



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Gegründet 1852, Neue Folge seit 1882

Band 135 (2016), ISSN 0254-945X

Band 135 I: 5 Hefte jeweils Ende der Monate März, Mai, Juli, September und Dezember

Band 135 II: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins (SJV)

Zitiervorschlag: ZSR 2016 I **Proposition de citation:** RDS 2016 I

Herausgeber: Prof. Bernard Dutoit, Dr. Peter Isler,
Prof. Pascal Pichonnaz, Prof. Daniel Thürer, Prof. Hans Peter Walter

Verlag: Helbing Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
Telefon 061 228 90 70, Telefax 061 228 90 71, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Beiträge sind per E-Mail (zeitschriften@helbing.ch) an den Verlag (Lektorat Zeitschriften) einzureichen. Richtlinien zur Textfassung sind beim Verlag anzufordern.

© 2016 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vertrieb: Helbing Lichtenhahn Verlag, Abo-Service, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel,
Telefon +41 (0)61 228 90 20, Telefax +41 (0)61 228 91 50, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Abonnementspreise pro Jahr	Schweiz		Europa		Übersee	
	ohne	mit	ohne	mit	ohne	mit
Band 135 I = 5 Hefte						
Band 135 II = SJV-Referate						
Abonnement	258.–	343.–	284.–	368.–	293.–	377.–
Abonnement für Studierende	98.–	183.–	124.–	208.–	133.–	217.–

Alle Abonnementspreise in CHF, inkl. 2,5% MwSt., inkl. Versandkosten.

Einzelheft: CHF 68.–, inkl. 2,5% MwSt., exkl. Versandkosten.

Einbanddecken: CHF 85.–, inkl. 8% MwSt., exkl. Versandkosten.

Preisänderungen vorbehalten

Inserate und Beilagen (Verkauf): bw medien, Zürichstrasse 57, 8840 Einsiedeln, Tel. 055 418 82 00,
Fax 055 418 82 22, E-Mail: info@bwmedien.ch. Verlangen Sie die Mediadaten.

Beihefte zur ZSR: Vergünstigung für ZSR-Abonnenten: 20% Rabatt auf Verkaufspreis.

SJV: Sämtliche Mitglieder des SJV erhalten die ZSR im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

SSJ: Les membres du SSJ reçoivent la RDS dans le cadre de leur cotisation.

Unterstützt durch die
Schweizerische Akademie
der Geistes- und Sozialwissenschaften
www.sagw.ch



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 135 (2016) I · Heft 2

DROIT PUBLIC SUISSE
Centre de droit public
Faculté de droit - Université de Lausanne

30.05.16

Inhaltsverzeichnis

RENÉ BÖSCH, Das neue Schweizer Prospektrecht gemäss E-FIDLEG – eine Bestandesaufnahme und erste Würdigung	81
VÉRONIQUE BOILLET, Initiative «Contre l'immigration de masse»: analyse du vote sous l'angle de la démocratie directe	105
STÉPHANIE MUSY/ADRIEN ALBERINI, Design change: quelles limites posées par le droit de la concurrence? Une approche globale de Nespresso aux secteurs high-tech	135

Initiative «Contre l'immigration de masse»: analyse du vote sous l'angle de la démocratie directe

VÉRONIQUE BOILLET*

Mots clés: Droit constitutionnel, primauté du droit international, accords bilatéraux, initiatives, mise en œuvre, liberté de vote, explications de vote, information, 34 Cst. féd.

A. Introduction

Dans son rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre le droit international et le droit interne, le Conseil fédéral relevait qu'«une douzaine d'initiatives populaires ont été soumises au vote alors qu'elles posaient des problèmes de compatibilité avec des dispositions internationales non impératives. Parmi ces initiatives, trois seulement (...) ont été acceptées par le peuple et les cantons»¹.

Depuis lors, quatre nouvelles initiatives populaires jugées contraires au droit international ont été soumises au peuple et aux cantons²: les initiatives «Pour le renvoi des étrangers criminels», «Contre l'immigration de masse», «Halte à la surpopulation – Oui à la préservation durable des ressources naturelles»³ et «pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»⁴. Les deux premières ont été acceptées⁵.

* Professeure assistante à l'Université de Lausanne. L'auteure remercie le Professeur Vincent Martenet pour sa relecture et ses conseils.

1 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, La relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067 2118 s. et la note 73 qui liste les initiatives problématiques.

2 Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», FF 2013 323 ss; Message du Conseil fédéral du 23 octobre 2013 concernant l'initiative populaire «Halte à la surpopulation – Oui à la préservation durable des ressources naturelles», FF 2013 7832 ss; Message du Conseil fédéral du 20 novembre 2013 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)», FF 2013 8533 ss.

3 FF 2015 1687.

4 FF 2015 2487.

5 Art. 121 al. 3 à 6 et 121a Cst. féd. GUILLAUME LAMMERS, La démocratie directe et le droit international: Prise en compte des obligations internationales de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure, Thèse, Berne 2015, p. 166 ss.

Une tendance semble donc se dessiner vers une augmentation du nombre d'initiatives problématiques au regard du droit international et leur acceptation par le peuple et les cantons⁶.

Si l'on peut «y voir le signe réjouissant d'une démocratie qui fonctionne»⁷, il n'en demeure pas moins que ces nouvelles dispositions constitutionnelles, une fois qu'elles ont été acceptées, doivent être mises en œuvre, ce qui génère alors des tensions entre les objectifs qu'elles définissent et le respect du principe de l'Etat de droit et des obligations internationales liant la Suisse⁸. La problématique est d'autant plus délicate qu'il est maintenant de plus en plus fréquent que les auteurs des initiatives «fassent pression pour que celles-ci soient mises en œuvre rapidement et d'une manière conforme à leur vision»⁹, faisant abstraction de la complexité de l'ordre juridique dans lequel elles s'insèrent¹⁰.

L'initiative populaire «Contre l'immigration de masse» constitue un nouvel exemple de «défi non seulement pour le législateur, mais aussi pour la démocratie directe elle-même»¹¹. Nous le verrons, les différents principes que consacre l'art. 121a Cst. féd. posent et vont encore poser de nombreuses difficultés aux autorités (II), au point de se demander si l'ensemble des objectifs définis par cette disposition sont véritablement susceptibles d'être mis en œuvre. Cela étant, se pose à nouveau la question des conditions de validité des initiatives. A cet égard, de nombreuses propositions ont été formulées. Il s'agira d'examiner dans quelle mesure elles auraient permis d'éviter l'insécurité juridique causée par l'adoption de l'art. 121a Cst. féd. (III). Finalement, le manque d'information et les propositions parfois contradictoires des autorités d'application «peuvent donner aux citoyens l'impression que les initiatives populaires ne sont pas correctement mises en œuvre» au risque que «la confiance envers cet instrument [puisse] en pâtir»¹²; fort de ce constat, il se justifiera d'examiner le vote du 9 février 2014 au regard de la garantie des droits politiques. S'il est en effet com-

6 GIOVANNI BIAGGINI, Die Schweizerische direkte Demokratie und das Völkerrecht – Gedanken aus Anlass der Volksabstimmung über die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten», ZÖR 2010, p. 331; voir également Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 20 août 2015, Conditions de validité des initiatives populaires. Examen du besoin de légiférer, FF 2015 6488.
7 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 20 août 2015 (note 6), FF 2015 6488.
8 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 20 août 2015 (note 6), FF 2015 6486.
9 Voir à cet égard l'initiative «pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)», FF 2013 1061, ainsi que les délais imposés par l'initiative «Contre l'immigration de masse», FF 2014 3957.
10 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 20 août 2015 (note 6), FF 2015 6486.
11 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 20 août 2015 (note 6), FF 2015 6486.
12 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 20 août 2015 (note 6), FF 2015 6486.

préhensible que le législateur fasse en sorte de mettre en œuvre l'art. 121a Cst. féd. au plus près de son texte, il n'en demeure pas moins qu'un tel procédé peut s'avérer contreproductif, la législation de mise en œuvre ne pouvant être appliquée dans un cas concret en raison des règles de conflit consacrées par notre ordre juridique. Cela étant, il y aura lieu d'examiner dans quelle mesure le devoir d'information des autorités est susceptible de pallier ces défauts (IV).

B. Examen sous l'angle constitutionnel des conséquences du vote du 9 février 2014

I. Interprétation des articles 121a al. 5 et 197 ch. 11 Cst. féd.

Selon les art. 195 Cst. féd. et 15 al. 3 LDP¹³, une modification de la Constitution fédérale entre en vigueur dès son acceptation par le peuple et les cantons – à moins toutefois que son projet n'en dispose autrement¹⁴.

La nouvelle disposition constitutionnelle doit alors être interprétée conformément aux règles usuelles¹⁵: il s'agit d'appliquer les méthodes classiques d'interprétation – historique, systématique et téléologique (principe de la pluralité des méthodes)¹⁶ –, tout en ayant pour objectif de garantir le respect des principes structurels, la conformité au droit international et une certaine unité¹⁷. A cet égard, il y a lieu d'éviter autant que possible les contradictions et de privilégier l'interprétation susceptible d'assurer la mise en œuvre effective des différentes dispositions constitutionnelles (principe de la «*praktische Konkordanz*»)¹⁸.

Les art. 121a et 197 ch. 11 Cst. féd. ont déjà fait l'objet d'une analyse approfondie à laquelle nous nous référons dans le cadre de cette contribution¹⁹. Il est

13 Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (LDP), RS 161.1.

14 ROBERT BAUMANN, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBI 2010, p. 248.

15 PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3^e éd., Berne 2011, p. 53 N 5; PETER UEBERSAX, Commentaire de l'art. 121a Cst. féd., in: Waldmann/Belsler/Epiney (édit.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015, p. 1953 N 5.

16 ATF 137 IV 249, consid. 3.2; BAUMANN, Die Umsetzung (note 14) p. 250 ss; ASTRID EPINEY, Zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung – Gedanken zu BGE 139 I 16, Jusletter du 6 octobre 2014, § 6; TSCHANNEN, Staatsrecht (note 15), p. 59 ss N 17 ss; UEBERSAX, Art. 121a Cst. féd. (note 15), p. 1953 N 5.

17 ATF 139 I 16, consid. 4.2.1. et les références citées; BERNHARD EHRENZELLER, Commentaire de l'art. 121a Cst. féd., in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich 2014, p. 2190 N 15; RAFFAELA KUNZ, Schweiz – EU: Wohin führt der bilaterale Weg nach der Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung?», Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2014, p. 352; TSCHANNEN, Staatsrecht (note 15), p. 64 ss N 38 ss.

18 ATF 139 I 16, consid. 4.2.2; BAUMANN, Die Umsetzung (note 14) p. 256; EPINEY, BGE 139 I 16 (note 16), § 7; TSCHANNEN, Staatsrecht (note 15), p. 64 s. N 40 ss.

19 Pour une interprétation de cette disposition, voir notamment Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», FF 2013 279; Office fédéral de la justice OFJ (DFJP), Auslegung der Artikel 121a und 197 Ziff. 9 der Bundesverfassung.

admis que les alinéas 1 à 3 de l'art. 121a Cst. féd. ne sont pas directement applicables²⁰ et que leur mise en œuvre nécessite une renégociation de l'ALCP²¹. Les articles 121a al. 4 et 5 ainsi que 197 ch. 11 al. 1 et 2 Cst. féd. s'adressent, quant à eux, aux autorités²². Il s'agira d'examiner ici la portée des art. 121a al. 5 et 197 ch. 11 Cst. féd.²³, plus particulièrement, d'identifier les obligations

qu'imposent ces dispositions aux autorités et d'analyser les difficultés d'ordre constitutionnel auxquelles ces dernières seront confrontées.

II. Mise en œuvre des articles 121a al. 5 et 197 ch. 11 Cst. féd.: les scénarios envisageables

La mise en œuvre d'une initiative populaire s'inscrit dans un processus politique²⁴. Une fois adoptée à la double majorité, et à moins d'être directement applicable, il appartient aux différents organes politiques impliqués dans ce processus de mettre en œuvre la nouvelle disposition constitutionnelle²⁵. A cet égard, la volonté des initiants n'est pas déterminante, dans la mesure où elle ne correspond pas obligatoirement à celle des votants²⁶. Les autorités compétentes bénéficient dès lors d'une certaine marge de manœuvre afin de faire aboutir ce processus politique²⁷.

1. Avant-projet de loi fédérale

Conformément à l'art. 121a al. 5 Cst. féd., il appartient au législateur de mettre en œuvre les principes définis aux alinéas 1 à 3. S'il n'y parvient pas d'ici au 9 février 2017, le Conseil fédéral devra adopter provisoirement les ordonnances nécessaires à la mise en œuvre desdits principes. L'alinéa 4 précise par ailleurs qu'aucun traité contraire au droit international ne sera conclu et l'art. 197 ch. 11 al. 1 Cst. féd. impose la renégociation et la réadaptation des traités internationaux contraires à l'art. 121a Cst. féd. dans le même délai de trois ans.

Après que l'Office fédéral de la justice a publié une proposition d'interprétation des art. 121a et 197 ch. 11 Cst. féd.²⁸, que la Direction du droit international public a examiné l'impact desdits articles sur les obligations internationales liant la Suisse²⁹ et qu'un groupe d'experts a été mandaté par le Secrétariat d'Etat aux migrations pour examiner les possibilités de mettre en œuvre les nouveaux articles constitutionnels³⁰, le Conseil fédéral a publié, le 20 juin

- sung, avril 2014, disponible sur internet: <https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home.html> > Entrée & Séjour > Libre circulation des personnes Suisse – UE/AELE > Mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'immigration; RAINER J. SCHWEIZER/BERNARD EHRENZELLER/PETER HETTING, Commentaire de l'art. 121a Cst. féd., in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich 2014, p. 2183 ss; ASTRID EPINEY, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, Jusletter du 2 juin 2014; SEBASTIAN HESELHAUS/JULIA HÄNNI, Die eidgenössische Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU, RSDIE 2013, p. 19 ss; KUNZ, Schweiz – EU (note 17), p. 329 ss; PETER UEBERSAX, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter du 14 avril 2014, § 11; PETER UEBERSAX, Commentaire de l'art. 197 ch. 11 Cst. féd., in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015, p. 2869 N 4.
- 20 TF, arrêt 2C_716/2014 du 26 novembre 2015, consid. 3.1 et 3.3. Office fédéral de la justice, Auslegung (note 19), ch. 1.2; EPINEY, Zur rechtlichen Tragweite (note 19), § 1, 10 et 40; UEBERSAX, Zuwanderungssteuerung (note 19) § 72 et 84; UEBERSAX, Art. 121a Cst. féd. (note 15), p. 1954 N 9. RAINER J. SCHWEIZER, Commentaire de l'art. 121a Cst. féd., in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich 2014, p. 2192 s. N 22, qui relève néanmoins que l'art. 121a al. 1 Cst. féd. «*ab ihrem Inkrafttreten massgeblich und daher ab dann auch zu respektieren und, soweit dies im Rahmen der geltenden Gesetze und abkommen überhaupt möglich ist, tendenziell zu erfüllen*», p. 2195 N 30.
- 21 S'agissant d'une «solution à l'amiable», sans renégociation de l'ALCP, cf. *infra* B.II.2. Office fédéral de la justice, Auslegung (note 19), ch. 1.2 ss; Direction du droit international public (DFAE), Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, mai 2014, p. 5 ss, disponible sur internet: <https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home.html> > Entrée & Séjour > Libre circulation des personnes Suisse – UE/AELE > Mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'immigration; EHRENZELLER, Art. 121a Cst. féd. (note 17), p. 2206 N 60; HESELHAUS/HÄNNI (note 19), p. 33 ss et 62; KUNZ, Schweiz – EU (note 17), p. 342 ss; UEBERSAX, Zuwanderungssteuerung (note 19) § 11; UEBERSAX, Art. 197 ch. 11 Cst. féd. (note 19), p. 2869 N 4. D'un avis plus nuancé, EPINEY, Zur rechtlichen Tragweite (note 19), § 40 ss.
- 22 TF, arrêt du 25 août 2015, 2C_128/2015 consid. 3.9: Selon le Tribunal fédéral, le Protocole additionnel visant l'extension de l'ALCP à la Croatie (Protocole III) n'a pas pu être signé, dès lors qu'il est contraire à l'art. 121a al. 4 Cst. féd. (voir également TF, arrêt 2C_716/2014 du 26 novembre 2015, consid. 3.2). Voir également Office fédéral de la justice, Auslegung (note 19), ch. 1.2.; SCHWEIZER, Art. 121a Cst. féd. (note 20), p. 2192 N 22. UEBERSAX est d'avis qu'avant l'adoption de la législation de mise en œuvre, l'art. 121a al. 4 Cst. féd. constitue une «*Stand-still*»-Klausel ou «*Entharmonisierungsverbot*» qui interdit la conclusion de nouveaux traités contraires à l'esprit de la disposition constitutionnelle, UEBERSAX, Art. 121a Cst. féd. (note 15), p. 1975 N 69 et p. 1977 N 77. *Contra*: EPINEY, Zur rechtlichen Tragweite (note 19), § 32 ss, qui juge que l'art. 121a al. 4 Cst. féd. n'est pas suffisamment précis. Le Conseil fédéral a cependant changé d'avis en signant ledit Protocole le 4 mars 2016, Communiqué de presse du Conseil fédéral du 4 mars 2016, disponible sur internet: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home.html> > Actualité > News > 2016 > Le Conseil fédéral présente son projet de loi sur la gestion de l'immigration.
- 23 Pour rappel, les art. 121a al. 5 et 197 ch. 11 Cst. féd. imposent un délai de trois ans aux autorités pour renégocier les traités internationaux contraires à l'art. 121a Cst. féd. et pour adopter la législation de mise en œuvre de cette dernière disposition, faute de quoi, il appartiendra au Conseil fédéral d'édicter les dispositions nécessaires par voie d'ordonnance.

- 24 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 20 août 2015 (note 6), FF 2015 6505.
- 25 ROGER NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht – Eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht, Thèse, Zurich/St-Gall 2006, p. 352.
- 26 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 20 août 2015 (note 6), FF 2015 6505.
- 27 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats du 20 août 2015 (note 6), FF 2015 6505.
- 28 Office fédéral de la justice, Auslegung (note 19).
- 29 Direction du droit international public (DFAE), Völkerrechtlichen Verpflichtungen (note 21).
- 30 Rapport de synthèse du groupe d'experts, juin 2014, disponible sur internet: <https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home.html> > Entrée & Séjour > Libre circulation des personnes Suisse – UE/AELE > Mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'immigration.

2014, un plan de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. féd.³¹. Dans ce cadre, il a étudié différents modèles³² qui lui ont permis de proposer, le 11 février 2015, un avant-projet de loi ainsi qu'un mandat de renégociation de l'ALCP³³, l'objectif étant d'appliquer les nouvelles dispositions constitutionnelles au plus près de leur texte³⁴. La consultation relative au projet de loi s'est terminée le 28 mai 2014³⁵.

2. Suites de l'avant-projet de loi fédérale

L'avant-projet du Conseil fédéral n'ayant pas reçu un bon accueil³⁶, l'Union européenne n'ayant cessé de répéter que le principe de libre circulation n'est pas négociable³⁷, et près des deux tiers du délai imposé par l'art. 121a Cst. féd. s'étant écoulé, le Conseil fédéral a chargé, le 4 décembre dernier, le Département fédéral de justice et police «d'élaborer une clause unilatérale de sauvegarde en marge des discussions menées avec l'UE»³⁸. L'idée est de trouver un «accord à l'amiable» avec l'UE portant sur une clause de sauvegarde, soit sur

- 31 DFJP/DFAE/DEFR, Art. 121a Cst. (Gestion de l'immigration) – Plan de mise en œuvre, 20 juin 2014, disponible sur internet: <<https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home.html>> Entrée & Séjour > Libre circulation des personnes Suisse – UE/AELE > Mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'immigration.
- 32 DFJP/DFAE/DEFR, Plan de mise en œuvre (note 31), ch. 7, 11 et 12.
- 33 Disponible sur internet: <<https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home.html>> Accueil SEM > Actualité > Projets de législation en cours > Révision partielle de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr).
- 34 PETER UEBERSAX, Zum bundesrätlichen Vernehmlassungsentwurf von Art. 121a BV, Jusletter du 16 mars 2015, § 28.
- 35 Les différentes prises de position sont disponibles sur internet: <<https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home.html>> Accueil SEM > Actualité > Projets de législation en cours > Révision partielle de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr). Voir également Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), Mise en œuvre de l'art. 121a Cst. féd., gestion de l'immigration (Modification de la loi fédérale sur les étrangers) – Rapport sur les résultats de la procédure de consultation du 11 février au 28 mai 2015, disponible sur internet: <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home.html>> Actualité > News > 2015 > Gestion de l'immigration: le Conseil fédéral opte pour une clause de sauvegarde. Le Conseil fédéral a présenté son projet de loi sur la gestion de l'immigration le 4 mars 2016, Communiqué de presse du Conseil fédéral du 4 mars 2016, disponible sur internet: <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home.html>> Actualité > News > 2016 > Le Conseil fédéral présente son projet de loi sur la gestion de l'immigration.
- 36 YVES PÉTIGNAT, La révision de la loi sur les étrangers clairement rejetée, Le Temps du 29 mai 2015.
- 37 Lettre de Catherine Ashton, Haute représentante de l'Union européenne pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, adressée au Président de la Confédération le 24 juillet 2014, disponible sur internet: <<https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home.html>> Accueil SEM > Entrée & Séjour > Libre circulation des personnes Suisse – UE/AELE > Mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'immigration; UEBERSAX, Vernehmlassungsentwurf (note 34), § 12.
- 38 Communiqué de presse du Conseil fédéral du 4 décembre 2015, disponible sur internet: <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home.html>> Actualité > News > 2015 > Gestion de l'immigration: le Conseil fédéral opte pour une clause de sauvegarde.

une interprétation commune extensive de l'art. 14 al. 2 ALCP³⁹, tout en prévoyant en parallèle – à défaut d'accord avec l'UE – la possibilité pour la Suisse d'imposer de manière unilatérale un seuil d'immigration pour les ressortissants UE/AELE⁴⁰.

Les nouvelles propositions du Conseil fédéral ont reçu un accueil mitigé en Suisse⁴¹. Du côté de l'UE, il a été rappelé que des contingents, même temporaires, ne sont pas acceptables⁴². A l'instar de TOBLER, nous sommes d'avis que la solution «à l'amiable» impliquant un recours à l'art. 14 al. 2 ALCP paraît juridiquement difficilement réalisable⁴³. Rappelons à cet égard que l'art. 14 al. 2 ALCP est susceptible de s'appliquer «en cas de difficultés sérieuses d'ordre économique ou social» et doit permettre d'adopter des mesures qui doivent rester «limitées, dans leur champ d'application et leur durée, à ce qui est strictement indispensable pour remédier à la situation» et perturber «le moins le fonctionnement [de l'accord]». Il sera ainsi délicat pour la Suisse de démontrer la réalisation des conditions consacrées par ladite disposition (présence de difficultés économiques ou sociales) au regard de la situation économique des autres Etats membres⁴⁴. Pour le surplus, TOBLER relève que la Suisse ne devrait pas pouvoir revendiquer le même traitement que le Liechtenstein en faisant valoir la forte augmentation du nombre de ressortissants de l'UE, voire l'importante proportion de ces derniers sur le marché du travail suisse, et justifier ainsi le recours à ladite clause. Il est en effet plus probable que l'UE compare la situation de la Suisse à celle du Luxembourg, dont le solde migratoire est plus haut que celui de la Suisse et qui respecte, malgré tout, pleinement le principe de libre circulation⁴⁵. Ce nonobstant, le Président de la Commission, Jean-

- 39 Communiqué de presse du Conseil fédéral du 21 décembre 2015, disponible sur internet: <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>> Documentation > Communiqués; RAM ETWAREEA, Libre circulation des personnes: pas de miracle à Bruxelles, Le Temps du 21 décembre 2015; JAN FLÜCKIGER, «Schutzklausel ist nur Teil der Lösung», NZZ du 4 décembre 2014; BERNARD WUTHRICH, Une clause de protection très controversée, Le Temps du 4 décembre 2014.
- 40 FLÜCKIGER, Schutzklausel (note 39); WUTHRICH, Une clause de protection (note 39).
- 41 PÉTIGNAT, La loi sur les étrangers (note 36); Gemischte Reaktionen auf die Schutzklausel, NZZ du 4 décembre 2014.
- 42 NIKLAUS NUSPLIGER, Konsultationen bleiben für die EU «schwierig», NZZ du 4 décembre 2014; RAM ETWAREEA, Réactions circonspectes à Bruxelles, Le Temps du 4 décembre 2014. Fort de ce constat, la Présidente de la Confédération Simonetta Sommaruga a précisé qu'aucun seuil chiffré ne sera fixé à l'égard des ressortissants européens, ETWAREEA, Pas de miracle (note 39).
- 43 YVES PÉTIGNAT, Un an pour sortir de l'impasse européenne, Le Temps du 2 décembre 2015.
- 44 CHRISTA TOBLER, Schutzklauseln in der Personenfreizügigkeit mit der EU, Jusletter du 16 février 2015, § 29.
- 45 TOBLER, Schutzklauseln (note 44), § 30 s. Il en va par ailleurs de même du traitement accordé au Royaume-Uni, dont «la pression migratoire (...), la pression sur les caisses sociales et l'état du marché du travail» ne sont pas comparables aux difficultés que connaît la Suisse. Il n'en demeure pas moins que la Confédération pourra s'appuyer sur l'accord négocié par Londres lors de ses pourparlers avec Bruxelles, RAM ETWAREEA, Berne se trouve en position de force pour recourir à la clause de sauvegarde, Le Temps du 2 février 2016.

Claude Juncker, aurait accepté le principe du recours à l'art. 14 al. 2 ALCP, le conseiller diplomatique de la Commission européenne et le secrétaire d'Etat aux migrations devant toutefois encore définir les conditions techniques d'application de la clause de sauvegarde⁴⁶. A cet égard, au vu des précisions avancées par la Présidente de la Confédération, Simonetta Sommaruga, selon lesquelles aucun seuil chiffré ne sera imposé aux ressortissants européens⁴⁷, il est fort probable que la solution qui sera proposée ne soit pas conforme aux exigences consacrées par l'art. 121a Cst. féd.⁴⁸. Relevons finalement que le recours à l'art. 14 al. 2 ALCP implique encore d'obtenir le feu vert du Conseil et du Parlement européens⁴⁹ et que l'UE fera très certainement dépendre son accord pour une «solution à l'amiable» de la conclusion du Protocole d'extension de l'ALCP à la Croatie⁵⁰ ainsi que de l'accord institutionnel, dont les négociations sont actuellement au point mort⁵¹.

Au vu de ces considérations, il se justifie dès lors de se pencher sur les suites à donner aux art. 121a et 197 ch. 11 Cst. féd. en cas d'échec de la procédure législative et/ou de la «solution à l'amiable» avec l'UE.

a. Echec de la procédure législative dans le délai imparti de trois ans

En formulant l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst. féd., les initiants avaient pour objectif d'anticiper les risques de lenteur, voire même d'échec, de la procédure législative prévue par l'art. 121a al. 5 Cst. féd., l'idée étant de faire pression sur le législateur afin d'assurer une mise en œuvre effective du nouvel art. 121a Cst. féd. dans un délai de trois ans. Un tel objectif est-il véritablement réalisable?

Comme mentionné préalablement, en cas de non-aboutissement de la procédure législative dans le délai de trois ans imposé par l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst. féd., il appartiendra au Conseil fédéral d'adopter une ordonnance de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. féd. Ce procédé fait naître deux difficultés, l'une

46 RAM ETWAREEA, L'UE rejette l'application unilatérale d'une clause de sauvegarde, *Le Temps* du 21 décembre 2015. Il y a par ailleurs lieu de rappeler que si un compromis sur les conditions d'application de l'art. 14 al. 2 ALCP est effectivement trouvé, il faudra encore que le Comité mixte admette, à l'unanimité, que lesdites conditions sont remplies pour que la clause de sauvegarde puisse déployer ses effets (art. 14 al. 1 ALCP).

47 ETWAREEA, Pas de miracle (note 39). Et par comparaison au projet d'accord négocié entre Bruxelles et Londres – selon lequel un «frein d'urgence» pourrait être actionné en cas «de situations exceptionnelles d'une telle ampleur qu'elle affecte les aspects essentiels du système de sécurité sociale», ERIC ALBERT, Accord en vue entre Londres et L'Union européenne, *Le Temps* du 2 février 2016. Dans le même sens, YVES PETIGNAT, Une stratégie, une stratégie!, *Le Temps* du 5 février 2015, selon lequel le «frein d'urgence» négocié par Londres «ne sera d'aucune efficacité pour limiter l'immigration» en Suisse.

48 Dans le même sens, ANDREAS AUER, Rasa-Initiative – Ein Plan B für die Rechtssicherheit, NZZ du 23 janvier 2016; CHRISTA TOBLER, Eine einvernehmliche Schutzklausel für das Vereinigte Königreich: Hoffnung für die Schweiz?, *Jusletter* du 29 février 2016, § 59 ss.

49 ETWAREEA, Clause de sauvegarde (note 46).

50 Sur ce point, cf. note 22.

51 ETWAREEA, Clause de sauvegarde (note 46).

liée à la coordination entre la procédure législative et réglementaire, l'autre relative au respect du droit international.

aa. Difficultés liées à la coordination entre la procédure législative et la procédure réglementaire

Le contenu de l'ordonnance devrait varier, selon que la procédure législative a totalement échoué ou qu'elle est en cours, mais n'a pas abouti dans le délai imposé de trois ans.

aaa. Procédure législative en cours

Si la procédure législative est en cours, mais n'a pas abouti dans le délai de trois ans – la loi a par exemple été adoptée par le Parlement, mais une demande de référendum est pendante –, le Conseil fédéral devrait alors pouvoir édicter le même texte, mais sous forme d'ordonnance⁵².

bbb. Echec de la procédure législative

S'agissant du contenu de l'ordonnance en cas d'échec de la procédure législative, il sera délicat de reprendre celui d'un projet de loi refusé par le Parlement ou le peuple⁵³. Il est par ailleurs imaginable que le projet finalisé par le Parlement ne soit soumis au vote du peuple que peu de temps avant le 9 février 2017 et soit finalement refusé. Dans un tel cas, le Conseil fédéral aura alors quelques mois pour définir un nouveau système de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. féd.⁵⁴. Ce système devra ensuite être avalisé par le Parlement, voire par le peuple, dans le cadre d'une procédure législative, l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst. féd. prévoyant que l'ordonnance n'est que provisoire. Dans un tel cas de figure, afin de garantir la sécurité et la prévisibilité du droit, le Parlement risque de se sentir lié par le contenu de l'ordonnance⁵⁵. L'adoption du nouveau projet de loi ne sera cependant toujours pas garantie, les Chambres fédérales, voire le peuple, restant libres de le refuser⁵⁶. Il s'agira alors de continuer à appliquer «provisoirement» un système, défini par le Conseil fédéral⁵⁷, mais qui aura été expressément rejeté par le Parlement ou le peuple.

52 S'agissant de la problématique liée au respect de la Constitution fédérale et du droit international lors de l'adoption d'une ordonnance, cf. *infra* B.II.2.a.bb.

53 EHRENZELLER, Art. 121a Cst. féd. (note 17), p. 2210 N 68.

54 S'agissant de la problématique liée au respect de la Constitution fédérale et du droit international lors de l'adoption d'une ordonnance, cf. *infra* B.II.2.a.bb.

55 RENÉ RHINOW, Der Bundesrat als Ersatzgesetzgeber, ZBl 2015, p. 346.

56 «Das Referendumvolk», das nicht an frühere Beschlüsse gebunden ist und die konkretisierende Vorlage ablehnen kann, desavouiert unter Umständen das Initiativolk», RHINOW, Ersatzgesetzgeber (note 53), p. 346.

57 RHINOW, Ersatzgesetzgeber (note 53), p. 346.

bb. Respect de la Constitution fédérale et du droit international

Le Conseil fédéral sera par ailleurs confronté à une deuxième difficulté: il lui appartiendra de concilier les objectifs définis par l'art. 121a Cst. féd. avec les obligations internationales liant la Suisse, notamment celles définies par l'ALCP – on a vu qu'une «solution à l'amiable» visant véritablement à mettre en œuvre les objectifs consacrés par l'art. 121a Cst. féd. paraît difficilement réalisable⁵⁸. En effet, le Conseil fédéral doit, tout comme le législateur, se conformer au principe de l'Etat de droit et respecter tant la Constitution fédérale que le droit international (art. 5 al. 1 et al. 4 Cst. féd.)⁵⁹. Or il est majoritairement admis qu'une mise en œuvre de l'art. 121a Cst. féd. au plus proche de son texte ne sera pas compatible avec l'ALCP⁶⁰. Cela étant, le Conseil fédéral se retrouvera alors face à des obligations contradictoires: celle, consacrée par l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst. féd., de mettre en œuvre l'art. 121a Cst. féd. et celle, déduite de l'art. 5 al. 4 Cst. féd. (et du droit international lui-même, art. 26 et 27 de la Convention de Vienne)⁶¹, de respecter le droit international⁶², notamment l'ALCP.

cc. Contrôle concret de l'ordonnance du Conseil fédéral

Finalement, dans le cas où le Conseil fédéral est effectivement contraint d'adopter une ordonnance, le Tribunal fédéral pourra être amené à procéder à un contrôle préjudiciel de sa conformité au droit fédéral supérieur ainsi qu'au droit international – les ordonnances du Conseil fédéral n'étant pas directement visées par l'art. 190 Cst. féd.⁶³ et le droit international primant les ordonnances fédérales⁶⁴.

Cela étant, si le Conseil fédéral remplit le mandat qui lui est confié par l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst. féd. et adopte une ordonnance visant à mettre en œuvre les principes définis par l'art. 121a Cst. féd., le Tribunal fédéral risque

de devoir refuser son application dans un cas concret en raison de la violation du droit international⁶⁵.

L'on peut encore relever que dans le cadre de son examen, le Tribunal fédéral sera amené à interpréter l'art. 121a Cst. féd.⁶⁶. Se posera alors la question de l'impact de cette interprétation sur le législateur. Ce dernier se considérera-t-il lié par ladite interprétation lors de la procédure d'adoption de la loi fédérale?

dd. Conclusion intermédiaire

S'il est amené à adopter une ordonnance fédérale, le Conseil fédéral rencontrera des difficultés à concilier la mise en œuvre des principes définis par l'art. 121a al. 1 à 3 Cst. féd. avec les obligations déduites du droit international, plus particulièrement de l'ALCP⁶⁷. Ladite ordonnance risque ainsi de ne pas pouvoir être pleinement appliquée dans un cas concret en raison d'une violation des obligations définies par l'ALCP. En définitive, à moins que le Conseil fédéral ne s'éloigne du texte de l'art. 121a Cst. féd. afin d'adopter une ordonnance conforme aux obligations internationales de la Suisse ou que la «solution à l'amiable» aboutisse⁶⁸, le mandat consacré par l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst. féd. paraît difficilement réalisable⁶⁹.

Pour faire suite à ce constat, il y a lieu de se pencher sur l'obligation de renégociation des traités internationaux contraires à l'art. 121a Cst. féd. consacrée par l'art. 197 ch. 11 al. 1 Cst. féd.

b. Echec de la «solution à l'amiable»

Tant l'Office fédéral de la justice⁷⁰ que la Direction du droit international public⁷¹, le groupe d'experts mandaté par le Secrétariat d'Etat aux migrations⁷² et la doctrine⁷³ considèrent que les principes définis par l'art. 121a Cst. féd. ne sont pas conciliables avec l'ALCP. Cela étant, après avoir adopté un mandat de

58 Cf. *supra* B.II.2.

59 EHRENZELLER, Art. 121a Cst. féd. (note 17), p. 2209 N 69.

60 S'agissant d'une «solution à l'amiable», cf. *supra* B.II.2. Office fédéral de la justice, Auslegung (note 19), ch. 1.2 ss; Direction du droit international public (DFAE), Völkerrechtlichen Verpflichtungen (note 21), p. 5 ss; EHRENZELLER, Art. 121a Cst. féd. (note 17), p. 2206 N 60; HESELHAUS/HÄNNI (note 19), p. 33 ss et 62; KUNZ, Schweiz – EU (note 17), p. 342 ss; UEBERSAX, Zuwanderungssteuerung (note 19) § 11; UEBERSAX, Art. 197 ch. 11 Cst. féd. (note 19), p. 2869 N 4. D'un avis plus nuancé, EPINEY, Zur rechtlichen Tragweite (note 19), § 40 ss. S'agissant de la proposition d'«accord à l'amiable», cf. *supra* B.II.2.

61 Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, RS 0.111.

62 EHRENZELLER, Art. 121a Cst. féd. (note 17), p. 2209 s. N 70.

63 ASTRID EPINEY, Commentaire de l'art. 190 Cst. féd., in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015, p. 2777 N 31; YVO HANGARTNER/MARTIN E. LOOSER, Commentaire de l'art. 190 Cst. féd., in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich 2014, p. 3056 N. 19; RHINOW, Ersatzgesetzgeber (note 53), p. 346; UEBERSAX, Zuwanderungssteuerung (note 19) § 83; UEBERSAX, Vernehmlassungsentwurf, (note 34), § 32; TSCHANNEN, Staatsrecht (note 15), p. 164 N 25.

64 ATF 109 V 224.

65 EHRENZELLER, Art. 121a Cst. féd. (note 17), p. 2208 N 66; RHINOW, Ersatzgesetzgeber (note 53), p. 346.

66 Dans le même sens, RHINOW, Ersatzgesetzgeber (note 53), p. 346.

67 S'agissant de la «solution à l'amiable», cf. *supra* B.II.2.

68 Sur ce point, cf. *infra* B.II.2.b. A cet égard, rappelons que la «solution à l'amiable» ne remplira pas nécessairement les objectifs définis par l'art. 121a Cst. féd.

69 ASTRID EPINEY, Zur (teilweisen) «Unmöglichkeit» der Umsetzung von auf Volksinitiativen beruhenden Verfassungsbestimmungen am Beispiel der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV, Jusletter du 10 août 2015, § 16; EHRENZELLER, Art. 121a Cst. féd. (note 17), p. 2210 N 72.

70 Office fédéral de la justice, Auslegung (note 19), ch. 1.2 ss.

71 Direction du droit international public (DFAE), Völkerrechtlichen Verpflichtungen (note 21), p. 5 ss.

72 Rapport de synthèse du groupe d'experts (note 30) p. 5.

73 EHRENZELLER, Art. 121a Cst. féd. (note 17), p. 2206 N 60; HESELHAUS/HÄNNI (note 19), p. 33 ss et 62; KUNZ, Schweiz – EU (note 17), p. 342 ss; UEBERSAX, Zuwanderungssteuerung (note 19) § 11; UEBERSAX, Art. 197 ch. 11 Cst. féd. (note 19), p. 2869 N 4. D'un avis plus nuancé, EPINEY, Zur rechtlichen Tragweite (note 19), § 40 ss.

renégociation de l'ALCP avec l'UE⁷⁴, le Conseil fédéral a finalement opté pour une «solution à l'amiable»⁷⁵.

L'UE ayant répété à de nombreuses reprises que le principe de libre circulation n'est pas négociable et un recours à l'art. 14 al. 2 ALCP – à moins qu'il ne vise pas véritablement à mettre en œuvre les objectifs de l'art. 121a Cst. féd.⁷⁶ – paraissant difficilement envisageable au regard de la pratique européenne en la matière⁷⁷, la question des suites à donner à un éventuel échec d'une «solution à l'amiable» paraît incontournable.

A cet égard, on peut tout d'abord relever qu'il est admis, faute de précisions expresses en ce sens, que les art. 121a et 197 ch. 11 Cst. féd. n'imposent pas la dénonciation de l'ALCP en cas d'échec des renégociations⁷⁸. Cela étant, si aucun accord n'est trouvé avec l'UE et qu'une clause de sauvegarde unilatérale est finalement adoptée, c'est au Tribunal fédéral qu'il appartiendra de résoudre les conflits entre la législation de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. féd. et l'ALCP⁷⁹. On l'a vu, un conflit entre l'ALCP et une ordonnance du Conseil fédéral ne devrait pas poser de difficultés⁸⁰; qu'en serait-il en revanche d'un conflit entre l'ALCP et une loi fédérale visant à mettre en œuvre l'art. 121a Cst. féd.⁸¹? A notre sens, dans la mesure où le conflit implique des dispositions telles que les art. 2 à 6 ALCP (précisées par l'Annexe I ALCP aux art. 1 à 24) – qui visent à garantir la libre circulation et à interdire les discriminations⁸² –, la jurisprudence *PKK*⁸³ devrait s'appliquer et ainsi consacrer le principe de la pri-

mauté desdites dispositions de l'ALCP⁸⁴. Telle avait été l'approche du Tribunal fédéral dans le cadre de son arrêt 133 V 367: il a en effet jugé que l'art. 9 al. 2 Annexe I ALCP devait primer l'art. 14 al. 1, let. b LACT⁸⁵, qui imposait une condition de domicile discriminante et qui avait été adoptée par le législateur afin de limiter la portée de l'ALCP sur l'assurance-chômage⁸⁶. Dans un arrêt du 26 novembre 2015 destiné à la publication, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que l'entrée en vigueur de l'art. 121a Cst. féd. ne modifie en rien la jurisprudence précitée⁸⁷. Après avoir relevé que les art. 121a et 197 ch. 11 Cst. féd. ne sont pas susceptibles de s'appliquer directement dans un cas concret, notre Haute Cour a considéré qu'un conflit avec le droit international ne devra être constaté que dans le cas où les négociations avec l'UE n'aboutissent pas et qu'une modification du droit interne entraîne une violation de l'ALCP – aucune interprétation conforme au droit international n'ayant préalablement pu être proposée. Dans un tel cas, conformément à la jurisprudence 133 V 367, l'ALCP primera le droit national, l'adoption de l'art. 121a Cst. féd. ne constituant pas un motif impérieux susceptible de justifier que l'on s'écarte de l'objectif de parallélisme des ordres juridiques consacré par l'Accord⁸⁸.

3. Conclusion intermédiaire

On l'a vu, l'acceptation par le peuple et les cantons des art. 121a et 197 ch. 11 Cst. féd. pose différentes difficultés liées à l'adoption d'une législation de mise

74 Conseil fédéral, Communiqué de presse du 2 février 2015, disponible sur internet: <http://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home.html> > Actualité > News > News 2015.

75 Cf. *supra* B.II.2.

76 Cf. *supra* B.II.2.

77 TOBLER, Schutzklauseln (note 44), § 30 s. et *supra* B.II.2.

78 Contrairement à ce qui avait été annoncé par le Conseil fédéral dans sa brochure explicative, Conseil fédéral, Brochure explicative, p. 28, disponible sur internet: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home.html> > Accueil DFJP > Actualité > Votations > Initiative populaire «Contre l'immigration de masse». EHRENZELLER, Art. 121a Cst. féd. (note 17), p. 2210 N 71; EPINEY, Unmöglichkeit (note 69), § 16; KUNZ, Schweiz – EU (note 17), p. 357 s.; UEBERSAX, Zuwanderungssteuerung (note 19) § 73 ss; UEBERSAX, Art. 197 ch. 11 Cst. féd. (note 19), p. 2871 N 7. Concernant l'obligation de dénoncer un traité international, cf. NINA BLUM/VERA NAEGELI/ANNE PETERS, Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, ZBl 2013, p. 553; BERNHARD EHRENZELLER/GABRIEL GERTSCH, Commentaire de l'art. 139 Cst. féd., in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 2484 N 51.

79 TF, arrêt 2C_716/2014 du 26 novembre 2015, consid. 3.3; EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139 Cst. féd. (note 78), p. 2484 N 51.

80 Cf. *supra* B.II.2.a.cc.

81 Et ayant été adoptée par le législateur avec la conscience et la volonté de s'écarter du droit international, cf. note 83.

82 ATF 136 II 241 consid. 16.2.

83 Pour rappel, le droit international prime en principe les lois fédérales, à moins que le législateur n'ait adopté lesdites lois avec la conscience et la volonté de s'écarter du droit international [jurisprudence *Schubert*: ATF 99 Ib 39, consid. 4; ATF 112 II 1, consid. 8; ATF 118 Ib 277, consid. 3b; ASTRID EPINEY, Commentaire de l'art. 5 Cst. féd., in: Waldmann/Belser/Epiney

(édit.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015, p. 123 N 96; TOBIAS TSCHUMI/BENJAMIN SCHINDLER, Commentaire de l'art. 5 al. 4 Cst. féd., p. 135 N 79, in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014]. La jurisprudence *PKK* constitue une exception à la jurisprudence *Schubert*, dans la mesure où elle prévoit qu'une norme internationale protégeant les droits de l'homme prime, que la disposition interne soit antérieure ou postérieure, ATF 125 II 417, consid. 4d; confirmé notamment par ATF 131 II 352, consid. I.3.1 et ATF 133 V 367, consid. 11; Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2067, 2113; EPINEY, Commentaire de l'art. 5 Cst. féd., in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015, p. 124 N 97 et les références citées; TOBIAS TSCHUMI/BENJAMIN SCHINDLER, Commentaire de l'art. 5 al. 4 Cst. féd., p. 136 N 83, in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014.

84 Dans le même sens, EPINEY, Art. 5 Cst. féd. (note 83), p. 124 N 98.

85 Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0.

86 ATF 133 V 367, consid. 11; le Tribunal fédéral a relevé dans ce cadre que la primauté de l'ALCP se justifiait en raison de sa grande légitimité démocratique – l'Accord ayant été accepté dans le cadre des votations populaires des 21 mai 2000 et 8 février 2009 –, de la protection juridictionnelle consacrée par l'ALCP – cette protection devenant lettre morte si les tribunaux nationaux appliquent du droit national contraire au traité –, et finalement en raison du fait que les Etats membres accordent également à l'ALCP la primauté sur leur droit interne. Voir également ATF 136 II 241 consid. 16.2.

87 TF, arrêt 2C_716/2014 du 26 novembre 2015, consid. 3.2. Concernant cet arrêt, cf. ASTRID EPINEY, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, in: Jusletter du 14 mars 2016.

88 TF, arrêt 2C_716/2014 du 26 novembre 2015, consid. 3.3.

en œuvre ainsi qu'à la conclusion d'un accord avec l'UE. Si le Parlement parvient à adopter une législation de mise en œuvre d'ici au 9 février 2017, celle-ci risque néanmoins de rester sans effets dans le cas où la «solution à l'amiable» n'aboutit pas. Il en va de même d'une éventuelle ordonnance du Conseil fédéral au sens de l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst. féd. Par ailleurs, au vu des prises de position de l'UE suite à l'acceptation de l'initiative «Contre l'immigration de masse», la «solution à l'amiable» n'est susceptible d'aboutir qu'à la condition que le principe de libre circulation ne soit pas limité et qu'aucun contingent chiffré ne soit introduit⁸⁹, ce qui paraît difficilement conciliable avec les objectifs définis par l'art. 121a Cst. féd.⁹⁰

En conclusion, à moins que le législateur ne se distancie de la proposition du Conseil fédéral et ne décide d'adopter un projet de loi conforme à l'ALCP, la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. féd. sera – vraisemblablement – partiellement irréalisable.

Fort de ce constat, il se justifie, à notre sens, d'élargir le spectre de réflexion afin d'analyser le vote du 9 février 2014 à l'aune des principes de la démocratie directe. Plus particulièrement, il s'agit d'examiner dans quelle mesure les différentes propositions visant à moderniser le droit d'initiative auraient été susceptibles d'éviter les difficultés mises en lumière et, finalement, si une solution pourrait se déduire de la garantie des droits politiques.

C. Conditions de validité des initiatives populaires

La problématique liée au conflit entre le droit international et les initiatives populaires ainsi qu'à l'éventuelle extension des critères de validité de ces dernières, n'est pas nouvelle⁹¹. De nombreuses propositions ont été formulées par la doctrine⁹², et le Conseil fédéral a récemment rendu plusieurs rapports sur la question⁹³.

Il ne s'agit pas développer ici de nouvelles propositions, mais plutôt d'examiner, dans un premier temps, si une modification des critères de validité des initiatives aurait véritablement permis d'éviter les difficultés auxquelles le Conseil fédéral et le Parlement sont aujourd'hui confrontés. Dans un second temps, nous nous pencherons sur la garantie des droits politiques et examinerons dans quelle mesure cette garantie est susceptible de jouer un rôle face à des initiatives telles que l'initiative «Contre l'immigration de masse».

I. Propositions du Conseil fédéral

L'adoption d'initiatives contraires au droit international ravive périodiquement le débat relatif à leurs conditions de validité. Le Conseil fédéral a eu l'occasion de revenir sur la problématique de la relation entre le droit international et les initiatives populaires dans son Rapport sur la relation entre droit international et droit interne du 5 mars 2010⁹⁴. Après avoir rappelé les principales propositions développées par la doctrine⁹⁵, il a finalement décidé d'approfondir deux pistes de réflexion: l'extension des motifs d'invalidité et l'adoption d'un examen préliminaire des initiatives populaires. S'agissant des motifs d'invalidité, le Conseil fédéral a rappelé que la majorité de la doctrine n'est pas favorable à l'extension de la notion de «règles impératives du droit international» par simple interprétation⁹⁶, le constituant devant pouvoir se prononcer sur une limitation du droit d'initiative⁹⁷. Le Conseil fédéral s'est dès lors penché sur différentes propositions visant à introduire dans la Constitution fédérale de nouveaux motifs d'invalidité (la violation de dispositions du droit international qui sont d'importance vitale pour la Suisse⁹⁸, la violation des dispositions internationales de protection des droits de l'homme⁹⁹, la violation d'une liste de règles ou de traités expressément énumérés¹⁰⁰ ou encore l'inexécutabilité de l'initiative sur le plan juridique ou politique¹⁰¹). En ce qui concerne l'examen préliminaire, le Conseil fédéral s'est penché sur la possibilité de soumettre les initia-

89 Cf. notes 37 et 42.

90 Voir notamment Direction du droit international public (DFAE), *Völkerrechtlichen Verpflichtungen* (note 21), p. 9 s.

91 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2069.

92 Voir les résumés proposés par EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139 Cst. féd. (note 78), p. 2485 ss N 53 ss; ASTRID EPINEY/STEFAN DIEZIG, Commentaire de l'art. 139 Cst. féd., in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle 2015, p. 2197 N 39 et p. 2200 s. N 48 ss; REGINA KIENER/MELANIE KRÜSI *Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen*, ZBI 2009, p. 253 s.; MAYA HERTIG RANDALL, *L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives*, RDS II 2010, p. 319 ss; LAMMERS, *La démocratie directe* (note 5), p. 197 ss.

93 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2067; Rapport additionnel du Conseil fédéral au Rapport sur la relation entre droit international et droit interne du 30 mars 2011, FF 2011 3401; Rapport du Conseil fédéral du 19 février 2014 proposant le classement des motions 11.3468 et 11.3751 des Commissions des institutions politiques «Mesures visant à

garantir une meilleure compatibilité des initiatives populaires avec les droits fondamentaux», FF 2014 2259; Rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 en exécution du postulat 13.3805: Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne, disponible sur internet: <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html> > Actualité > News > 2015. Voir également Office fédéral de la justice (DFJP), Rapport de novembre 2013 (note 93).

94 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2130 ss.

95 Voir également BERNHARD EHRENZELLER, Commentaire de l'art. 139 Cst. féd., in: Ehrenzeller et al. (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2014, p. 2485 ss N 53 ss; EPINEY/DIEZIG, Art. 139 Cst. féd. (note 92), p. 2197 N 39; HERTIG RANDALL, *Internationalisation* (note 92), p. 347 ss.

96 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2132.

97 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2132.

98 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2133 s.

99 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2134.

100 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2135.

101 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2136.

tives à un examen de conformité au droit international avant la récolte des signatures¹⁰², d'exiger un avis consultatif après l'aboutissement de l'initiative¹⁰³ ou enfin de soumettre l'Assemblée fédérale à une obligation de proposer un contre-projet en cas d'initiative contraire au droit international¹⁰⁴. Dans le cadre d'un Rapport additionnel du 30 mars 2011¹⁰⁵, le Conseil fédéral a finalement jugé que seules deux mesures étaient susceptibles de contribuer à l'amélioration de la relation entre les initiatives populaires et le droit international, l'introduction d'une procédure de contrôle matériel avant la récolte des signatures¹⁰⁶ ainsi que l'extension des motifs d'invalidité à l'essence des droits fondamentaux¹⁰⁷. Ces propositions n'ont cependant pas été jugées positivement dans le cadre de la procédure de consultation¹⁰⁸. Le Conseil fédéral a dès lors décidé de renoncer à les poursuivre¹⁰⁹. Il n'en demeure pas moins que la question du lien entre les initiatives populaires et le droit international reste d'actualité. Le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police, le Département fédéral des affaires étrangères et la Chancellerie fédérale d'engager une nouvelle réflexion sur les moyens susceptibles d'améliorer la compatibilité entre le droit interne et le droit international. En exécution du postulat 13.3805 «Clarifier la relation entre le droit international et le droit suisse», le Conseil fédéral a publié un rapport le 12 juin 2015¹¹⁰. En substance, il a rejeté la proposition d'établir une hiérarchisation dans l'ordre juridique interne des normes internationales en fonction de leur légitimité démocratique. Un tel procédé ne permettrait en effet pas, selon lui, de résoudre les conflits de normes et aurait principalement pour conséquence de déplacer le problème à l'échelle internationale, la Suisse se voyant contrainte de ne pas respecter ses obligations internationales¹¹¹.

A relever encore que le 20 août dernier, la Commission des institutions politiques du Conseil d'Etat a rendu son Rapport «Conditions de validité des initiatives populaires. Examen de légiférer»¹¹². Considérant que les motifs d'invalidité

prévus par la Constitution fédérale sont suffisants, elle se contente de proposer un complément – selon lequel les initiatives proposant des dispositions rétroactives seraient déclarées invalides – ainsi qu'une précision quant au critère de l'unité de la matière – qui devrait être appliqué plus strictement, voire faire l'objet d'une définition plus précise dans la loi¹¹³.

II. Initiative «Contre l'immigration de masse» au regard de différentes propositions de modification des critères de validité

Parmi les principaux projets présentés préalablement, seuls les suivants auraient véritablement permis d'éviter les difficultés engendrées par le vote du 9 février 2014:

- Celui qui propose de considérer qu'une initiative n'est pas exécutable et doit dès lors être invalidée en raison d'une impossibilité *factuelle* de dénoncer le traité avec lequel elle entrerait en conflit – cela impliquerait toutefois d'admettre que l'ALCP n'est *de facto* pas dénonçable, ce qui ne semble pas être l'avis du Conseil fédéral¹¹⁴.
- Celui qui vise à interpréter extensivement la notion de règles impératives du droit international, de manière à ce qu'elles comprennent l'ensemble du droit international.
- Celui qui prévoit de juger invalides les initiatives contraires aux traités d'importance vitale ou qui auraient préalablement expressément été listés dans la Constitution fédérale – il faudrait alors admettre que l'ALCP est d'importance vitale pour la Suisse, respectivement qu'il entre dans ladite liste.

Ces propositions ont cependant déjà été écartées par le Conseil fédéral: il considère en effet qu'une restriction des droits populaires ne peut pas faire l'objet d'un simple changement de pratique et rejette donc les propositions visant à interpréter extensivement les notions d'impossibilité factuelle et de règles impératives – ce d'autant plus que la décision y relative ne peut pas faire l'objet d'un recours¹¹⁵. Les deux dernières propositions ont par ailleurs été écartées notamment en raison du fait que le critère d'importance vitale paraît difficilement définissable¹¹⁶ et

102 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2137 s.

103 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2138 s.

104 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2139 s.

105 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 3401.

106 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 3419 ss.

107 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2067, 3428 ss. Concernant cette notion, cf. p. 3429 ss. Voir également le Rapport explicatif du Conseil fédéral de janvier 2013 concernant les modifications de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) et la Constitution (Cst.), disponible sur internet: <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html>> > Etat & Citoyen > Projets législatifs en cours > Droit international et initiatives populaires.

108 Office fédéral de la justice (DFJP), Rapport de novembre 2013 (note 93); Rapport du Conseil fédéral du 19 février 2014 (note 93), FF 2014 2259.

109 Conseil fédéral, Communiqué de presse du 13 décembre 2013, disponible sur internet: <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html>> > Actualité > News > 2013.

110 Rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 (note 93).

111 Rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 (note 93).

112 FF 2015 6485.

113 FF 2015 6506 ss. Elle propose par ailleurs certaines restrictions quant au délai pour traiter une initiative populaire, la possibilité pour les comités d'initiative de soumettre leur projet d'initiative à un examen juridique préalable formel et matériel et finalement la publication des contre-projets indirects de l'Assemblée fédérale dans la brochure explicative du Conseil fédéral, FF 2015 6508 ss. La Commission des institutions politiques du Conseil national soutient ces propositions. Elle a par ailleurs institué une sous-commission afin d'analyser la question de manière approfondie, Communiqué de presse CIP-N du 5 février 2016.

114 Cf. Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», FF 2013 306; Brochure explicative du Conseil fédéral relative aux votations du 9 février 2014 (note 78), p. 28, 30 et 36.

115 Rapport additionnel du Conseil fédéral du 30 mars 2011 (note 93), FF 2011 3401, 3415.

116 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2067, 2133 s.

parce que la détermination des traités susceptibles d'être mentionnés dans une liste serait «politiquement délicat[e]»¹¹⁷.

Au final, il semble donc que les propositions visant à étendre les motifs d'invalidité des initiatives populaires ne permettent pas de régler les difficultés engendrées par une initiative telle que l'initiative «Contre l'immigration de masse», soit qu'elles ne bénéficient pas du soutien politique nécessaire, soit qu'elles s'avèrent irréalisables du point de vue juridique.

D. Garantie des droits politiques

Dans le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États relatif aux conditions de validité des initiatives populaires, il ressort des remarques formulées par les différents experts interrogés que l'information fournie aux citoyens en vue des votations doit être améliorée¹¹⁸. Il s'agit d'examiner ici dans quelle mesure une solution à la problématique *initiative populaire-droit international* pourrait se déduire de la garantie des droits politiques, plus particulièrement de l'information que les autorités sont tenues de transmettre aux citoyens pour leur permettre de se forger librement une opinion politique.

I. Devoir d'information et d'intervention des autorités

Conformément à l'art. 34 al. 2 Cst. féd., la liberté de vote doit être garantie en ce sens que le résultat d'un scrutin doit refléter l'expression fidèle et sûre de l'opinion politique des citoyens et des citoyennes formée à l'issue d'un processus libre et complet¹¹⁹. Le Tribunal fédéral a déduit différentes exigences de cette garantie, dont l'interdiction de l'influence illicite sur le résultat du scrutin¹²⁰. Il s'agit de s'assurer que le processus de formation de la volonté des citoyens n'a fait l'objet d'aucune influence illicite¹²¹. Les possibilités d'intervention des différents acteurs politiques ont été précisées par la jurisprudence¹²².

117 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 (note 1), FF 2010 2067, 2135.

118 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États du 20 août 2015 (note 6), FF 2015 6500.

119 Arrêt du TF du 24 août 2015, 1C_63/2015, consid. 3.1; ATF 138 I 61, consid. 6.2; ATF 130 I 290, consid. 3.1; ATF 129 I 185, consid. 5.

120 ATF 121 I 138, consid. 5d; VINCENT MARTENET/THÉOPHILE VON BÜREN, L'information émanant des autorités et des particuliers en vue d'un scrutin, à l'aune de la liberté de vote, RDS I 2013, p. 59; PIERRE TSCHANNEN, Commentaire de l'art. 34 Cst. féd., in: Waldmann/Belsler/Epiney (édit.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015, p. 712 N 32.

121 MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 59; GEROLD STEINMANN, Commentaire de l'art. 34 Cst. féd., in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich 2014, p. 785 N 20 et les références citées.

122 Voir ici BÉNÉDICTE TORNAV, La démocratie directe saisie par le juge – L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse, Thèse, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 55 ss.

S'agissant des autorités, celles-ci sont tenues de faire preuve de retenue et doivent respecter les principes d'objectivité, de transparence et de proportionnalité¹²³. Les informations qu'elles proposent ne doivent pas dominer le débat de manière disproportionnée au point de constituer de la propagande et d'empêcher les citoyens de former leur volonté librement¹²⁴. Le législateur a concrétisé cette obligation à l'égard du Conseil fédéral¹²⁵. Conformément à l'art. 11 al. 2 LDP, ce dernier remet aux citoyens un rapport explicatif complet et objectif indiquant les avantages et les inconvénients de l'objet soumis au vote¹²⁶. L'art. 10a al. 2 LDP codifie par ailleurs la jurisprudence en ce sens qu'il impose au Conseil fédéral le respect des principes d'exhaustivité, d'objectivité, de transparence et de proportionnalité¹²⁷.

Pendant longtemps, une intervention supplémentaire des autorités ne pouvait être exigée qu'en présence de motifs pertinents¹²⁸, soit si des faits nouveaux et importants survenaient durant la campagne de votation¹²⁹, si des informations complémentaires s'avéraient nécessaires en raison de la complexité de l'objet¹³⁰ ou de son caractère inhabituel¹³¹ ou s'il y avait lieu de rectifier des éléments présentés aux citoyens qui étaient susceptibles de les induire en erreur¹³².

La majorité de la doctrine estime cependant que la diversité et la complexité des objets rendent aujourd'hui nécessaire une intervention plus forte de l'Etat dans le processus de formation de la volonté politique¹³³ au point de reconnaître

123 Arrêt du TF du 24 août 2015, 1C_63/2015, consid. 3.1; ATF 140 I 138 consid. 5.1.

124 Arrêt du TF du 24 août 2015, 1C_63/2015, consid. 3.1; ATF 140 I 138 consid. 5.1.

125 ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER Droit constitutionnel suisse, Vol. I, 3^e éd., Berne 2013, p. 308 N 927.

126 AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel (note 125), p. 308 N 928; TSCHANNEN, Staatsrecht (note 15), p. 665 s. N 6 ss.

127 Cf. Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 15 septembre 2006, Initiative parlementaire – Engagement du Conseil fédéral lors des votations fédérales, FF 2006 8791 s.

128 ATF 132 I 104 consid. 4.1 et les références citées; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel (note 125), p. 309 N 931; MICHEL BESSON, Behördliche Information vor Volksabstimmungen: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die freie Willensbildung der Stimmberechtigten in Bund und Kantonen, Thèse, Berne 2003, p. 116 ss; MICHEL BESSON, Commentaire de l'arrêt du TF du 24 mars 2014, 1C_641/2013, ZBI 2014, p. 622; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 444 N 1393; MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 60; STEINMANN, Art. 34 Cst. féd. (note 120), p. 787 N 24; TSCHANNEN, Art. 34 Cst. féd. (note 120), p. 713 N 34.

129 ATF 89 I 437, consid. 7c; BESSON, Behördliche Information (note 128), p. 118; MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 61.

130 ATF 132 I 104, consid. 3.2; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel (note 125), p. 309 N 929; MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 61.

131 TF, arrêt 1P.116/2000, consid. 2b; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel (note 125), p. 309 N 929; MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 61.

132 ATF 116 Ia 466, consid. 6a; MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 61 et les différentes références.

133 TF, arrêt du 20.01.2011, 1C_472/2010, consid. 4.3 et les références citées; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel (note 125), p. 309 N 931; BESSON, Behördliche Information (note 128), p. 128 ss et les références citées ainsi que p. 179 ss; MARTENET/VON BÜREN, L'infor-

aux autorités un véritable devoir d'information visant à garantir la libre formation de l'opinion¹³⁴. La jurisprudence fédérale semble avoir pris en compte ces revendications¹³⁵. Ainsi, si cela reste prématuré de considérer que le Tribunal fédéral a opéré un revirement de jurisprudence – en ce sens qu'une intervention supplémentaire des autorités serait par principe admise, même en l'absence de motifs pertinents –¹³⁶, il semble néanmoins possible de relever un assouplissement de la pratique du Tribunal fédéral¹³⁷, ce dernier reconnaissant que les autorités bénéficient d'une marge d'appréciation importante lorsqu'elles définissent l'étendue de leur intervention¹³⁸.

Parallèlement à ce devoir d'information, MARTENET/VON BÜREN ont déduit de l'art. 35 al. 3 Cst. féd. un devoir d'intervention; selon ces auteurs, l'annulation d'un scrutin impliquant des incertitudes néfastes du point de vue démocratique, il se justifie de favoriser toute intervention des autorités susceptible d'éviter une atteinte à la liberté de vote¹³⁹. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui reconnaît un devoir d'intervention des autorités en vue de protéger les droits fondamentaux des particuliers, il y a alors lieu d'admettre une obligation d'intervention des autorités visant à garantir «un processus de formation de l'opinion publique ouvert, pluraliste et non faussé»¹⁴⁰. Selon l'art. 35 al. 3 Cst. féd., les autorités sont alors tenues d'intervenir non seulement lorsqu'une «propagande mensongère» n'a pas pu être relativisée ou contre-argumentée par les autorités ou les particuliers, mais encore, plus généralement, lorsque les citoyens risquent de ne pas bénéficier d'une information suffisamment détaillée sur certains aspects particuliers¹⁴¹.

mation (note 120), p. 63 et les références citées. Voir encore les références citées in: STEINMANN, Art. 34 Cst. féd. (note 120), p. 788 N 25.

134 MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 63 et les références; TSCHANNEN, Art. 34 Cst. féd. (note 120), p. 713 N 34.

135 TF, arrêt du 1C_412/2007, consid. 6.2; TF, arrêt du 20.01.2011, 1C_472/2010, consid. 4.3. BESSON, 1C_641/2013 (note 128), p. 622. Voir également le Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 15 septembre 2006 (note 127), FF 2006 8779, 8790: «Le Tribunal fédéral n'a pas exclu que dans certains cas, une obligation d'information des autorités puisse être déduite de l'art. 34, al. 2, Cst. La jurisprudence du Tribunal fédéral se rapproche ainsi du point de vue dominant chez les spécialistes de droit constitutionnel: la liberté de vote est davantage qu'un droit qui protège la liberté d'opinion, et les informations fournies par les autorités avant une votation représentent une contribution essentielle à la formation, libre et complète, de l'opinion des citoyens. On peut donc affirmer que l'art. 34, al. 2, Cst. implique un droit à l'information, voire une obligation d'informer».

136 MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 64.

137 BESSON, 1C_641/2013 (note 128), p. 622; HÄFELIN/HALLER/KELLER (note 128), p. 444 N 1393; STEINMANN, Art. 34 Cst. féd. (note 120), p. 788 N 25.

138 TF, arrêt du 20.01.2011, 1C_472/2010, consid. 4.3; voir BESSON, 1C_641/2013 (note 128), p. 622; MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 64; STEINMANN, Art. 34 Cst. féd. (note 120), p. 788 N 25.

139 MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 75.

140 MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 77 et les références citées.

141 MARTENET/VON BÜREN, L'information (note 120), p. 77 s.

II. Protection juridictionnelle

En tant qu'elles participent à la formation de la volonté des citoyens, les explications proposées par le Conseil fédéral, notamment sa brochure explicative, sont susceptibles d'avoir une influence illicite sur le résultat du scrutin si elles ne respectent pas les exigences consacrées par les art. 10a al. 2 et 11 al. 2 LDP ou si elles sont incomplètes (art. 10a al. 1 LDP)¹⁴². Ce nonobstant, elles ne peuvent faire l'objet d'un recours direct au sens de l'art. 82 let. c LTF¹⁴³, dès lors que l'art. 189 al. 4 Cst. féd. exclut expressément tout recours contre les actes du Conseil fédéral et que la loi ne prévoit aucune exception à cet égard (cf. art. 88 al. 1 let. b LTF *a contrario*)¹⁴⁴. Il n'est ainsi pas envisageable de contester directement les explications du Conseil fédéral devant le Tribunal fédéral afin d'obtenir leur annulation ou leur modification¹⁴⁵, ce qui est critiqué par la doctrine¹⁴⁶.

Le Tribunal fédéral a néanmoins récemment admis la possibilité de s'attacher aux explications proposées par le Conseil fédéral dans la mesure où elles participent – parallèlement aux explications et prises de position communiquées par les autres intervenants – de l'information générale offerte aux électeurs¹⁴⁷. Selon notre Haute Cour, il s'agit de s'assurer que l'information obtenue par les citoyens leur permet de former leur volonté de manière libre et complète¹⁴⁸. Les explications du Conseil fédéral participant de cette information, elles doivent être prises en compte au regard de l'art. 34 al. 2 Cst. féd. En d'autres termes, elles peuvent indirectement faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral sous l'angle de cette dernière disposition¹⁴⁹.

Conformément à l'art. 77 al. 2 LDP, le recours doit en principe être déposé «dans les trois jours qui suivent la découverte du motif du recours, mais au

142 THOMAS SÄGESSER, Amtliche Abstimmungserläuterungen: Grundlagen, Grundsätze und Rechtsfragen, PJA 2014, p. 936.

143 Office fédéral de la justice (OFJ), Rapport explicatif du 4 novembre 2015 relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral, p. 14, disponible sur internet: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home.html> > Actualité > News > 2015 > Renforcer le rôle de juridiction suprême du Tribunal fédéral; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel (note 125), p. 730 N 2149; HANSJÖRG SELLER, Commentaire de l'art. 82 LTF, in: Seiler et al. (édit.), Bundesgerichtsgesetz, 2^e éd., Berne 2015, p. 373 N 118; GEROLD STEINMANN, Commentaire de l'art. 82 let. c LTF, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (édit.), Bundesgerichtsgesetz – Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2011, p. 1003 N 95.

144 ATF 138 I 61, consid. 7.2; BESSON, Behördliche Information (note 128), p. 67; SÄGESSER, Amtliche Abstimmungserläuterungen (note 142), p. 936; STEINMANN, Art. 82 let. c LTF (note 143), p. 1003 N 95.

145 ATF 138 I 61, consid. 7.2.

146 Notamment BESSON, Behördliche Information (note 128), p. 67; STEINMANN, Art. 82 let. c LTF (note 143), p. 996 N 77 et les références citées; TORNAY, La démocratie directe (note 122), p. 41 et 47; TSCHANNEN, Staatsrecht (note 15), p. 623 N.

147 ATF 138 I 61, consid. 7.4 confirmé par l'ATF 140 I 338 (1C_372/2014) consid. 3.1 non publié ainsi que l'arrêt du TF du 24 août 2015, 1C_63/2015, consid. 2.2.

148 ATF 138 I 61, consid. 7.4.

149 SÄGESSER, Amtliche Abstimmungserläuterungen (note 142), p. 936.

plus tard le troisième jour après la publication des résultats». Le Tribunal fédéral a cependant déduit des art. 29 al. 1, 29a et 34 al. 2 Cst. féd. la possibilité de renoncer au respect de ce délai en présence d'irrégularités graves découvertes ultérieurement¹⁵⁰.

III. Vote du 9 février 2014 au regard de la garantie des droits politiques

On l'a vu, l'art. 34 al. 2 Cst. féd. vise à garantir que le résultat d'un scrutin reflète l'expression fidèle et sûre de l'opinion politique des citoyennes et des citoyens.

Lorsque la mise en œuvre d'une initiative n'est pas garantie en raison des contradictions qu'elle fait naître avec d'autres dispositions de la Constitution fédérale ou des obligations internationales, le risque existe que la volonté populaire ne soit finalement pas respectée¹⁵¹. Dans de tels cas, les devoirs d'information et d'intervention des autorités ont un rôle particulièrement important à jouer.

S'agissant du scrutin du 9 février 2014, deux difficultés ont été mises en lumière: le risque d'échec de la mise en œuvre législative de l'art. 121a Cst. féd. ainsi que de la «solution à l'amiable» avec l'UE. Il y a lieu de revenir sur ces problématiques au regard de la garantie des droits politiques.

1. Mise en œuvre de l'art. 121a Cst. féd. au plan interne

Comme cela a été relevé précédemment¹⁵², en cas d'échec de la «solution à l'amiable» avec l'UE relative à la clause de sauvegarde et à moins que le Conseil fédéral ne décide de modifier son projet de loi de manière à le rendre conforme à l'ALCP, il semble que l'art. 121a Cst. féd. sera difficilement en mesure de produire les effets escomptés. Quel que soit le texte adopté – loi fédérale ou ordonnance du Conseil fédéral –, il pourra être contesté dans un cas concret, et les dispositions contraires à l'ALCP risquent de rester inappliquées¹⁵³.

Une telle conséquence pose-t-elle problème au regard de la garantie des droits politiques? En d'autres termes, le fait de soumettre au vote du peuple et des cantons un texte risquant de rester lettre morte est-il conforme à l'art. 34 al. 2 Cst. féd.¹⁵⁴? Face à un tel constat, se justifierait-il de privilégier une inter-

150 ATF 138 I 61, consid. 4.3; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel (note 125), p. 729 N 2146.

151 GIUSEP NAY, Der Wille der Stimmbürger, NZZ du 6 décembre 2013.

152 Cf. *supra* B.II.

153 Cf. *supra* B.II.2.a.cc et B.II.2.b.

154 KIENER/KRÜSI (note 92), p. 252; voir également ANDREAS AUER/BÉNÉDICTE TORNAY, Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative «Pour des naturalisations démocratiques», PJA 2007, p. 746.

prétation extensive de l'art. 121a Cst. féd. afin de permettre sa mise en œuvre de manière conforme à l'ALCP?

2. Mise en œuvre de l'art. 121a Cst. féd. au plan international

S'agissant de l'obligation de renégociation de l'ALCP au sens de l'art. 197 ch. 11 al. 1 Cst. féd., le Conseil fédéral relève dans sa brochure explicative qu'un échec de la renégociation de l'ALCP entraînera sa dénonciation et, par ricochet, celle de l'ensemble des accords constituant les bilatérales I¹⁵⁵. La doctrine juge en revanche que l'art. 197 ch. 11 al. 1 Cst. féd. n'est pas susceptible de justifier la dénonciation de l'ALCP¹⁵⁶ et qualifie la brochure explicative du Conseil fédéral de «*unzutreffend bzw. zumindest missverständlich*»¹⁵⁷. Un tel constat permet-il d'admettre que la brochure viole la garantie de l'art. 34 al. 2 Cst. féd.?¹⁵⁸

3. Portée du devoir d'information du Conseil fédéral au regard du vote du 9 février 2014

On l'a vu, il ne paraît politiquement pas envisageable de prévoir de nouveaux motifs d'invalidité visant à ne pas soumettre au peuple et aux cantons les initiatives populaires dont la mise en œuvre se heurterait à des difficultés juridiques ou politiques¹⁵⁹. Cela étant, des propositions telles que l'initiative «Contre l'immigration de masse» vont encore être déclarées valides, réunir les 100 000 signatures nécessaires, être acceptées en votations populaires et finalement rencontrer des difficultés importantes lors de leur mise en œuvre.

EPINEY considère que dans une telle situation, il y a lieu d'admettre la présence d'une «*teileweisen*» «*Unmöglichkeit*» der Umsetzung von auf Volksinitiativen beruhenden Verfassungsbestimmungen»¹⁶⁰. Selon elle, si la renégociation de l'ALCP n'aboutit pas, l'obligation de mise en œuvre consacrée par l'art. 121a al. 5 Cst. féd. tombe, dès lors que la condition prévue par l'art. 197 ch. 11 al. 1 Cst. féd. ne s'est pas réalisée¹⁶¹.

155 Brochure explicative du Conseil fédéral relative aux votations du 9 février 2014 (note 78), p. 28 et 36.

156 Cf. note 78.

157 EPINEY, Unmöglichkeit (note 69), § 16 note 28. Selon EHRENZELLER, es läge «im vorliegenden Fall geradezu in Widerspruch zur Vorgabe des Verfassungsgebers [...], den Neuverhandlungs- und Anpassungsauftrag in einen Kündigungsauftrag umzuwandeln», EHRENZELLER, Art. 121a Cst. féd. (note 17), p. 2210 N 71.

158 En ce sens, KUNZ, Schweiz – EU (note 17), p. 357.

159 Cf. *supra* C.I.

160 EPINEY, Unmöglichkeit (note 69). D'un autre avis, LAMMERS, La démocratie directe (note 5), p. 239, qui considère qu'un mandat ancré dans une disposition constitutionnelle est durable et doit donc inciter les autorités à relancer les négociations, puisqu'elles ont une obligation de résultat.

161 La mise en œuvre du mandat législatif doit dès lors respecter le droit en vigueur et, donc, viser à se conformer aux obligations consacrées par l'ALCP, EPINEY, Unmöglichkeit (note 69), § 23.

A notre sens, que l'on admette ou non le principe selon lequel l'obligation consacrée par l'art. 121a al. 5 Cst. féd. deviendrait lettre morte, il n'en demeure pas moins que, dans les faits, la mise en œuvre des art. 121a et 197 ch. 11 Cst. féd. paraît effectivement difficilement réalisable, dans la mesure où l'initiative ne pourra pas – s'agissant des exigences inconciliables avec l'ALCP – produire les effets désirés au niveau interne¹⁶². Comme l'a relevé le Juge fédéral Nay, «aus einem Ja wird dann faktisch ein Nein»¹⁶³. Le Juge fédéral déduit de ce constat une violation de la garantie de l'art. 34 Cst. féd., en ce sens qu'une initiative populaire est soumise au vote alors même qu'elle n'est juridiquement pas réalisable¹⁶⁴.

S'il n'est pour l'heure politiquement pas envisageable de durcir les conditions de validité des initiatives afin d'éviter de tels résultats¹⁶⁵, il paraît cependant primordial que les citoyens soient conscients des difficultés que peut impliquer l'adoption d'une initiative populaire contraire au droit international¹⁶⁶. En ce sens, il peut tout à fait se justifier de constater que la mise en œuvre d'une nouvelle disposition constitutionnelle n'est (partiellement) pas réalisable, voire qu'elle n'est possible qu'à la condition de s'éloigner de son texte pour se conformer au droit international, cela à la condition toutefois que les autorités aient, en amont, clairement informé les électeurs de ces difficultés dans les documents d'information qu'elles leur ont proposés¹⁶⁷.

La solution de la problématique *démocratie directe versus droit international* – en tous les cas à court terme, un durcissement des conditions de validité des initiatives n'étant à ce jour pas soutenu au niveau politique¹⁶⁸ – se déduirait ainsi du devoir d'information des autorités¹⁶⁹. Il s'agirait alors de compléter les art. 10a et 11 LDP en ce sens que le Conseil fédéral devrait avoir l'obligation d'informer le corps électoral des conflits avec le droit international qu'une nouvelle disposition constitutionnelle est susceptible de faire naître et de présenter les différents scénarios envisageables. A cet égard, il appartiendrait au Conseil fédéral de préciser que le législateur pourrait être amené à s'éloigner du texte de

162 Cf. *supra* B.II.2.a.cc et B.II.2.b.

163 NAY, Stimmbürger (note 151); GIUSEP NAY, Das Volk hat nicht immer Recht, p. 173, in: Andrea Good/Bettina Platipodis (éd.), Direkte Demokratie – Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Berne 2013.

164 Le caractère irréalisable peut résulter non seulement de la violation des droits fondamentaux, mais également du fait que la nouvelle disposition constitutionnelle viole d'autres dispositions en vigueur et qu'il n'est pas clair laquelle primera, NAY, Das Volk (note 163), p. 173 s. Voir également LAMMERS, La démocratie directe (note 5), p. 196, selon lequel «d'un point de vue démocratique, il s'avère cependant problématique de faire voter une disposition qui ne pourra en aucun cas être appliquée».

165 Cf. *supra* C.I.

166 Dans le même sens, KIENER/KRÜSI (note 92), p. 253 et 255.

167 Dans le même sens, AUER/TORNAY (note 154), p. 746; KIENER/KRÜSI (note 92), p. 252.

168 Cf. *supra* C.I.

169 Voir également STÉPHANE GRODECKI, La démocratie directe en Suisse au XXI^e siècle: une évolution nécessaire, RDS II 2013, p. 124 note 186; KIENER/KRÜSI (note 92), p. 255.

la nouvelle disposition constitutionnelle afin de se conformer aux obligations internationales liant la Suisse et, qu'à défaut, selon la nature des dispositions internationales visées, l'alternative serait la suivante: soit la législation de mise en œuvre (et indirectement la nouvelle disposition constitutionnelle) resterait inappliquée¹⁷⁰ en raison des règles de conflits prévues par notre ordre juridique, soit elle serait appliquée¹⁷¹ et engagerait par conséquent la responsabilité internationale de la Suisse¹⁷².

Si l'on se réfère à l'initiative «Contre l'immigration de masse», le Conseil fédéral a indiqué que l'ALCP devra être renégocié dès lors qu'il est contraire à l'initiative¹⁷³. Il a toutefois relevé que «l'UE et ses Etats membres ne seraient pas disposés à renégocier cet accord étant donné que l'initiative mettrait fin au principe même de la libre circulation des personnes»¹⁷⁴. Cela étant, «l'acceptation de l'initiative pourrait entraîner la dénonciation de l'Accord sur la libre circulation et, par conséquent, signer la fin de tous les autres accords bilatéraux I avec l'UE, ce qui serait fortement préjudiciable à la Suisse et à son économie»¹⁷⁵. «La fin des accords bilatéraux I aurait donc de graves conséquences pour toute l'économie suisse et les travailleurs – et donc en fin de compte pour notre prospérité à tous.»¹⁷⁶

A notre sens, pour garantir pleinement le respect de l'art. 34 al. 2 Cst. féd. – au regard des exigences qui auraient été précisées par la modification des art. 10a et 11 LDP indiquée ci-dessus –, le Conseil fédéral n'aurait pas dû déduire de l'art. 197 ch. 11 al. 1 Cst. féd. une obligation de dénoncer l'ALCP¹⁷⁷. Comme cela a été relevé, la majorité des auteurs considèrent que cette dernière disposition ne consacre pas de telle obligation¹⁷⁸. Cela étant, le Conseil fédéral aurait dû informer le corps électoral du risque que le mandat consacré par l'art. 121a al. 5 ALCP ne puisse pas être pleinement exécuté au regard de l'ALCP – ce dernier accord l'emportant sur une législation de mise en œuvre contraire. Fort de ce constat, le Conseil fédéral aurait dû évoquer la possibilité pour le législateur de s'éloigner du texte de l'art. 121a Cst. féd. afin de permettre une mise en œuvre conforme à l'ALCP.

170 Conformément à la jurisprudence *PKK*, cf. note 83.

171 Conformément à la jurisprudence *Schubert*, cf. note 83.

172 Dans le même sens, NOBS, Volksinitiative (note 25), p. 303. Voir également EPINEY, Unmöglichkeit (note 69), § 13; LAMMERS, La démocratie directe (note 5), p. 196.

173 Brochure explicative du Conseil fédéral relative aux votations du 9 février 2014 (note 78), p. 28 s.

174 Brochure explicative du Conseil fédéral relative aux votations du 9 février 2014 (note 78), p. 36.

175 Brochure explicative du Conseil fédéral relative aux votations du 9 février 2014 (note 78), p. 28.

176 Brochure explicative du Conseil fédéral relative aux votations du 9 février 2014 (note 78), p. 37.

177 Dans le même sens, KUNZ, Schweiz – EU (note 17), p. 357.

178 Cf. note 78. Pour rappel, EPINEY juge que la brochure du Conseil fédéral est sur ce point «unzutreffend bzw. zumindest missverständlich», EPINEY, Unmöglichkeit (note 69), § 16 note 28 et selon EHRENZELLER, es läge «im vorliegend Fall geradezu in Widerspruch zur Vorgabe des Verfassungsgebers [...], den Neuverhandlungs- und Anpassungsauftrag in einen Kündigungsauftrag umzuwandeln», EHRENZELLER, Art. 121a Cst. féd. (note 17), p. 2210 N 71.

En définitive, face à des initiatives soulevant des problèmes de compatibilité au droit international telle que l'initiative «Contre l'immigration de masse», une telle obligation d'information permettrait de pallier – en tous les cas partiellement – l'absence de volonté politique de durcir les conditions de validité consacrées par l'art. 139 al. 3 Cst. féd. Cette approche nécessite cependant que soit également prévue la possibilité de sanctionner le non-respect de cette obligation d'information du Conseil fédéral.

4. Protection juridictionnelle

Comme relevé précédemment, jusqu'à récemment, les explications du Conseil fédéral relatives aux votations ne pouvaient pas faire l'objet d'un recours pour violation de la liberté de vote¹⁷⁹. Cela étant, il n'était pas possible de faire valoir une violation des principes définis par les art. 10a et 11 al. 2 LDP¹⁸⁰. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral a atténué ce manque¹⁸¹. Après avoir rappelé que les actes du Conseil fédéral ne sont, sauf exception, pas susceptibles de recours, le Tribunal fédéral a jugé que l'information en général – qui comprend tant le Message du Conseil fédéral que la brochure explicative aux votants ou les déclarations des Conseillers fédéraux dans la presse – peut faire l'objet d'un recours. Lorsqu'il est question de savoir si les citoyens ont été en mesure de se forger librement une opinion, il y a ainsi lieu de prendre en compte la brochure explicative du Conseil fédéral¹⁸². Dans le cas d'espèce, il s'agissait de la votation fédérale sur la réforme de l'imposition de l'entreprise: le Tribunal fédéral a jugé que l'information proposée par le Conseil fédéral manquait de transparence et d'objectivité, et qu'elle s'avérait incomplète au point de violer la liberté de vote¹⁸³. Le Tribunal fédéral a néanmoins jugé qu'il n'y avait pas lieu d'annuler le scrutin¹⁸⁴.

S'il y a naturellement lieu de saluer cette jurisprudence, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas suffisante¹⁸⁵. Le constat de violation de la liberté de vote

179 ATF 138 I 61 consid. 7.2 et les nombreuses références citées; BESSON, Behördliche Information (note 128), p. 63; MICHEL BESSON, Der Schutz der politischen Rechte auf Bundesebene – Rechtschutz zur Sicherung fairer Wahl- und Abstimmungsverfahren auf Bundesebene, p. 227 s., in: L'atelier du droit – Mélanges en l'honneur de Heinrich Koller à l'occasion de son 65^e anniversaire, Bâle 2006.

180 BESSON, Behördliche Information (note 128), p. 63; BESSON, Der Schutz der politischen Rechte (note 180), p. 227 s.

181 ATF 138 I 61 consid. 7 ss.

182 ATF 138 I 61 consid. 7.1 ss; SÄGESSER, Amtliche Abstimmungserläuterungen (note 142), p. 936; ALAIN WURZBURGER, Commentaire de l'art. 82 LTF, p. 861 N 124, in: Corboz et al. (édit.), Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014.

183 ATF 138 I 61 consid. 8.6.

184 ATF 138 I 61 consid. 8.7.

185 Le Conseil fédéral est d'un avis contraire, il est en effet «parvenu à la conclusion que la protection juridictionnelle des citoyens et le parcours d'instance à emprunter en cas d'irrégularité déployant des effets dans plusieurs cantons ont été suffisamment clarifiés par la récente jurispru-

n'a en effet finalement eu aucune conséquence, le scrutin n'ayant pas été annulé. Alors même que la doctrine réclame depuis de nombreuses années que les actes du Conseil fédéral, notamment les explications relatives à une votation, puissent être directement contestés devant les autorités judiciaires¹⁸⁶, la LDP et la LTF ne prévoient toujours pas d'exception à l'art. 189 al. 4 Cst. féd. A notre sens, il s'agirait de pouvoir se plaindre de l'inexactitude et de l'insuffisance d'information¹⁸⁷, et de pouvoir exiger, non pas uniquement l'annulation du scrutin, mais également, en amont, un complément d'information de la part des autorités¹⁸⁸. Pratiquement, une modification de la LDP et de la LTF¹⁸⁹ – voire de l'art. 189 al. 4 Cst. féd.¹⁹⁰ – s'avérerait nécessaire, de manière à «accompagner ce mouvement consacrant pleinement la protection judiciaire pour les droits politiques fédéraux»¹⁹¹. Dès lors que la brochure explicative doit être qualifiée d'acte matériel¹⁹², il s'agirait d'adopter une norme comparable à l'art. 25a PA¹⁹³. Concrètement, les électeurs pourraient exiger du Conseil fédéral qu'il complète, voire modifie, sa brochure explicative¹⁹⁴. En cas de refus, un recours direct au Tribunal fédéral, sur le modèle de l'art. 80 al. 2 LDP et de l'art. 88 al. 1 let. b LTF, devrait alors être possible¹⁹⁵. L'effet suspensif ne serait alors accordé que sur requête, eu égard aux chances de succès du recours.

E. Conclusion

La mise en œuvre de l'initiative «Contre l'immigration de masse» soulève de nombreuses difficultés. A cet égard, l'avant-projet du Conseil fédéral n'est pas satisfaisant dans la mesure où il risque de ne pas pouvoir produire les effets escomptés en cas d'échec de la «solution à l'amiable» avec l'UE.

Différentes propositions ont été formulées de manière à concilier l'art. 121a Cst. féd. avec les obligations internationales liant la Suisse¹⁹⁶. En parallèle,

dence du Tribunal fédéral. Dans ces circonstances, il estime qu'il n'y a plus besoin d'adapter les dispositions légales dans le domaine des droits politiques», Office fédéral de la justice (OFJ), Rapport explicatif du 4 novembre 2015 (note 143), p. 14.

186 Notamment BESSON, Behördliche Information (note 128), p. 67 et les références citées; GRODECKI, La démocratie directe (note 169), p. 168 et les références citées.

187 BESSON, Behördliche Information (note 128), p. 388.

188 BESSON, Behördliche Information (note 128), p. 388.

189 BESSON, Behördliche Information (note 128), p. 71.

190 En ce sens, GRODECKI, La démocratie directe (note 169), p. 171.

191 GRODECKI, La démocratie directe (note 169), p. 170.

192 WURZBURGER, Art. 82 LTF (note 183), p. 861 N 124.

193 Rapport du Conseil fédéral du 30 octobre 2013 sur les résultats de l'évaluation de la nouvelle organisation judiciaire fédérale, FF 2013 8174.

194 BESSON, Behördliche Information (note 128), p. 388.

195 Dans le même sens, cf. Rapport du Conseil fédéral du 30 octobre 2013 (note 195), FF 2013 8174.

196 Voir en particulier EPINEY, Zur rechtlichen Tragweite (note 19).

l'initiative populaire fédérale «Sortons de l'impasse! Renonçons à rétablir des contingents d'immigration», déposée le 27 octobre 2015, a formellement abouti le 13 novembre 2015¹⁹⁷.

Au-delà des difficultés de mise en œuvre, le vote du 9 février 2014 et les questions qu'il soulève entraînent une insécurité juridique et compliquent les négociations avec l'UE concernant différents dossiers actuellement pendants (par ex. questions institutionnelles, recherche, énergie, services financiers).

Cela étant, se pose inévitablement la question d'un durcissement des conditions de validité des initiatives. Or on a vu que les propositions formulées n'offrent pas véritablement de solution, soit qu'elles n'auraient pas permis de résoudre les difficultés qu'engendre l'initiative «Contre l'immigration de masse», soit qu'elles sont rejetées au niveau politique.

Fort de ce constat, une issue est susceptible de se déduire de la garantie des droits politiques. Il ne se justifie pas de soumettre au peuple et aux cantons des propositions de modifications de la Constitution fédérale sans les informer des difficultés que celles-ci impliquent. Contrairement à l'avis que le Conseil fédéral a récemment publié – selon lequel «la protection juridictionnelle des citoyens et le parcours d'instance à emprunter en cas d'irrégularité déployant des effets dans plusieurs cantons ont été suffisamment clarifiés par la récente jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans ces circonstances, [...] il n'y a plus besoin d'adapter les dispositions légales dans le domaine des droits politiques»¹⁹⁸ –, nous sommes d'avis que le devoir d'information du Conseil fédéral doit être renforcé, en ce sens qu'une obligation de traiter la question de la conformité de l'initiative au droit international ainsi que les difficultés que sa mise en œuvre entraîne doit être consacrée par la LDP. Pour le surplus, il y a lieu de prévoir la possibilité, pour les électeurs, de contester la brochure explicative du Conseil fédéral et d'en exiger une modification et/ou un complément, de manière à garantir le respect de la liberté de vote.

Il y a fort à parier que si le peuple et les cantons avaient eu l'ensemble des informations nécessaires pour se former une opinion de manière libre et complète, l'issue du scrutin du 9 février 2014 n'aurait pas été la même. Comme cela a été confirmé par les sondages menés ultérieurement sur la question du maintien des relations bilatérales avec l'UE¹⁹⁹, le constat formulé par le Professeur GRISEL résume bien la situation: «Peut-être d'aucuns étaient-ils mal informés et croyaient-ils possible de cumuler les avantages de l'une et l'autre situa-

197 FF 2015 7603.

198 Office fédéral de la justice (OFJ), Rapport explicatif du 4 novembre 2015 (note 143), p. 14.

199 Selon un sondage du 8 novembre 2015 de l'institut GfS Berne, 82% des personnes interrogées sont favorables à la prolongation de la voie bilatérale et près des deux tiers soutiennent une mise en œuvre flexible – évitant toute violation de l'ALCP – de l'initiative «Contre l'immigration de masse», cf. <http://www.gfsbern.ch/de-ch/> > Publikationen > Dossiers > Aussenpolitik > Zweite Befragung «Zukunft Bilaterale»; HANSUELI SCHÖCHLI, Wenn das Volk Rätsel aufgibt, NZZ du 10 novembre 2015.

tion»²⁰⁰. A notre sens, un tel constat devrait pouvoir être sanctionné au regard de la garantie des droits politiques.

Résumé

Récemment, plusieurs initiatives populaires jugées contraires au droit international ont été acceptées par le peuple et les cantons. Leur mise en œuvre pose de nombreuses difficultés. La présente contribution analyse l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse» et démontre que les objectifs définis par la nouvelle disposition constitutionnelle risquent de pas pouvoir être réalisés. Fort de ce constat, l'auteure examine alors dans quelle mesure l'insécurité juridique causée par l'adoption de l'art. 121a Cst. féd. aurait pu être évitée par un renforcement des conditions de validité des initiatives, et, à défaut, par un élargissement du devoir d'information des autorités.

Zusammenfassung

Jüngst haben Volk und Stände mehrere Volksinitiativen angenommen, bei denen davon auszugehen ist, dass sie internationales Recht verletzen. Ihre Umsetzung stellt daher zahlreiche Probleme. Der vorliegende Beitrag analysiert die Volksinitiative «Gegen Massenwanderung» und zeigt auf, dass die Zielsetzungen der neuen Verfassungsbestimmung wahrscheinlich nicht durchgesetzt werden können. Vor diesem Hintergrund prüft die Verfasserin, in welchem Ausmass die durch die Annahme von Art. 121a BV entstandene Rechtsunsicherheit durch eine Verschärfung der Gültigkeitsvoraussetzungen für Initiativen oder eine erweiterte Informationspflicht der Behörden hätte vermieden werden können.

200 ETIENNE GRISEL, Immigration: satisfaire tant l'UE que la volonté du peuple, c'est possible!, Le Temps du 12 décembre 2014.