de l'instrument international de droit souple

Le plus important apport de légitimité se produit lorsque les modes d'implication parlementaire habilitent l'intervention parlementaire durant la création de l'instrument international de droit souple[1294]. Cette deuxième conclusion principale nous permet de répondre à l'un des objectifs de la présente thèse visant à déterminer le moment de vie de l'instrument de droit souple lors duquel l'interaction avec l'Assemblée fédérale apporte la contribution la plus importante en termes de légitimité, c'est-à-dire à identifier le moment optimal pour l'implication parlementaire. En effet, nous observons sur les figures 22, 23 et 24 ci-dessus que le pic d'apport de légitimité de trois sur cinq modes d'implication parlementaire étudiés est atteint durant la création du droit souple. Plus précisément, les scores d'apport de légitimité à cette phase temporelle sont de quatre points et demi pour les relations extérieures de l'Assemblée fédérale, de trois points et demi pour les droits de participation spécifiques à la politique extérieure, de deux points et demi pour les outils généraux de participation parlementaire, d'un point pour l'approbation par l'Assemblée fédérale et de zéro pour la reprise du droit souple international dans l'ordre juridique suisse. Grâce à ces résultats, nous sommes en mesure d'affirmer que

1292 SINZ arrive à une conclusion comparable, selon laquelle « [e]in Demokratie-Defizit in dem Sinne, dass Soft Law einer staatlichen Legitimierung überhaupt nicht mehr zugänglich gemacht wird, liegt dabei nicht vor ». SINZ, Internationales Soft Law, p. 100.

1293 TOMUSCHAT, Verfassungsstaat, p. 33.

1294 Ce constat est également confirmé par PETERS et PETRIG. PETERS et PETRIG, Völkerrecht, p. 220.

parmi les trois phases temporelles identifiées, le plus important score de création de légitimité est justement atteint durant la création de l'instrument de droit souple et correspond aux quatre points et demi obtenus par les relations extérieures de l'Assemblée fédérale. Ainsi, l'Assemblée fédérale peut exercer ses fonctions de la manière la plus complète et importante lorsqu'elle est impliquée ou lorsque ses membres s'impliquent durant la création du droit souple. Il conviendrait donc de privilégier les modes d'implication parlementaire précoce appartenant à la catégorie générale 1 de la Figure 24, car ceux-ci permettent l'apport de légitimité le plus important durant la création du droit souple. De plus, les dernières figures des chapitres 4 à 8 nous permettent également de constater que tous les cinq critères de création de légitimité peuvent être satisfaits à cette phase temporelle en combinant les différents modes d'implication parlementaire[1295]. Par exemple, tous les critères de création de légitimité seraient entièrement ou partiellement remplis durant la création de l'instrument international de droit souple important dans l'hypothèse où des parlementaires accompagneraient le Conseil fédéral lors des négociations, puis seraient consultés à son sujet au sein des CPE.

Cette conclusion indique qu'il conviendrait de favoriser les modes d'implication parlementaire permettant l'implication parlementaire à ce moment. Les parlementaires qui souhaitent davantage contribuer dans le domaine du droit souple devraient viser une implication de leur part durant la création des instruments. Notre analyse démontre que plusieurs modes sont déjà à leur disposition pour une telle implication, notamment les outils généraux de participation parlementaire, les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure et, tout particulièrement, les relations extérieures de l'Assemblée fédérale. Ces dernières peuvent permettre l'exercice de tous les critères de création de légitimité à cette phase temporelle ; leur sous-exploitation est abordée dans la prochaine section. En revanche, tel n'est pas le cas de l'approbation par l'Assemblée fédérale, pourtant souvent réclamée pour les instruments internationaux de droit souple par les parlementaires[1296]. Ce dernier mode d'implication parlementaire intervient principalement après la création du droit souple et le rôle de l'Assemblée fédérale ne se limite qu'à un façonnement indirect de l'instrument international de droit souple durant sa création. Nos résultats rejoignent les considérations de PETRIG au sujet des décisions internationales, selon lesquelles le Parlement qui souhaite exercer une influence sur le contenu et jouer un rôle de pilotage dans le

1295 Voir Figure 6, Figure 9, Figure 12, Figure 15 et Figure 18.

1296 Initiative parlementaire 18.466 ; Motion 18.4093 ; Motion 18.4103 ; Motion 18.4106 ; Motion 18.4130.

contexte législatif internationalisé doit s'impliquer avant l'adoption de ces décisions par l'organe international[1297]. Par conséquent, les membres de l'Assemblée fédérale désireux de jouer un rôle plus important dans le domaine du droit souple devraient privilégier une implication durant la création de l'instrument à une implication antérieure ou postérieure à celle-ci.

9.2.1.3. Le potentiel sous-exploité des relations extérieures de l'Assemblée fédérale en tant que mode d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple

Notre troisième conclusion principale porte sur la sous-exploitation des relations extérieures de l'Assemblée fédérale en tant que mode d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. Ce constat présente un important lien avec notre question de recherche en ce sens qu'il identifie le mode d'implication parlementaire menant à l'apport de légitimité le plus important, c'est-à-dire celui qui permet à l'Assemblée fédérale d'exercer ses fonctions de la manière la plus complète. Ce mode d'implication parlementaire se démarque des autres notamment sur trois points. Premièrement, les relations extérieures de l'Assemblée fédérale atteignent le plus haut score de création de légitimité en général (Figure 19). Deuxièmement, si nous regardons de plus près les apports de création de légitimité lors des trois phases temporelles, ce mode d'implication parlementaire se hisse en haut du classement pour les phases « avant » (ensemble avec les droits de participation spécifiques à la politique extérieure) et « durant » la création de l'instrument (Figure 22 et Figure 23). Troisièmement, il remplit entièrement ou partiellement tous les critères de création de légitimité et permet ainsi aux membres de l'Assemblée fédérale d'exercer toutes leurs fonctions principales (Figure 12).

La doctrine reconnaît également le potentiel que présentent les relations extérieures parlementaires[1298]. À ce propos, ALGER et KILLE ont constaté l'existence d'au moins 67 organisations interparlementaires, soulignant ainsi les efforts des parlementaires nationaux de combler la domination de leurs exécutifs respectifs en matière de politique extérieure[1299]. Dans le contexte de l'UE, EPPLER est parvenue à la conclusion que la coopération interparlementaire est très prometteuse pour le renforcement de la légitimité, mais la

1297 PETRIG, Mitwirkung, pp. 2-3.

1298 SIEBER-GASSER affirme que la représentation démocratique est nécessaire au niveau international pour contribuer à la légitimité démocratique des accords commerciaux qui couvrent un éventail de questions de plus en plus large. HANSEN, AjV-Workshop.

1299 ALGER et KILLE, Parliamentarians of States, pp. 71-72.

sensibilisation des parlementaires à leur propre qualité en tant qu'acteurs du système international constitue l'un des plus grands défis[1300]. En ce qui concerne l'ONU, ALGER affirme qu'un engagement plus systématique des parlements nationaux « [...] would strengthen global governance, confront democratic deficits in intergovernemental affairs, buttress representational democracy and connect the United Nations better with global opinion »[1301]. DIGGELMANN se montre, quant à lui, plus sceptique à cette capacité de l'implication parlementaire internationale, y compris des formes internationales de démocratie. À son avis, cette dernière ne peut pas compenser l'entièreté de la perte du pouvoir décisionnel autonome, car la participation à un niveau supérieur est toujours diluée par rapport à une participation à plus petite échelle[1302]. Nous n'arguons pas que ce mode d'implication parlementaire ou n'importe quel autre puisse totalement remédier à cette problématique, mais nos résultats démontrent que les relations extérieures de l'Assemblée fédérale constituent l'option qui permet l'apport de légitimité le plus important parmi celles qui sont proposées par l'ordre juridique suisse.

Il est étonnant de constater, au vu de ces résultats, que les relations extérieures de l'Assemblée fédérale n'occupent quasiment jamais le débat public sur l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. Dans son rapport de 2018 sur la démocratisation des Nations Unies en réponse à un postulat du conseiller aux États Jositsch, le Conseil fédéral a certes constaté que la création d'une éventuelle assemblée parlementaire au sein de l'ONU permettrait aux parlementaires de renforcer leurs réseaux internationaux, de développer une plus grande sensibilité aux défis globaux et à la coopération internationale et de répercuter leurs acquis sur les débats internationaux[1303]. La même problématique a été abordée par un bulletin d'information des services scientifiques du *Bundestag* allemand[1304]. Toutefois, aucune intervention parlementaire ou étude sur la problématique de l'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple traitant les relations extérieures de l'Assemblée fédérale n'a été identifiée.

Il découle donc de cette interprétation des résultats que les autorités suisses devraient davantage explorer les opportunités que les relations extérieures de l'Assemblée fédérale présentent dans les discussions relatives à

1300 EPPLER, Legitimation durch interparlamentarische Zusammenarbeit.

1301 ALGER, Parliamentarians, pp. 59-60.

1302 DIGGELMANN, Demokratie und internationale Kooperation, Das tiefere Problem hinter der Selbstbestimmungsinitative, Geschichte der Gegenwart 2017.

1303 Rapport Démocratisation ONU, p. 12.

1304 Voir VON WINTER, Die Idee einer Parlamentarisierung der Vereinten Nationen als Beitrag zur Debatte über Global Governance und Demokratie.

l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. Ce point constitue l'une des contributions majeures de notre recherche[1305]. Les parlementaires souhaitant voir une plus importante implication de l'Assemblée fédérale dans le domaine du droit souple international devraient s'impliquer eux-mêmes aussi, en ce sens qu'ils devraient adopter un comportement plus actif sur la scène internationale. Plus généralement, la discussion politique sur cette problématique, y compris les mesures de renforcement proposées, visent des modifications du comportement du Conseil fédéral et rarement, voire jamais celui du Parlement et de ses membres. Or, pour être impliqué, il faut également s'impliquer. Cette vision s'inscrit dans la conception d'une compétence proactive de l'Assemblée fédérale en politique extérieure[1306]. Nous rappelons, à ce propos, que des responsabilités de « sui[vre] l'évolution de la situation internationale » selon l'art. 24, al. 1 LParl et de prendre position et des initiatives à ce sujet[1307] ainsi que de veiller à sa propre participation effective à la définition de la politique extérieure[1308] pèsent sur l'Assemblée fédérale. Les scores élevés obtenus par les relations extérieures de l'Assemblée fédérale indiquent que celles-ci pourraient constituer un chantier important pour appuyer l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. L'usage des relations extérieures de l'Assemblée fédérale ne faciliterait pas uniquement une implication directe dans le domaine du droit souple, mais permettrait également aux membres de l'Assemblée fédérale qui les exercent de se présenter plus informés devant le Conseil fédéral et ainsi de mettre plus efficacement à usage les autres modes d'implication disponibles, par exemple certains outils généraux de participation parlementaire. Les parlementaires et le Conseil fédéral devraient donc davantage explorer ces possibilités déjà à leur disposition pour l'aménagement de l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. La responsabilité des parlementaires d'adopter un comportement proactif en matière de droit souple international doit être davantage soulignée dans le cas de la Suisse, car elle constitue un acteur économique international important, l'économie internationale étant un domaine largement réglementé par des normes de droit souple international[1309].

1305 Voir point 1.2.

1306 EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166, N 18.

1307 Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, p. 285 ; SCHMID, CR Cst., art. 166 N 23 ; EHRENZELLER et FASSBENDER, SGK BV, art. 166 N 18, 21 ; EHRENZELLER, Aussenpolitik, p. 596.

1308 SCHMID, CR Cst., art. 166 N 29.

1309 À propos du rôle de la Suisse dans la réglementation de l'économie globalisée, voir GERTSCHEN et BÜRGI BONANOMI, *Petit État, grandes entreprises, Réglementer l'économie globalisée – rôle de la Suisse*.

Cette conclusion doit toutefois être atténuée en raison de deux types de limites que l'implication internationale des parlementaires peut rencontrer. Les obstacles découlant de la structure de l'ordre international contemporain qui impactent également cette implication seront, quant à eux, davantage discutés au point 9.2.2. D'une part, les activités internationales des membres de l'Assemblée fédérale peuvent se voir limitées pour des raisons d'ordre pratique liés notamment à leur semi-professionnalisme, comme présenté en introduction[1310]. Pour rappel, les membres de l'Assemblée fédérale exercent leur mandat parlementaire à titre secondaire, en complément d'une activité parlementaire principale[1311]. Toutefois, il apparaît que la majorité y consacre une importante partie de leur temps de travail, environ 60% selon les estimations de la Confédération[1312], en plus des activités professionnelles exercées à titre principal et de nombreuses activités accessoires liées aux groupes d'intérêts[1313]. Selon AMMANN, le système de milice crée une faiblesse structurelle du pouvoir législatif[1314]. À la lumière de ces informations, les parlementaires semi-professionnels font face à une charge de travail conséquente et à un temps fortement limité pour accomplir les tâches liées à leurs mandats parlementaires[1315]. Par conséquent, augmenter leurs activités internationales semblerait difficilement réalisable au vu de la surcharge de travail déjà présente. Cependant, une future étude en sciences politiques pourrait spécifiquement analyser le temps effectivement consacré à ces activités, afin d'estimer la marge de progression à disposition. De plus, une implication sur la scène internationale exige certaines compétences spécifiques, telles que les connaissances techniques, la maîtrise des langues étrangères ou encore de l'art de la négociation. Il serait irréaliste de penser que tous les parlementaires détiennent de telles connaissances, notamment dans le cadre d'un parlement semi-professionnel, ce qui rend ce dernier particulièrement dépendant de l'administration fédérale[1316]. Finalement, nous ne pouvons pas exclure la nécessité d'adoption de mesures de coordination entre les membres de l'Assemblée fédérale, qui contribueraient de manière de plus en plus importante à la légitimité démocratique des instruments internationaux de droit souple au moyen

1310 Voir point 1.1.2.

1311 SCIARINI, Politique suisse, p. 282.

1312 L'Assemblée fédérale, Compétences et fonctionnement.

1313 AMMANN, *Regulating legislative lobbying in Switzerland: superfluous or overdue?*, p. 465; WYSS, *Lobbyismus – zum Stand der Debatte in der Schweiz* in Interessengeleitete Gesetzgebung (Baden Baden : 2015), p. 107.

1314 AMMANN, Le système suisse, p. 5.

1315 AMMANN, Legislative Lobbying, p. 465.

1316 AMMANN, Le système suisse, p. 6.

des activités de diplomatie parlementaire, et le DFAE, responsable pour la conduite effective de la politique extérieure suisse, afin d'éviter des risques d'incohérence et de contradiction de la position suisse.

D'autre part, les considérations liées aux ressources financières modestes dont disposent les membres de l'Assemblée fédérale méritent également d'être prises en compte[1317]. Le salaire des parlementaires suisses s'élève à CHF 26'000.- par année selon l'art. 2 de la Loi fédérale du 18 mars 1988 sur les moyens alloués aux membres de l'Assemblée fédérale et sur les contributions allouées aux groupes (LMAP)[1318]. Il peut être complété par des indemnités journalières de CHF 440.- au sens de l'art. 3 LMAP. Ces sommes ne constituent bien évidemment pas leur source de revenu principale et sont faibles par rapport aux emplois bien rémunérés du secteur privé[1319]. À titre de comparaison, les revenus mensuels des membres du *Bundestag* allemand, un parlement professionnel, s'élevaient en 2024, à EUR 11'227,20 de salaire[1320] et à EUR 5'349,58 de forfait pour les dépenses liées à l'exercice du mandat qui est non imposable[1321]. De plus, les parlementaires suisses ont droit à une contribution annuelle pour des dépenses de personnel et de matériel relatives à l'exercice de leur mandat parlementaire s'élevant à CHF 33'000.- selon l'art. 3a LMAP[1322]. Ce montant comprend également la rémunération des collaboratrices et collaborateurs[1323] assumant des rôles particulièrement importants, notamment dans les cas des parlementaires généralistes ou avec peu de connaissances en matière de réglementation internationale. Cette somme modeste permet donc d'engager une collaboratrice ou un collaborateur uniquement à temps partiel avec un taux d'activité très réduit. Il n'est donc pas étonnant que la Suisse se situe en dernière position dans l'étude de Z'GGRAGEN et LINDER de 2004 qui compare le nombre de collaborateurs par parlementaire

1317 GAVA et al., *Legislating or rubber-stamping? Assessing parliament's influence on law-making with text reuse*, p. 179.

1318 RS 171.21.

1319 AMMANN, Legislative Lobbying, p. 464 ; WYSS, Lobbyismus, p. 106.

1320 Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch die Präsidentin des Deutschen Bundestages, Bekanntmachung der Anpassung der Abgeordnetenentschädigung (§11 Absatz 1 des Abgeordnetengesetzes – AbgG) und der fiktiven Bemessungssätze (§35a Absatz 2 und §35b Absatz 2 AbgG) zum 1. Juli 2024.

1321 Deutscher Bundestag, Aufwandsentschädigung für die Abgeordneten des Deutschen Bundestages.

1322 Pour le détail du calcul du revenu médian des parlementaires suisses, voir SCIARINI, Politique suisse, pp. 290 ss.

1323 PILOTTI, *Les temporalités du travail parlementaire en Suisse, Entre milice et et professionnalisation politique*, p. 35.

dans les pays de l'OCDE[1324]. De plus, de grandes divergences quant à l'engagement des collaboratrices et collaborateurs peuvent être constatées parmi les parlementaires. Tandis que certains membres de l'Assemblée fédérale en disposent de plusieurs, d'autres n'en engagent tout simplement pas[1325]. Une utilisation plus appropriée de la contribution annuelle pour les dépenses de personnel par certains parlementaires pourrait sans doute contribuer à leur comportement proactif sous la coupole du Palais fédéral, mais aussi sur la scène internationale directement.

En outre, les limites de ressources à disposition des parlementaires dans le domaine de la politique extérieure sont également illustrées par l'existence d'un seul collaborateur ou d'une seule collaboratrice spécialisée en politique extérieure au sein des partis politiques, alors que les recettes totales des partis gouvernementaux oscillent entre 3 et 9 millions de francs suisses pour l'année 2023[1326]. À titre d'exemple, un seul conseiller spécialisé soutient les membres socialistes des CPE et exerce le même rôle au sein du parti pour les CPS. Au sein du Parti libéral-radical, une seule personne assure le suivi des travaux de trois commissions parlementaires dont les CPE et soutient les parlementaires libéraux-radicaux dans ce cadre. Il convient toutefois de souligner que ces recettes des partis politiques suisses s'avèrent également modestes en comparaison internationale, notamment par rapport aux systèmes disposant du financement étatique direct des partis politiques. Par exemple, les recettes du plus important parti politique représenté au *Bundestag* allemand s'élevaient à 172 millions d'euros, dont 58 millions provenaient du financement public en 2023[1327]. Même à la suite d'un ajustement de ces chiffres à la taille du pays, les différences entre les recettes des partis suisses et allemands resteraient flagrantes. Le financement des partis politiques soulève plusieurs problématiques annexes intéressantes dans le cas de la Suisse, telles que la transparence ou le lobbying. Contrairement à l'Allemagne où le financement

1324 Une moyenne de 3,4 postes de collaborateurs par élu. En Suisse, cette moyenne baisse à 0,6 potes de collaborateurs par parlementaire. LINDER et Z'GRAGGEN, Professionalisierung der Parlamente im internationalen Vergleich. Studie im Auftrag der Parlamentsdienste der schweizerischen Bundesversammlung , p. 54.

1325 À ce propos, voir Assemblée fédérale, Registre des collaborateurs personnels, Conseil national. Voir aussi, Assemblée fédérale, Registre des collaborateurs personnels, Conseil des États.

1326 Contrôle fédéral des finances, Transparence du financement de la vie politique : déclaration du financement des partis pour l'année civile 2023, Communiqué de presse du 30 août 2024.

1327 Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch die Präsidentin des Deutschen Bundestages Bekanntmachung von Rechenschaftsberichten politischer Parteien für das Kalenderjahr 2023 (1. Teil – Bundestagsparteien).

des partis s'articule autour du principe de transparence[1328], les partis politiques suisses représentés à l'Assemblée fédérale déclarent leurs revenus annuellement depuis 2023 uniquement[1329]. De plus, un faible niveau de professionnalisation conjugué aux ressources internes limitées rend le Parlement particulièrement vulnérable et dépendant des ressources externes, y compris celles des lobbyistes[1330].

Partant, les relations extérieures de l'Assemblée fédérale présentent un haut potentiel pour la contribution à la légitimité démocratique des instruments internationaux de droit souple, mais le recours à ces derniers se voit obstrué en pratique en raison de la charge de travail élevée des parlementaires, des compétences spécifiques exigées par ces activités, des risques pour la cohérence de la politique extérieure suisse et les ressources financières modestes, notamment pour l'engagement des collaboratrices et collaborateurs spécialisés. Dans le prolongement de cette réflexion, notre dernière conclusion s'intéresse aux mesures de renforcement des modes d'implication parlementaire qui s'avèrent opportunes pour la contribution à la légitimité démocratique des instruments internationaux de droit souple.

9.2.1.4. L'opportunité des mesures de renforcement pratique et cognitif des modes d'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple

Tout au long de ce travail de recherche, nous avons observé différentes mesures de renforcement des modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. Certaines d'entre elles ont déjà été mises en œuvre, quelques-unes sont en cours d'élaboration ou ont été récemment publiées et d'autres encore peuvent être envisagées. Deux types de mesures de renforcement se sont ainsi dégagées. D'une part, les mesures de renforcement peuvent entraîner des modifications législatives et/ou constitutionnelles. D'autre part, les

1328 SCHMITZ, *Political Parties and Their Funding in Germany*, p. 90.

1329 Les art. 76*b* ss de la Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (RS 161.1) sont en vigueur depuis le 23 octobre 2022. Pour l'opacité qui persiste en matière de financement des partis politiques en Suisse, voir notamment SCIARINI, Politique suisse, p. 364.

1330 À ce propos voir notamment, AMMANN, Legislative Lobbying, p. 465. Les membres de l'Assemblée fédérale peuvent occuper des fonctions tels que des postes de direction dans des groupes d'intérêt nationaux juste avant ou même pendant leurs mandats parlementaires, WYSS, Lobbyismus, p. 106. Sur le manque de transparence des revenus des parlementaires découlant des liens avec les groupes d'intérêt, voir AMMANN, Nur vom Volk abhängig? Warum es in der Schweiz wohl eine Volksinitiative braucht, um den parlamentarischen Lobbyismus zu regulieren, Verfassungsblog 2024.

mesures de renforcement peuvent se limiter à des adaptations pratiques ou viser des évolutions cognitives. À l'issue de ce travail, nous sommes en mesure d'affirmer que les secondes sont plus propices au renforcement de l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. En appui de cette affirmation, KÜNZLI a considéré, déjà en 2009, que la réglementation en vigueur établit un équilibre réussi entre les postulats de légitimation et les exigences d'efficacité imposées par un environnement de plus en plus interconnecté dans la mesure où les instruments internationaux, qu'ils soient contraignants ou non, se fondent sur un consensus explicite et permettent l'exercice des droits de participation[1331]. Cette quatrième conclusion principale examine l'opportunité de ces différentes mesures de renforcement et prend position à leur sujet.

Nous avons identifié trois mesures de renforcement ayant ou ayant eu pour but une modification législative et établi que leur contribution à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple se solde par un résultat peu satisfaisant. Il s'agit plus précisément de l'adoption de l'art. 5*b* OLOGA, du transfert du contenu de l'art. 5*b* OLOGA au niveau de la loi et de l'introduction de l'approbation des instruments internationaux de droit souple par l'Assemblée fédérale. Premièrement, l'adoption de l'art. 5*b* OLOGA n'a pas résolu le problème lié à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple, comme le développement de la problématique après 2016 en témoigne. Selon PETRIG et SINZ, la formulation fortement imprécise de l'art. 5*b* OLOGA et sa contribution modeste à la clarification du critère de l'importance témoignent de la difficulté que présente la définition abstraite des cas qui déclenchent l'obligation de consulter les CPE[1332]. La tentative de précision à l'art. 5*b* OLOGA reste regrettablement vague et floue et rajoute davantage de notions indéterminées. Malgré le fait qu'il semble être clair pour tous les acteurs impliqués que les CPE ne peuvent et ne doivent pas être consultées sur tous les projets de droit souple international, la difficulté pratique continue de reposer dans le triage, dû à l'imprécision de la définition du critère de l'importance à l'art. 5*b* OLOGA. Deuxièmement, le transfert du contenu de l'art. 5*b* OLOGA au niveau de la loi tel que prévu par l'initiative parlementaire 22.482 et son éventuelle reformulation n'impliqueraient aucun changement des résultats de notre étude. Même si nous rejoignons PETRIG et SINZ sur le point que ce contenu devrait être normalisé au niveau de la loi[1333], la légitimité que l'obligation de

1331 KÜNZLI, *Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen*, p. 74.

1332 PETRIG, Democratic Participation, p. 19 ; PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 135.

1333 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 40.

consulter les CPE permettrait d'apporter à l'instrument international de droit souple et le moment auquel cet apport interviendrait ne changeraient aucunement. Cette mesure de renforcement n'apporterait donc qu'une précision formelle.

Les deux autres aspects de la même initiative parlementaire visent la formulation expresse de l'effet contraignant des demandes d'information et de consultation au sens de l'art. 125, al. 5 LParl et de l'établissement des procédures claires et contraignantes quant à la gestion des avis consultatifs par le Conseil fédéral[1334]. Le Conseil fédéral a déjà traité ces demandes du point de vue pratique en élaborant les Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl concernant l'information et la consultation du Parlement dans le domaine de la politique extérieure, comme nous le verrons dans les prochains paragraphes. Dans tous les cas, même une éventuelle formulation législative de celles-ci n'influencerait aucunement les résultats de notre analyse, mais permettrait de formuler expressément l'obligation déjà existante du Conseil fédéral de répondre aux demandes sur la base de l'art. 125, al. 5 LParl et de trancher la question de l'obligation du Conseil fédéral de justifier son choix lorsqu'il s'écarte de l'avis consultatif de la commission parlementaire au sens de l'art. 152, al. 3 ou 5 LParl, pendante en doctrine et dont l'existence a été prise en compte dans notre évaluation[1335].

Troisièmement, la revendication de l'introduction de l'approbation par l'Assemblée fédérale des instruments internationaux de droit souple, soulevée par certains parlementaires, n'a été mise en œuvre, à ce stade, que dans le cadre du Pacte de l'ONU sur les migrations. La motion exigeant la soumission de l'initiative *European Sky Shield* à l'approbation parlementaire a finalement été rejetée par le Conseil national[1336], mais celle portant sur les accords de l'OMS est toujours pendante[1337]. Concernant cette dernière et contrairement à ses auteurs, le Conseil fédéral a clarifié sa position de 2022 selon laquelle la nature juridique des instruments était encore inconnu[1338] et a considéré, en septembre 2024, que l'issue des négociations en cours au sein de l'OMS ne relèverait pas du droit souple, mais contiendrait des « éléments juridiques contraignants »[1339] et seraient donc, de toute façon, soumise à l'approbation

1334 Initiative parlementaire 22.482.

1335 Voir point 5.2.2.1.

1336 Délibérations du Conseil national du 12 décembre 2024, BO 2024 N 2346.

1337 Motion 22.3546.

1338 Ibid.

1339 Selon le Conseil fédéral, le résultat de ces négociations devait être connu à la 78ème Assemblée mondiale de la santé en mai 2025. Délibérations du Conseil national du 26 septembre 2024, BO 2024 E 968.

parlementaire au sens de l'art. 166, al. 2 Cst. en raison de sa dimension politique importante[1340].

Si, toutefois, cette mesure de renforcement devait être prise plus largement en compte, une modification, à notre avis, constitutionnelle paraîtrait nécessaire. La question de l'approbation parlementaire s'inscrit dans la thématique générale des compétences de l'Assemblée fédérale, une autorité fédérale dont les compétences doivent être réglementées au niveau de la Constitution fédérale (titre 5, section 3, chapitre 3 Cst.). Comme nous l'avons examiné au chapitre 6, l'art. 166 Cst. porte sur ses compétences en politique extérieure. Ces dernières sont codifiées au niveau de la Constitution fédérale depuis 1848, lorsque son art. 74 ch. 5 consacrait la compétence de l'Assemblée fédérale d'approuver des alliances et des traités avec les États étrangers. L'art. 166, al. 2 Cst. qui instaure l'approbation parlementaire se limite aux traités internationaux[1341] et contrairement à d'autres actes de droit international dit dur, son champ d'application matériel n'a jamais été étendu par analogie aux instruments de droit souple[1342]. L'introduction de l'approbation parlementaire des instruments internationaux de droit souple modifierait de manière considérable le partage horizontal de compétences en matière de politique étrangère. Par conséquent, seule une adaptation au niveau de l'art. 166 Cst. serait appropriée pour élargir l'approbation parlementaire. Or, les résultats du chapitre 6 du présent travail de recherche démontrent que ce mode d'implication parlementaire présente un score d'apport de légitimité modeste, avec peu de marge de manœuvre pour le Parlement de s'impliquer avant ou durant la création du droit souple, notamment en comparaison avec d'autres modes d'implication parlementaire déjà à disposition de l'Assemblée fédérale.

Parmi les mesures de renforcement visant des modifications pratiques ou cognitives, nous distinguons le paquet de trois mesures pratiques adopté par le Conseil fédéral en 2022, la mise en circulation de l'aide-mémoire sur le droit souple au sein de l'administration fédérale, l'adaptation du rapport sur la politique extérieure et l'idée d'un rapport sur le droit souple à l'instar du rapport annuel sur les traités conclus par le Conseil fédéral. Nous sommes d'avis que ce type de mesures présente un potentiel de renforcement de l'implication parlementaire en matière d'instruments internationaux de droit souple plus important que les mesures législatives.

Premièrement, dans le cadre des motions 22.4264 et 22.4260, le Conseil fédéral a annoncé avoir mis en œuvre certaines mesures de renforcement

1340 Ibid., p. 969.

1341 Guide en matière de traités, p. 25 ; Rapport CPA, p. 19.

1342 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 71.

pratiques de son propre gré, à savoir l'indication d'une décision du Conseil fédéral comme provisoire lorsqu'une consultation des commissions parlementaires est pendante, l'obligation d'une réponse claire de la part du département fédéral compétent à leur avis consultatif et l'adaptation de la liste des actualités de politique extérieure[1343]. Le poids particulier que revêtent les avis consultatifs des commissions parlementaires est accentué par deux de ces mesures de renforcement, à savoir l'indication provisoire des décisions du Conseil fédéral soumises à consultation et l'obligation pour le Conseil fédéral de fournir une réponse à l'avis consultatif après sa prise de décision définitive[1344]. Ces différentes mesures ont été rassemblées et publiées sous forme de Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl concernant l'information et la consultation du Parlement dans le domaine de la politique extérieure en novembre 2024[1345]. Ainsi, nos résultats confirment que dans la grande majorité de cas dans lesquels le Conseil fédéral se conforme à l'avis consultatif des commissions parlementaires, l'Assemblée fédérale peut contribuer à la légitimité de l'instrument international de droit souple en exerçant quatre des cinq fonctions examinées[1346]. Ces mesures pratiques rejoignent certains aspects des modifications législatives visées par l'initiative parlementaire 22.482, notamment l'obligation du Conseil fédéral de justifier son choix lorsqu'il s'écarte de l'avis consultatif de la commission parlementaire. Il convient cependant de préciser ici que c'est en premier lieu la modification pratique déjà prise, puis sa formulation et publication en tant que directive qui déploient un effet de renforcement, plutôt que le fait de la normaliser. De plus, sans pourtant avoir pu apprécier la modification alléguée[1347], l'adaptation de la liste des actualités de politique extérieure à destination des CPE ne peut qu'enrichir les connaissances de ses membres à ce sujet, en fournissant des informations plus complètes, renforçant ainsi leur droit à l'information.

Deuxièmement, la mise en circulation d'un aide-mémoire sur l'information et la consultation de l'Assemblée fédérale dans le domaine du droit souple sensibilise les collaboratrices et collaborateurs de l'administration fédérale

1343 Motion 22.4264 ; Motion 22.4260.

1344 Délibérations du Conseil national du 9 mars 2023, BO 2023 N 358.

1345 Directives pour la mise en œuvre de l'art. 152 LParl.

1346 L'obligation de consulter satisfait individuellement à quatre critères de création de légitimité, voir Figure 7.

1347 Selon le DFAE, les documents des commissions parlementaires ne sont pas couverts par le champ d'application personnel de la LTrans, conformément à l'art. 2, al. 1, lit. a LTrans *a contrario*, ce qui exclut tout accès (communication par courrier électronique du service Protection des données, transparence et sécurité de l'information DFAE à l'autrice).

en charge à la présence et à la fréquence des instruments internationaux de droit souple et contribue à une transmission d'information plus régulière et complète aux membres des CPE[1348]. On parle à ce propos d'un renforcement cognitif. Dans le domaine de l'éducation, on se réfère aux aide-mémoires en tant qu'outil cognitif[1349]. Il en va de même lorsque le Conseil fédéral adresse un tel document à l'ensemble de son administration ; il s'agit d'un outil généralisable qui facilite le traitement cognitif d'une problématique donnée, en l'espèce l'application de l'information et de la consultation des CPE dans le domaine du droit souple international.

Dernièrement, à notre avis, certains outils généraux de participation parlementaire présentent un potentiel d'optimisation pratique, à savoir les rapports informatifs, notamment en raison de leur caractéristique de *Holschuld*. En premier lieu, le rapport de politique extérieure pourrait être enrichi d'un chapitre spécifiquement dédié aux instruments internationaux de droit souple. Il conviendrait d'y inclure en plus des instruments de *soft law* conclus, ceux qui sont en cours d'élaboration afin que les membres de l'Assemblée fédérale puissent en prendre connaissance, afin d'utiliser ensuite les autres outils généraux pour débattre de leurs contenus et les façonner indirectement en influençant le comportement du Conseil fédéral. Le Conseil fédéral a, lui-même, fait mention d'une possibilité de renforcement de l'information de l'Assemblée fédérale sur le droit souple au moyen du rapport de politique extérieure annuel. En effet, dans son rapport de 2019, il a mentionné la possibilité d'enrichir ce rapport d'une partie spécialement consacrée aux développements de droit souple international[1350]. Un tel ajout, qui demanderait certainement un échange et une coordination efficace non seulement au sein du DFAE, mais également entre celui-ci et d'autres offices, aurait l'avantage de contribuer à une meilleure surveillance par l'Assemblée fédérale. Le Conseil fédéral a estimé, dans le même rapport, que l'inconvénient majeur d'une telle modification du rapport serait le fait que celui-ci ne traite pas les questions urgentes[1351]. Pourtant, comme exposé amplement dans le chapitre 5, les situations d'urgence sont largement couvertes par les droits de participation spécifiques à la politique extérieure, selon les art. 152, al. 4 LParl et 5*b* OLOGA qui s'y réfèrent directement[1352]. Dès lors, en cas d'ajout d'un

1348 Aide-mémoire sur le droit souple, p. 1.

1349 À titre d'exemple, DESSUS et al., *Les aide-mémoires, des outils cognitifs pour l'enseignement : un essai de typologie*.

1350 Rapport CF Soft Law, p. 18.

1351 Ibid.

1352 Voir point 5.2.1.2.1.

chapitre spécifique aux développements de droit souple international dans le rapport sur la politique extérieure, une information suffisante des questions urgentes dans ce domaine resterait assurée par les droits de participation parlementaire spécifiques à la politique extérieure.

En outre, la mise sur pied d'un rapport annuel des instruments internationaux de droit souple à l'instar de celui qui existe pour les traités conclus par le Conseil fédéral seul pourrait être envisagée. Un tel rapport favoriserait une communication complète, régulière et concise des informations au Parlement. Cette mesure de renforcement n'a pas encore été évoquée par les acteurs concernés. Pour rappel, l'art. 48*a*, al. 2 LOGA prescrit une obligation à charge du Conseil fédéral de rendre annuellement compte au Parlement des traités conclus, modifiés et dénoncés par lui-même, les départements, les groupements ou les offices. Cela permet à l'Assemblée fédérale d'être informée de toutes les adoptions, modifications et dénonciations des traités qu'elle n'a pas approuvées au sens de l'art. 166, al. 2 Cst. et de s'assurer que celles-ci relèvent effectivement de la compétence du Conseil fédéral, avec la possibilité de demander une approbation *a posteriori* lorsque tel n'est pas le cas[1353]. La section des traités de la DDIP du DFAE assume la tâche de coordonner le rassemblement des informations auprès des autres départements et de rédiger le rapport à destination du Parlement[1354]. Le rapport annuel des traités concerne exclusivement les traités internationaux, en ce sens qu'il est juridiquement exclu, selon le droit en vigueur, d'y intégrer des instruments internationaux de droit souple. Un tel rapport spécialement conçu sur les instruments de droit souple n'existe toujours pas, mais pourrait être envisagé dans le but de renforcer le flux d'information entre le Conseil fédéral et le Parlement. Une modification de l'art. 48*a*, al. 2 LOGA constituerait une solution alternative qui atteindrait le même objectif dans la mesure où elle permettrait l'inclusion des instruments internationaux de droit souple dans le rapport annuel des traités. L'introduction d'un tel nouvel outil ne serait toutefois pas sans défis. Tous les départements sont concernés par le droit souple international et leurs divisions thématiques sont les premières, voire les seules, à avoir connaissance de certains instruments internationaux de droit souple dans leur domaine d'expertise. De plus, comme susmentionné, les collaboratrices et les collaborateurs peuvent parfois traiter ce type de documents sans se rendre compte de leur qualité de droit souple. L'aide-mémoire précité les soutient dans cette tâche[1355]. Par conséquent, et dû au grand nombre de projets de droit souple international,

1353 Guide en matière de traités, p. 28.

1354 Ibid.

1355 Rapport CPA, p. 16 ; Délibérations du Conseil national du 9 mars 2023, BO 2023 N 358.

la coordination dans le but d'une communication commune au Parlement pourrait s'avérer complexe. Une division spécifique (ou une par département) pourrait se charger de la collecte, de la coordination et de la transmission de ces informations. À titre de proposition et dans un premier temps, quelques personnes responsables pour ces tâches pourraient être adjointes à la section des traités internationaux de la DDIP du DFAE qui dispose déjà du savoir-faire pertinent. Le recrutement de quelques collaboratrices ou collaborateurs au sein d'une section préexistante exigerait moins de ressources, tant au niveau du personnel que du point de vue financier, qu'une restructuration institutionnelle visant à en instaurer une nouvelle.

Eu égard à ce qui précède, et ceci fait partie des contributions de la présente thèse annoncées en introduction, la réflexion sur les besoins de renforcement des modes d'implication parlementaire dans le domaine du droit souple devrait en priorité continuer à se focaliser sur les modifications de la pratique et la sensibilisation générale de tous les acteurs concernés par cette problématique[1356]. L'élévation au niveau de la loi permet, certes, une normalisation appropriée de certains contenus, mais ne contribue nullement à un plus ample exercice des fonctions parlementaires. De même, l'introduction de modes d'implication parlementaire nouveaux pour les instruments internationaux de droit souple, à savoir de l'approbation, ne contribuerait pas à une implication parlementaire considérablement plus importante ou temporellement répandue.

9.2.2. Les limites structurelles à l'implication parlementaire en matière de droit souple international

L'implication de l'Assemblée fédérale et de ses membres en matière de droit souple international « vom Boden des Verfassungsrechts aus »[1357] se voit limitée par l'organisation structurelle de la gouvernance mondiale contemporaine dans laquelle la prolifération de ces instruments s'inscrit. Ces limites ne sauraient être écartées par la multiplication de mécanismes au niveau national[1358], nonobstant nos conclusions. À ce propos, le conseiller aux États Caroni a considéré qu'une éventuelle introduction de l'approbation parlementaire pour les instruments internationaux de droit souple s'avérerait difficile non seulement en raison d'une modification constitutionnelle nécessaire, mais également en raison du fait que la réalité du *soft law* y échappe, car elle naît souvent de manière diffuse, sans participation largement soutenue et

1356 Voir point 1.2.

1357 TOMUSCHAT, Verfassungsstaat, p. 33.

1358 PETERS, Dual Democracy, pp. 291-292 ; KAEMPFER, Mécanismes, p. 68.

simplement sous la pression des faits[1359]. À notre avis, ces caractéristiques du droit souple ne constituent pas uniquement des obstacles pour l'approbation, mais restreignent les possibilités d'implication parlementaire dans ce domaine également au moyen d'autres modes que nous avons étudiés.

Ces limites sont principalement dues au rôle de protagoniste souvent joué par les acteurs non-étatiques, notamment privés, dans le cadre des instruments internationaux de droit souple. Tandis que le droit international reste principalement centré sur les États en tant qu'uniques créateurs de sources de droit international, en pratique, ces États semblent avoir perdu le monopole sur la production des normes internationales[1360] et être continuellement soutenus, assistés et mis au défi en la matière par toute une série de nouveaux acteurs, tels que les régulateurs, les agences nationales et internationales, les sociétés multinationales ou encore les ONG[1361]. Ces derniers, ne pouvant pas conclure des traités internationaux, préconisent le recours au droit souple international. L'élaboration des instruments internationaux est, par conséquent, devenue plus diverse, dynamique et complexe[1362]. Dans ce contexte international, les États ne sont pas des parties prenantes à de nombreux processus de création de droit souple. Or, lorsque l'État ne participe pas, la question de l'implication parlementaire ne se pose plus. Dans de tels cas de figure, le seul mode d'implication parlementaire disponible est la reprise dans l'ordre juridique national dont, comme nous l'avons vu, le score d'apport de légitimité démocratique est faible et qui ne permet pas l'implication parlementaire au moment optimal, à savoir durant la création de l'instrument[1363]. En d'autres termes, ce mode d'implication parlementaire permet aux législatures nationales d'intégrer le contenu de l'instrument, mais l'absence de cette reprise ne limite aucunement le déploiement de ses effets. De plus, ces instruments élaborés par les acteurs non-étatiques seuls ne sont pas systématiquement repris. Comme nous l'avons déjà constaté au chapitre 3, toute une catégorie d'instruments de droit souple échappe donc à l'implication étatique et, conséquemment, parlementaire, et a dû être écartée de notre champ d'étude[1364]. En outre, la quantité d'instruments internationaux souples produits avec ou

1359 Motion 22.4264, Délibérations du Conseil des États du 16 mars 2023, BO 2023 E 251.

1360 COHEN, Globalization and Sovereignty, p. 21.

1361 WOUTERS, Anti-Globalism and Populism, p. 254 ; BESSON et MARTÌ appellent cette approche traditionnelle en théorie du droit international « le modèle statique », BESSON et MARTÍ, Legitimate Actors of International Law-Making: Towards a Theory of International Democratic Representation, p. 506.

1362 PETRIG, Mitwirkung, p. 1 ; WOUTERS, Anti-Globalism and Populism, pp. 252–253.

1363 Voir points 7.1.2 et 7.3.

1364 Voir point 3.2.2.2.

sans la participation étatique, ainsi que la rapidité de leurs changements, restreignent l'implication parlementaire même en présence d'une exploitation accrue des relations extérieures de l'Assemblée fédérale et de l'adoption de nouvelles mesures de renforcement pratique et cognitif des modes d'implication parlementaire. Partant, l'implication parlementaire « vom Boden des Verfassungsrechts aus »[1365] se heurte aux obstacles structurels de la normalisation internationale émanant du rôle important des acteurs non-étatiques, de la quantité d'instruments de droit souple et de leurs mutations constantes.

Alors que nous rejoignons le conseiller aux États Caroni sur le fait que la réalité du droit souple international puisse constituer des obstacles à l'implication parlementaire, nous faisons preuve de scepticisme quant à la suite de sa réflexion. Il compare la prolifération du droit souple à un phénomène météorologique, en considérant que « [e]s regnet quasi auf einen herunter, und wie beim Regen kann man es gut finden oder nicht, aber Regen- oder Sonnentänze helfen dann einfach zu wenig »[1366]. Or, ce développement de l'ordre juridique international contemporain et les limites qui en découlent ne semblerait pas toujours survenir de manière aussi naturelle que la métaphore de la pluie puisse le suggérer.

Il est donc opportun d'élargir nos réflexions aux moteurs de l'internationalisation et de la privatisation dans lesquelles s'inscrit le recours à la réglementation internationale souple et qui entraîne le dépassement du parlement national. La multiplication de ce type d'instruments n'est pas uniquement une réponse au besoin de solutions globales aux problèmes globaux, mais peut également découler des comportements de certains États, de l'influence de certains acteurs privés puissants et de l'interaction entre les deux. En d'autres termes, le recours accru au *soft law* n'est pas seulement motivé par ses avantages pratiques, tels que la flexibilité ou la simplicité favorisant l'innovation[1367], mais pourrait aussi se rattacher à l'existence de ce que KENNEDY appelle les *background norms,* se référant au travail d'autres personnes que celles qui semblent responsables des décisions visibles au premier plan[1368]. Ces normes de fond structureraient les discours juridiques et politiques sur la base, entre autres, des dynamiques de pouvoir sous-jacentes. Dans ce sens, certaines réglementations internationales souples feraient partie des conséquences des arrangements du pouvoir privé, auquel l'État aurait remis une partie de son

1365 TOMUSCHAT, Verfassungsstaat, p. 33.

1366 Motion 22.4264, Délibérations du Conseil des États du 16 mars 2023, BO 2023 E 251.

1367 KIRTON et TREBILCOCK, Sustainable Global Governance, p. 5 ; MARCHANT et al., *Governing Emerging Technologies Through Soft Law: Lessons for Artificial Intelligence*, pp. 5, 7 ; voir point 1.1.1.

1368 KENNEDY, Expert Rule, p. 7.

autorité[1369], et des États puissants, fondés, en particulier, sur les intérêts privés personnels, l'efficacité et les autres préoccupations du marché international[1370]. Dans le même ordre d'idées, il convient de rappeler la citation de SIEBER-GASSER et STRANGE introduite en début de la présente thèse : « While it was the state that defined the rules in the market before, it is now the market that dictates its rules to the state »[1371]. L'une des explications à l'origine de la prolifération de certains instruments de droit souple serait donc le fait que les acteurs du secteur privé, notamment les entreprises multinationales en phase avec les forces du marché, favoriseraient, en assumant un rôle de plus en plus important dans un système de globalisation intense, le recours aux instruments internationaux de droit souple[1372]. Par exemple, les entreprises multinationales sont les principaux acteurs non-étatiques en termes d'impact sur le régime de droit international de la responsabilité sociétale des entreprises, largement réglementé par les instruments souples[1373]. Par ailleurs, les principales critiques à l'encontre du Conseil international pour l'harmonisation des exigences techniques relatives aux produits pharmaceutiques à usage humain concernent l'inclusion de l'industrie pharmaceutique et l'exclusion des organisations de patients ou de consommateurs des processus d'élaboration de ses normes[1374]. Plus généralement, MUCHLINSKI a démontré que les obligations internationales à charge des entreprises multinationales relèvent généralement du droit souple, tandis que les droits dont elles bénéficient sont réglementés par le droit international dur[1375]. Par conséquent, la prolifération des instruments internationaux de droit souple ne devrait pas être comparée à un phénomène qui se produit de soi-même, sans être provoqué, comme la pluie. Si la métaphore de la pluie devait toutefois être maintenue, il serait possible de faire un parallèle entre la prolifération des instruments de droit

1369 KENNEDY, *Background Noise? – The Politics Beneath Global Governance*, p. 54.

1370 KIRTON et TREBILCOCK, Sustainable Global Governance, p. 12 ; KOPPELL, *World Rule: Accountability, Legitimacy, and the Design of Global Governance* (Chicago : 2010), p. 24.

1371 SIEBER-GASSER, Trade Policy, p. 2 ; STRANGE, The Declining Authority of States, p. 233. Dans le même sens, KLABBERS, *Conceptualizing Expert Accountability: Towards Virtue* in Technocracy and the Law: Accountability, Governance and Expertise (Londres : 2021), p. 30.

1372 KIRTON et TREBILCOCK, Sustainable Global Governance, p. 25.

1373 Tels que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises. DAVARNEJAD, *The Impact of Non-State Actors on the International Law Regime of Corporate Social Responsibility* in Non-State Actor Dynamics in International Law, From Law-Takers to Law-Makers (Londres : 2010), p. 14.

1374 PAUWELYN et al., Shackles, p. 738.

1375 MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law* (Oxford : 2021), p. 34.

souple et par exemple, une abondance de pluie en tant que conséquence indirecte du changement climatique qui est dû aux comportements humains. Formulée de cette manière, la comparaison suggérerait que la multiplication des instruments de droit souple survient certes de façon immaîtrisable, mais que les acteurs qui en ressentent les conséquences ont potentiellement contribué de manière importante à cette survenance.

Dans le système économique néolibéral, la Suisse fait partie des États occidentaux qui partagent la responsabilité de la diminution de leur pouvoir au profit du marché mondial[1376]. Par exemple, les rôles majeurs qu'elle a joués en tant que siège de nombreuses entreprises multinationales ou encore dans le développement de la protection des investissements[1377] ont contribué de manière considérable à l'établissement et au développement du système international actuel. Compte tenu de sa position d'acteur international économique toujours notable[1378], la responsabilité des parlementaires d'adopter un comportement proactif en matière de droit souple international doit être davantage soulignée dans le cas de la Suisse, en raison de la panoplie de normes internationales réglementant la sphère économique, notamment les obligations à charge des entreprises multinationales susmentionnées[1379]. Ces considérations rejoignent la vision selon laquelle la participation démocratique au-delà des frontières nationales présente le potentiel de contribuer au remaniement du (dés)ordre international[1380], en contrebalançant l'influence du secteur privé sur la réglementation internationale[1381].

Certes, la disposition de la régulation internationale actuelle entraîne des limites structurelles à l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple. Cependant, ce travail de recherche présente les possibilités qui

1376 STRANGE, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in World Economy* (Cambridge : 1996), p. 69 cité dans MURPHY, *Global Governance: Poorly Done and Poorly Understood*, p. 799.

1377 Pour l'historique du rôle de la Suisse dans le domaine du droit international des investissements, voir ZIEGLER, *Switzerland and International Investment Law: Why it Matters*.

1378 GERTSCHEN et BÜRGI BONANOMI, Petit État, grandes entreprises, p. 1.

1379 À propos du rôle de la Suisse dans la réglementation de l'économie globalisée, voir GERTSCHEN et BÜRGI BONANOMI, Petit État, grandes entreprises.

1380 Sur le concept du désordre international, voir par exemple, MCKEIL, *Global Disorder: A Blind Spot or Distinct Concept of the International Society Approach?* ; MCKEIL, *On the concept of international disorder* ; STAGGS KELSALL, *Disordering International Law* ; IKENBERRY, *The End of Liberal International Order?*.

1381 FOSTER, *The Role of Nongovernmental Organisations and Social Movements in Developing Countries* in Hard Choices, Soft Law, Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance (Londres : 2004), p. 210 ; DORN, Financial market systemic regulation: Stability through democratic diversity, VoxEU 2009, cité dans RODRIK, Globalization Paradox, p. 265.

s'offrent aux parlementaires en droit suisse et ses résultats démontrent que le recours à celles-ci peut apporter, de différentes manières et intensités, de la légitimité démocratique aux instruments internationaux de droit souple. L'étude de cette interaction est particulièrement intéressante dans le cas de la Suisse, un petit État fortement influencé par la réglementation internationale, en raison de l'interdépendance de son économie, dont découlent de nombreux défis de politique extérieure[1382]. Les membres de l'Assemblée fédérale peuvent donc contribuer dans ce domaine même s'il « pleut », comme souligné par le conseiller aux États Caroni[1383]. En d'autres mots, la présente thèse expose la situation en droit, en démontrant que l'ordre juridique suisse contient un dispositif pour l'implication parlementaire « vom Boden des Verfassungsrechts aus »[1384], affirme que l'Assemblée fédérale peut contribuer à la légitimité démocratique avec ce dispositif et présente les meilleures pistes pour son optimisation, en indiquant que les parlementaires devraient davantage agir directement sur le plan international. Ces résultats sont d'autant plus valorisables que les alternatives à disposition des parlementaires pour réformer le système international en tant que tel sont fortement restreintes, voire inexistantes. Comme affirmé par RODRIK, « [w]e can enhance [...] the legitimacy of globalization if we empower rather than cripple democratic procedures at home »[1385]. Le malaise qui peut toutefois continuer à persister entre, d'un côté, l'Assemblée fédérale et, de l'autre, le *soft law* international ne doit donc pas être attribué à l'ordre juridique suisse, mais à ces considérations structurelles plus larges.

9.2.3. L'absence d'influence des facteurs politiques sur les résultats

Compte tenu du contexte hautement politique dans lequel s'inscrit notre travail de recherche, il est légitime de se demander si nos conclusions principales seraient influencées par d'autres facteurs, notamment politiques. Les résultats de la double évaluation et les constats qui en découlent, à savoir l'existence d'une variété de ces modes en matière de droit souple international dans l'ordre juridique suisse, l'importance de l'implication parlementaire

1382 Les effets de la globalisation et de l'européanisation sont particulièrement visibles dans l'évolution de la législation suisse. À ce propos, voir LINDER, *Europe and Switzerland: Europeanization without EU Membership* in Switzerland in Europe, Continuity and Change in the Swiss Political Economy (2011), pp. 47-48 et LINDER et al., Die Entwicklung der eidgenössischen Gesetzgebungstätigkeit 1983-2007: eine quantitative Analyse.

1383 Motion 22.4264, Délibérations du Conseil des États du 16 mars 2023, BO 2023 E 251.

1384 TOMUSCHAT, Verfassungsstaat, p. 33.

1385 RODRIK, Globalization Paradox, p. 238.

durant la création du droit souple, le potentiel sous-exploité des relations extérieures de l'Assemblée fédérale et l'opportunité des mesures de renforcement pratique et cognitif, émanent d'une analyse juridique indépendante des considérations politiques. En revanche, le contexte politique peut exercer une influence importante sur l'utilisation de ces modes par les acteurs concernés, notamment lorsque l'impulsion pour l'implication doit provenir des parlementaires. Selon GAVA, JAQUET et SCIARINI, « [w]hat holds for political attention in general also applies to legislative activities in particular »[1386]. En d'autres termes, des facteurs politiques inévitables influencent l'engagement des parlementaires avec le droit souple. Parmi ces facteurs, nous pouvons identifier les agendas politiques des différents membres de l'Assemblée fédérale, la proximité temporelle des votations et/ou élections, l'influence des lobbyistes[1387], mais aussi la manière dont les parlementaires prennent connaissance des enjeux.

Concernant ce dernier facteur, même lorsque le Conseil fédéral transmet les informations sur les instruments internationaux de droit souple et implique les parlementaires conformément au cadre légal en vigueur, leur vision peut être influencée par les médias qui s'emparent de la problématique. Pour illustrer, il se peut qu'Anne, notre conseillère nationale fictive, découvre un instrument international de droit souple dans la presse avant qu'elle ne soit, ensemble avec ses collègues de la CPE-N, informée et/ou consultée au sujet de la participation du Conseil fédéral à l'élaboration de cet instrument important sur la base de l'art. 152 LParl. Dans un tel cas de figure, il ne peut pas être exclu que sa position vis-à-vis de cet instrument ainsi que son comportement parlementaire ultérieur soient marqués par le contenu et le ton de l'article de presse au moyen duquel elle en a pris connaissance. Ceci est d'autant plus délicat dans le paysage médiatique actuel de moins en moins indépendant, tourmenté par des contraintes politiques et des vagues de suppression de postes de journalistes[1388]. Dans l'introduction de son classement mondial annuel de 2024, Reporters sans frontières a observé « une détérioration préoccupante

1386 GAVA et al., Legislating or Rubber-Stamping?, p. 180.

1387 Au sujet de l'approche non interventionniste en matière de réglementation du lobbying en Suisse et les raisons pour lesquelles une telle réglementation serait nécessaire, voir AMMANN, Legislative Lobbying.

1388 La Société suisse de radiodiffusion et télévision vise la suppression d'environ 1000 postes d'ici 2029. Les suppressions de cinquantaines de postes du côté de la Radiotélévision suisse et du côté de la Schweizer Radio und Fernsehen sont déjà prévues en 2025 et 2026. *La nouvelle directrice de la SSR veut supprimer environ 1000 postes*, Le Temps, 21 novembre 2024 ; *La SRF va supprimer 50 postes à plein temps dès 2026*, Le Temps, 6 février 2025 ; RTS Info, La RTS supprimera une cinquantaine de postes en 2025 dans le cadre d'un nouveau plan d'économies.

du soutien et du respect de l'autonomie des médias et un accroissement des pressions exercées par l'État ou d'autres acteurs politiques » à l'échelle mondiale[1389]. Même si la Suisse se situe à la neuvième place dudit classement[1390], les médias suisses ne sont pas à l'abri des influences extérieures, y compris ceux en apparence puissants et indépendants[1391]. La proximité entre les professionnels des médias et certains lieux de pouvoir, notamment économiques a déjà été pointée du doigt par le Conseil suisse de la presse[1392]. Ces constats sont d'autant plus préoccupants à l'ère des réseaux sociaux, en ce sens que, dans l'exemple précitée, Anne aurait pu également découvrir un instrument international de droit souple par ce biais. Comme une étude publiée dans la revue *Science* l'a démontré au sujet d'un réseau social, les fausses informations ont 70 pour cent plus de chances d'être retransmises que les informations correctes[1393]. La littérature a également signalé un risque de désinformation en Suisse[1394]. De manière générale, le recours à l'intelligence artificielle générative à des fins de désinformation politique sur les réseaux sociaux constitue une problématique majeure qu'il convient de ne pas sous-estimer et qui peut également influencer les parlementaires[1395]. Au vu de ces risques médiatiques contemporains particuliers, il est capital, dans une démocratie, que les faits empiriques de la politique extérieure soient accessibles de manière fiable par le biais des médias forts et indépendants pour garantir, entre autres, une information impartiale des parlementaires.

La présente thèse en droit conclut que les parlementaires disposent de plusieurs modes pour s'impliquer dans le domaine du droit souple, leur permettant d'exercer leurs fonctions tout au long de la vie d'un tel instrument. L'influence du contexte politique sur la (non-)utilisation de ces modes constitue une tout autre question. À première vue, en ce qui concerne le droit souple, cette influence semblerait être considérable au vu de l'important engagement parlementaire en lien avec le Pacte mondial sur les migrations et du peu (ou

1389 Reporters sans frontières, Classement mondial de la liberté de la presse 2024.

1390 Reporters sans frontières, Suisse.

1391 BONFADELLI et MEIER, *Switzerland: Highly Concentrated Leading News Media in Austerity and Downsizing Mode* in The Media for Democracy Monitor 2021: How Leading News Media Survive Digital Transformation (Göteborg : 2021), p. 433. Concernant la problématique de l'absence de la réglementation suffisante contre l'influence extérieure sur le personnel au sein des entreprises, voir pp. 402-403.

1392 VON BURG, *Réseaux sociaux et Sites d'information : Le Conseil de la presse élargit son champ de compétence*, p. 25.

1393 VOSOUGHI et al., *The spread of true and false news online*, p. 1149.

1394 Voir HERMANN et BÜHLER, Wahrheit und Lüge in Zeiten von Fake News, Einstellungen der Schweizer Bevölkerung, voir pp. 6-16.

1395 Reporters sans frontières, Classement mondial de la liberté de la presse 2024.

de l'absence) de manifestations parlementaires relatives aux nombreux instruments internationaux de droit souple sur la réglementation des entreprises, tels que les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme[1396] ou encore sur les questions climatiques, par exemple le Cadre d'action de Sendai pour la réduction des risques de catastrophe. Comme nous le verrons dans la section suivante, il appartiendrait à un éventuel futur travail de recherche en sciences politiques de s'intéresser à la question de quand, comment et pourquoi les parlementaires utilisent les différents modes d'implication parlementaire selon la *political salience* des instruments internationaux de droit souple, c'est-à-dire d'examiner les motivations politiques derrière l'engagement parlementaire en matière de *soft law*[1397].

9.3. Perspectives

L'inspiration pour la présente thèse est née lors d'un stage académique à la DDIP du DFAE. La journée du droit international public de 2019 s'est intéressée au concept de *soft law* et a rassemblé autour de ce sujet des conseillères et conseillers aux États, des journalistes, des hauts représentantes et représentants de l'administration fédérale et de l'OCDE ainsi que des professeures et professeurs de droit international. À l'issue de cette journée, les participantes et participants ont conclu que le droit souple mérite d'être mieux saisi et davantage expliqué en tant que « partie intégrante de l'organisation des relations entre les États » et plus particulièrement, la question de la démocratisation de son élaboration[1398]. Il nous était d'emblée clair que la question méritait une approche dépassant la perception des camps « pro » et « anti » *soft law* intrinsèquement liée au Pacte mondial sur les migrations, ainsi qu'une vision élargie

1396 Interpellation 16.4127 Groupe des VERT-E-S du 16 décembre 2016. Mise en oeuvre des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (liquidée dans un délai de 4 mois) ; Interpellation 21.3859 Groupe vert'libéral du 17 juin 2021. Une convention pour renforcer et compléter les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (classée, car le conseil n'a pas achevé son examen dans un délai de deux ans).

1397 La notion de *salience* en sciences politiques est généralement comprise comme le degré d'engagement cognitif et comportemental des personnes vis-à-vis d'une question politique ou encore comme l'importance relative que les acteurs attribuent à une question politique spécifique. MONIZ et WLEZIEN, *Issue Salience and Political Decisions* in *Oxford Research Encyclopedia of Politics* (2020) ; BEYERS et al., *The Political Salience of EU Policies*, p. 1726.

1398 DFAE, Journée du droit international public 2019 : la Direction du droit international public du DFAE lance une discussion sur le « soft law », Communiqué de presse du 8 novembre 2019.

du rôle de l'Assemblée fédérale en tenant compte de la répartition constitutionnelle des compétences en politique extérieure. L'idée initiale de ce projet reposait sur l'adoption d'une approche de droit comparée à la problématique en espérant de trouver des solutions dans d'autres ordres juridiques. Or, nous nous sommes rapidement aperçue que le partage des compétences en politique extérieure entre les branches exécutive et législative en Suisse présentait des caractéristiques uniques en comparaison internationale, notamment l'étendue des compétences parlementaires dans ce domaine. Dans une classification plus générale, LIJPHART a observé que la domination de l'exécutif sur le législatif est la moins importante dans le système suisse en comparaison avec 35 autres systèmes démocratiques[1399], sans prendre toutefois en compte l'asymétrie des ressources en termes de finances et de connaissances entre ces deux pouvoirs en Suisse[1400]. Ce constat a, par la suite, été confirmé par l'avis de droit de PETRIG et SINZ sur la base d'une étude de droit comparé réalisée par l'Institut suisse de droit comparé[1401]. Notre projet a donc évolué dans le sens d'une focalisation sur l'identification et l'évaluation des solutions déjà disponibles dans l'ordre juridique suisse.

Nous espérons avoir été en mesure de nous distancer des clivages susmentionnés dans le cadre de ce travail en examinant l'effet que le recours aux modes d'implication parlementaire exerce, d'un côté, sur l'instrument de droit souple et de l'autre, sur les membres de l'Assemblée fédérale. Il ressort de nos recherches que le partage des compétences en politique extérieure entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, tel que conçu par le constituant, est toujours adapté à assurer la légitimité démocratique dans ce domaine. À notre sens, le principal apport de ce travail de recherche réside dans les six contributions annoncées en introduction[1402].

Malgré l'existence d'une variété de modes d'implication parlementaire en matière de droit souple, les parlementaires semblent peiner à se rendre compte, soit que leur usage habilite la participation dans ce domaine, soit que ces modes sont à leur disposition. Face à ce constat, la proposition d'une future recherche en sciences politiques relative à la question de la *political salience* des instruments internationaux de droit souple et de l'engagement parlementaire,

1399 LIJPHART, *Patterns of Democracy* (New Haven : 2012), pp. 79-104. Dans le même sens, voir JAQUET et al., *Policy-Agenda-Setting: Regierung als Hauptinitiator von Entscheidungsprozessen* in Blackbox Exekutive – Regierungslehre in der Schweiz (Zurich : 2019), GAVA et al., Legislating or rubber-stamping?, p. 178 et VATTER, *Das politische System der Schweiz* (Baden Baden : 2020), p. 301.

1400 AMMANN, *Le système suisse dans un monde polarisé : chances et risques*, p. 6.

1401 PETRIG et SINZ, Rechtsgutachten, p. 41.

1402 Voir point 1.2.

telle que formulée dans la section 9.2.3, constituerait un complément à l'analyse juridique de la présente thèse. Il en irait de même d'une étude en sciences politiques qui se focaliserait sur les activités internationales des membres de l'Assemblée fédérale, au vu des résultats prometteurs en termes de contribution de légitimité de ce mode d'implication parlementaire. Il serait donc pertinent d'observer le temps que les parlementaires consacrent à ces activités, afin d'estimer très concrètement la marge de progression disponible. En outre, il appartiendrait à des recherches futures en droit international d'explorer d'autres possibilités pour l'implication parlementaire au-delà des frontières nationales ou encore de s'intéresser plus généralement aux sources de légitimité des instruments internationaux de droit souple, autres que l'interaction avec les parlements nationaux[1403]. Finalement, d'autres travaux à venir pourraient faire le bilan des mesures de renforcement des modes d'implication parlementaire récemment adoptées ou actuellement en élaboration, afin de confirmer ou démentir notre conclusion selon laquelle les mesures visant des renforcement pratiques et cognitifs seraient plus efficaces que celles comprenant des renforcements législatifs.

De plus, la matrice d'évaluation développée dans le cadre de ce travail de recherche présente un potentiel de généralisation. En effet, l'évaluation selon le score d'apport de légitimité à l'aide des cinq critères de création de légitimité a pour intention d'apprécier si et comment l'objet de l'évaluation déterminé, en l'occurrence, le mode d'implication parlementaire applicable aux instruments internationaux de droit souple, permet à l'Assemblée fédérale d'exercer ses fonctions. Par conséquent, rien n'empêcherait une réutilisation de cette méthode d'évaluation pour saisir la contribution parlementaire à d'autres décisions prises par le Conseil fédéral. À titre d'exemple, la planification parlementaire a été exclue du champ d'étude de la présente thèse en raison de son inapplicabilité au droit souple[1404]. Notre évaluation selon le score d'apport de légitimité pourrait être empruntée pour examiner comment l'utilisation de la planification parlementaire permettrait à l'Assemblée fédérale d'exercer ses fonctions dans un domaine où elle partage les compétences avec le Conseil fédéral.

Nous concluons cette thèse en soulignant la tension persistante entre, d'un côté, la réglementation internationale toujours plus dense et le besoin de flexibilité et de rapidité d'action sur la scène internationale du Conseil fédéral et de l'autre, un sentiment existant parmi les membres de l'Assemblée fédérale d'être contournés dans ce domaine. Grâce à ce travail de recherche, nous

1403 Voir point 2.2.2.2.

1404 Voir point 4.1.2.

avons pu établir, tout d'abord, que des possibilités pour l'implication parlementaire dans le domaine du droit souple existent en droit suisse, puis que leur utilisation contribue à la légitimité de ce type d'instruments. Bien qu'une charge de renforcement pratique et de sensibilisation cognitive à ces divers modes pèse sur le Conseil fédéral et son administration, nos recherches montrent qu'Anne et ses collègues, membres de l'Assemblée fédérale, assument une part de responsabilité pour leur propre implication en matière de droit souple et dans le domaine de la politique extérieure plus généralement. Néanmoins, il convient de ne pas surestimer les ressources en termes de financement, de temps et de compétences dont Anne dispose. En dépit de toute bonne volonté qu'Anne et ses collègues puissent manifester pour s'impliquer en matière de droit souple international, les parlementaires suisses ne sont pas en mesure de réformer seuls le système de gouvernance globale, terreau fertile à la prolifération de ces instruments, dont la structure demeure inadaptée à leur participation. Dans cette perspective, le renforcement du cadre interne de la participation conjugué à une optimisation des ressources dont dispose un parlement semi-professionnel, parallèlement aux réflexions sur la réforme du système international contemporain, constitue un levier essentiel pour répondre aux défis globaux actuels et à venir.

Sur l'auteure:
Jelena Protic est titulaire d'un Bachelor et d'un Master en droit obtenus auprès de l'Université de Lausanne. Elle a mené sa recherche doctorale sous la direction de la Professeure Evelyne Schmid au Centre de droit comparé, européen et international de la même Université, où elle a exercé en qualité d'assistante diplômée. Auparavant, elle a travaillé en tant que juriste au Département fédéral des affaires étrangères et consultante auprès du Conseil de l'Europe.

040 – Constance Kaempfer: **Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses – Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE**

Le droit international dépend dans une large mesure des ordres juridiques internes des États pour déployer des effets. Ainsi, l'adoption d'un traité international constitue souvent le point de départ d'un long processus de mise en œuvre qui prendra place au sein des différents États parties au traité. En Suisse, pour des raisons inhérentes aussi bien au droit international qu'à l'ordre juridique interne, les parlements cantonaux sont souvent en charge de mettre en œuvre ces normes.

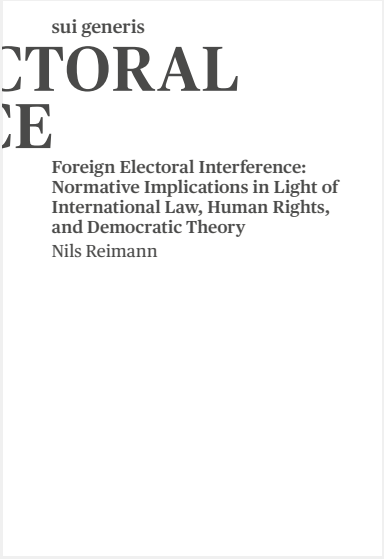
Dans ce contexte, cet ouvrage cherche à identifier et à analyser les mécanismes internes qui encouragent l'engagement des parlementaires des cantons suisses avec le droit international. Pour y parvenir, l'auteure s'intéresse à la manière dont différentes obligations internationales sont mises en œuvre dans les cantons.

Ce travail tend à reconcilier le global avec le local en mettant en avant des possibilités concrètes d'améliorer la mise en œuvre du droit international au niveau infranational.

Disponible en version imprimée et en Open Access sur suigeneris-verlag.ch

037 – Nils Reimann: **Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory**

Foreign interference in elections may have attracted increased public attention since 2016, but it is a practice virtually as old as modern electoral democracy itself. This book offers the most comprehensive account of its normative implications yet. It discusses relevant standards of international law, human rights, and democratic theory, thereby casting a net wide enough to address the fundamental value of human dignity as well as the conditions of real political autonomy. Ultimately, the book identifies potential deficits of legality, accountability, and legitimacy ensuing from certain types of foreign electoral interference, and it provides ideas on what can and should be done in response.



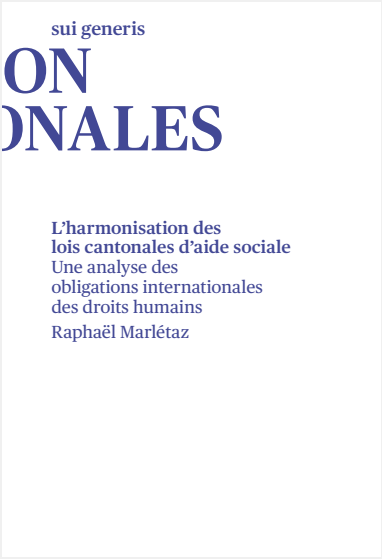
Available in print and Open Access at
suigeneris-verlag.ch

020 – Raphaël Marlétaz **L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale – Une analyse des obligations internationales des droits humains**

La Constitution fédérale laisse beaucoup de liberté aux cantons suisses pour réglementer leurs régimes d'aide sociale. De grandes différences subsistent en la matière. Les personnes vivant en Suisse, selon leur lieu de domicile, n'ont pas toutes accès aux mêmes prestations et ne bénéficient donc pas de la même protection contre la pauvreté.

Or, ce phénomène a un impact conséquent sur la jouissance des droits humains, qui font pourtant l'objet de conventions internationales ratifiées par la Suisse nécessitant une mise en œuvre sur l'ensemble de son territoire. Dans ce contexte, cet ouvrage cherche à savoir si ces garanties internationales exigent une harmonisation des droits cantonaux de l'aide sociale. À l'aune de la pandémie mondiale récente de COVID-19, qui ne s'arrête pas aux frontières cantonales et qui touche durement les populations précaires de Suisse, cette question revêt une grande actualité.

L'auteur y répond en démontrant, selon plusieurs critères juridiques, différentes obligations concrètes d'harmonisation. Cette démarche permet d'avancer vers une réponse globale à un problème qui touche et touchera à l'avenir de nombreux individus de la population suisse, quel que soit leur domicile : la pauvreté.



Disponible en version imprimée et
en Open Access sur suigeneris-verlag.ch

sui generis est une association consacrée à la promotion du libre accès à la littérature juridique, aux décisions de justice, aux décisions officielles et aux documents juridiques. Depuis 2014, une revue juridique en libre accès est publiée sous le label *sui generis*. La maison d'édition *sui generis* a été fondée en 2019.

Les ouvrages juridiques qui sont publiés dans cette collection sont mis à la disposition d'un large public et sont publiés à la fois sous forme imprimée et en ligne. La version numérique est accessible librement dans le monde entier (Open Access). Les droits d'auteur appartiennent aux auteurs ; les œuvres sont publiées sous une licence Creative Commons.

Précédemment publiés dans la collection *sui generis* :

Fondements

019 – APARIUZ XXII: **Unter Gleichen**
025 – Severin Meier: **Indeterminacy of International Law?**
026 – Marc Thommen: **Introduction to Swiss Law (2nd edition, 2022)**
028 – APARIUZ XXIII: **Recht in der Krise**
044 – Alex Attinger: **Wirtschaftliche Berechtigung – Konzepte und Dogmatik**
051 – APARIUZ XXIV: **Der Prozess**
052 – Arezoo Sang Bastian: **Between Islamic and Secular Law**

Droit public

009 – Dominik Elser: **Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben**
010 – David Henseler: **Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private**
015 – Frédéric Erard: **Le secret médical**
016 – Valentin Botteron: **Le contrôle des concentrations d'entreprises**
017 – Monika Pfyffer von Altishofen: **Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen – mögliche Ursachen und denkbare Auswege**
018 – Kristin Hoffmann: **Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren**
020 – Raphaël Marlétaz: **L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale**
021 – Roger Plattner: **Digitales Verwaltungshandeln**
024 – Marina Piolino: **Die Staatsunabhängigkeit der Medien**
027 – Maja Łysienia: **Seeking Convergence?**
033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: **20 ans de la transparence à Genève**
034 – Nora Camenisch: **Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen**
036 – Jeremias Fellmann: **Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht**
037 – Nils Reimann: **Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory**
040 – Constance Kaempfer: **Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses**
041 – Lukas Valis: **Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektorspezifischer ex-ante Regulierung?**
045 – Corina Ingold: **Das Kompensationsprinzip im Schweizer Raumplanungsrecht**
046 – Miriam Lüdi: **Zielkonflikt zwischen Lärmschutz und Siedlungsverdichtung**

047 – Luca Ruggiero: **Effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations horizontales européen**
053 – Yannick Weber: **Die Nichtigkeit im öffentlichen Recht**
058 – Olga Uehlinger: **Auswirkungen des BEPS-Projekts der OECD auf die Steuerordnung der Schweiz: Umsetzung des Aktionspunkts 5**
061 – Pauline Meyer: **La cybersécurité des infrastructures critiques et la gestion de cyberincidents en droit suisse**
066 – Roman Schuppli: **Die bevölkerungsnahe Polizei(-arbeit) und ihre Grenzen**
067 – Marc Wohlwend: **Zur Kausalität zwischen psychosozialen Belastungen am Arbeitsplatz und Erkrankungen**
068 – Tobias Egli: **Der Grundsatz der Siedlungsentwicklung nach innen und seine Umsetzung**
069 – Natalie Pompe: **Constitutional Rights in the Digital Context. Exploring a Translation of the Constitutional Political Rights into the Digital Sphere**
070 – Vladislava Talanova: **Biobanques humaines, internormativité et gouvernance. Etude de la gouvernance des biobanques sous l'angle du droit suisse**
071 – Livia Enzler: **Frozen Conflicts in International Law. Challenging Legal Categories in the Post-Soviet Space**
072 – Marisa Beier: **Das Recht auf angemessene Wohnung im UNO-Pakt I. Menschenrechtliche Analyse im Kontext der Obdachlosigkeit**
074 – Raphaël Bagi: **Les droits des personnes LGBTIQ – Propositions en faveur d'une politique suisse cohérente en droit national et international**

Droit privé

011 – Lorenz Raess: **Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration**
012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: **Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht**
013 – Emanuel Bittel: **Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht**
022 – Nicole Roth: **Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft**
023 – Reto Pfeiffer: **Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)**
030 – Christoph Mettler: **Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess**
035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: **Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen**
038 – Lukas Hussmann: **International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände**
039 – Ruedi Ackermann: **Der Mietvertrag mit mehreren Mietern**
042 – Andreas Wehowsky: **Expedited Procedures in International Commercial Arbitration**
043 – Myriam Christ: **Le profilage dans le cadre d'une procédure d'embauche entre particuliers**
050 – Ricarda Stoppelhaar: **Die Indirekte Stellvertretung**
056 – Saskia Thomi: **Die Verantwortungsgemeinschaft**
057 – Dana Mareckova: **Blockchain and Collective Rights Management of Copyright and Related Rights at the Global Level: The Case of the Music Industry**
063 – Simon R. Lang: **Einordnung und Gestaltung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung**
064 – Johannes Lukas Hermann: **Das pactum de non cedendo im System der Unabtretbarkeit von Forderungen**
073 – Helen Keller / Corina Heri: **Reparation for Climate Change: The Successes and Limits of Litigation**

Droit pénal

014 – Stephan Bernard: **Was ist Strafverteidigung?**
029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: **Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014**
031 – Martin Klingler: **Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren**
032 – Nicolas Leu: **Kritik der objektiven Zurechnung**
048 – Benjamin Clément: **Die strafbare Unterlassung der allgemeinen Lebensrettungspflicht**
049 – Martin Seelmann: **Strafzumessung und Doppelverwertung**
054 – Sonja Mango-Meier: **Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters bei geringfügigen Widerhandlungen gegen das schweizerische Strassenverkehrsrecht durch eine unbekannte Täterschaft**
055 – Sena Hangartner: **Strafrechtliche Dopingbekämpfung in der Schweiz**
059 – Delphine Brun: **Dangerosité : du juge influencé par l'expert au juge indépendant**
060 – Luca Ranzoni: **Gerechte Strafen ohne Gleichheit?**
062 – Marc Thommen: **Der Staatsanwalt als Richter. Dürfen Freiheitsstrafen in Strafbefehlen ausgefällt werden?**
065 – Florian Jenal: **Die privatklägerische Strafklage gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – und einige Überlegungen zur Restorative Justice**
075 – Dominique Diethelm: **Die audiovisuelle Aufzeichnung strafprozessualer Einvernahmen, Zur Notwendigkeit der Einführung einer Aufzeichnungspflicht**

Cet ouvrage est publié dans la collection *sui generis,*
éditée par Marc Thommen.

1ère édition 19 juin 2026
© 2026 Jelena Protic

La présente thèse de doctorat a été soutenue le 25 août 2025 à l'École de droit de l'Université de Lausanne.

Le jury, composé de la Prof. Evelyne Schmid (directrice de thèse), du Prof. Frédéric Erard (président du jury), de la Prof. Odile Ammann, de la Prof. Anna Petrig (professeure à l'Université de Bâle) et du Prof. Martin Wyss (professeur chargé de cours à l'Université de Berne), a attribué à cette thèse la mention *summa cum laude*.

Impression de la thèse approuvée par l'École de droit de l'Université de Lausanne.

Cette œuvre a été publiée en Open Access sous une licence Creative Commons, qui oblige d'identifier l'auteur de l'œuvre sous licence en cas de réutilisation (CC BY 4.0 – https://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

L'étape de prépresse de cette publication a été soutenue par le Fonds national suisse de la recherche scientifique.

ISBN : 978-3-907297-76-6
DOI : 10.38107/076
Lectorat : Jean Perrenoud
Graphisme : Müller+Hess, Basel
Imprimerie : Ebner & Spiegel, Ulm
Entrepôt central de distribution dans l'UE : GVA Göttingen,
Anna-Vandenhoeck-Ring 36, 37081 Göttingen, info@gva-verlage.de.

sui generis Verlag, Viaduktstrasse 21, 8005 Zürich
www.suigeneris-verlag.ch, info@suigeneris-verlag.ch

076

LÉGITIMITÉ TIQUE DES I INTERNATIO DROIT SOUP

Le recours croissant aux instruments internationaux de droit souple suscite des inquiétudes parmi certains parlementaires nationaux qui perçoivent une marginalisation croissante dans les processus normatifs de ce domaine. Cet ouvrage appréhende cette tension entre le recours aux instruments internationaux de droit souple et les exigences de légitimité démocratique. L'auteure établit que le droit suisse prévoit des possibilités d'implication parlementaire, dont l'exercice peut renforcer la légitimité démocratique de ces instruments. Bien qu'une charge d'optimisation pratique pèse sur le Conseil fédéral et son administration, les membres de l'Assemblée fédérale assument une part de responsabilité pour leur propre implication. Toutefois, les parlementaires suisses ne sauraient réformer seuls un système international propice à la prolifération du droit souple, dont la structure demeure peu adaptée à leur participation.

sui generis
ISBN 978-3-907297-76-6
DOI 10.38107/076