

La mise en œuvre des initiatives populaires fédérales

Dr. iur. *Véronique Boillet*, Professeure assistante, UNIL

Dr. iur. *Guillaume Lammers*, titulaire du brevet d'avocat, Lausanne

Inhaltsverzeichnis

I.	Introduction	511
II.	La mise en œuvre des initiatives populaires en droit interne	512
1.	Les principes d'interprétation spécifiques des normes constitutionnelles	512
a.	L'équivalence de rang des normes constitutionnelles et l'interprétation harmonisante	513
b.	L'interprétation conforme au droit international	514
2.	Les instruments à disposition de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral pour la mise en œuvre en droit interne d'une initiative populaire	516
3.	Les délais impartis à la mise en œuvre	520
a.	Les tâches de mise en œuvre devant être effectuées dans le délai imparti aux autorités	520
b.	Les conséquences d'un échec de la mise en œuvre dans le délai imparti	521
4.	La conformité de la mise en œuvre au droit supérieur	523
a.	La conformité à la norme constitutionnelle	523
b.	La conformité au droit international de la mise en œuvre en droit interne	525
III.	Les répercussions de l'acceptation d'une initiative populaire sur les engagements internationaux de la Confédération	526
1.	L'acceptation d'une initiative contraire au droit international constitue-t-elle un mandat de dénonciation?	528
a.	L'obligation de dénonciation déduite de la disposition constitutionnelle	530
b.	Les traités dénonçables	534
2.	L'acceptation d'une initiative contraire au droit international constitue-t-elle un mandat de renégociation?	535
3.	Synthèse	537
4.	Les initiatives visant le rang hiérarchique des traités	538
IV.	Conclusion	539

I. Introduction

Ces dernières années, de plus en plus d'initiatives populaires ont été présentées au vote du peuple et des cantons. Parmi ces initiatives figure un nombre également toujours plus croissant de propositions de révisions constitutionnelles dont le contenu pose des problèmes de compatibilité avec les engagements internationaux

de la Suisse¹. En outre, une partie d'entre elles ont été acceptées par le peuple et les cantons, et donc fait leur place dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999².

Cette évolution laisse entrevoir de nouvelles problématiques, qui concernent non seulement les modalités de la concrétisation d'une révision constitutionnelle en *droit interne*, mais également le sort des *engagements internationaux* de la Confédération suite à l'acceptation d'une initiative populaire en conflit avec le droit international.

Ces deux thématiques sont l'objet de la présente contribution. Celle-ci a pour but de mettre en avant les impératifs auxquels le processus de mise en œuvre d'une initiative doit répondre, ainsi que les enjeux auxquels il doit faire face. Un accent particulier sera mis sur les initiatives populaires ayant été acceptées par le peuple et les cantons dans un passé récent et dont, pour certaines, la mise en œuvre est toujours en cours.

II. La mise en œuvre des initiatives populaires en droit interne

1. Les principes d'interprétation spécifiques des normes constitutionnelles

En règle générale, une disposition constitutionnelle nécessite une mise en œuvre par le biais d'une législation d'application³. Son caractère ouvert empêche en effet son application directe⁴. Les initiatives populaires n'ayant fait l'objet d'aucune mise en œuvre en droit interne restent l'exception. Elles ont introduit dans la Constitution fédérale des dispositions considérées comme directement applicables⁵.

1 Cf. *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. 151 ss.

2 Cst. féd.; RS 101.

3 *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. 369.

4 Cf. *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3^e éd., Berne 2011, § 4 N 9.

5 A titre d'exemple, l'art. 72 al. 3 découlant de l'adoption de l'initiative «contre la construction de minarets» peut être cité (cf. *Luca Cirigliano*, Umsetzungsszenarien der Anti-Minarettinitiative, Jusletter du 1^{er} mars 2010, N 2 s.). Il faut toutefois préciser qu'il se peut qu'une initiative populaire cumule des dispositions directement applicables et la nécessité d'une mise en œuvre en droit interne. Tel est le cas de l'initiative populaire «pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires». Seules certaines de ses parties ont été considérées comme directement applicables, le Tribunal fédéral tirant la conclusion que celles-ci instaurent une interdiction provisoire jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions d'application (ATF 139 II 243 c. 9.1. Cf. sur ces questions *Alexander Ruch*, in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 11 ss ad art. 75b Cst. féd.; *Bernhard Waldmann*, Das Bundesgericht hat gesprochen: erste Leiturteile zur Zweitwohnungsinitiative, BR/DC 2013, p. 233 ss; *David Equey*, Résidences secon-

Le processus de mise en œuvre d'une disposition constitutionnelle (adoptée par la voie de l'initiative populaire) nécessite en premier lieu que le législateur procède à son interprétation⁶. Pour ce faire, ce sont avant tout les méthodes usuelles qui seront appliquées. Le législateur devra ainsi lire la disposition constitutionnelle à l'aune des méthodes d'interprétation littérale, historique, systématique et téléologique⁷.

Au stade de la mise en œuvre d'une initiative populaire, la prise en compte d'une éventuelle «volonté populaire» – que ce soit celle exprimée par le comité d'initiative ou celle du constituant, si tant est que cette volonté puisse être établie de façon univoque⁸ – ne saurait se voir accorder un poids déterminant⁹. C'est en effet le texte constitutionnel qui offre le point de départ de l'interprétation¹⁰. Cette «volonté populaire» peut néanmoins jouer un rôle dans le cadre de l'interprétation historique¹¹.

Toutefois, en plus des méthodes générales venant d'être rappelées, la concrétisation d'une norme constitutionnelle fait également appel à des principes spécifiques¹².

a. L'équivalence de rang des normes constitutionnelles et l'interprétation harmonisante

Dans l'ordre juridique suisse, toutes les normes constitutionnelles sont d'un rang équivalent, à défaut, notamment, d'une hiérarchie introduite par le constituant¹³.

daires: de l'Initiative «Weber» à la législation et à la réglementation d'application, Jusletter du 8 février 2016, N 4 ss).

- 6 Bernhard Waldmann, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus rechtlicher Sicht, LeGes 2015, p. 521 ss, p. 523.
- 7 Message concernant la modification du Code pénal et du Code pénal militaire (Mise en œuvre de l'art. 123c Cst. féd.), ch. 1.2.2 (<http://www.bj.admin.ch> > Sécurité > Projets législatifs en cours > Interdiction professionnelle), FF 2013 5373, 5381; ATF 139 II 243 c. 8; René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^e éd., Bâle 2009, N 497 ss; Robert Baumann, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 111/2010, p. 241 ss, p. 250 ss; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Hellen Keller, Schweizerisches BundeStaatsrecht, 8^e éd., Zurich 2012, N 90 ss; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse – Vol. 1: l'Etat, 3^e éd., Berne 2013, N 1488 ss; Tschannen (note 4), § 4 N 17 ss.
- 8 Nobs (note 3), p. 363 s.; Ehrenzeller, in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 17 s. ad art. 121a Cst. féd.; Waldmann (note 6), p. 523.
- 9 Cf. dans ce sens ATF 139 I 16 c. 4.2.2 ainsi que ATF 139 II 243 c. 8.
- 10 Waldmann (note 6), p. 523.
- 11 ATF 139 II 243 c. 8; Eva Maria Belser, in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015, Einleitung N 61.
- 12 Message concernant la modification du Code pénal et du Code pénal militaire (Mise en œuvre de l'art. 123c Cst.), ch. 1.2.2 (<http://www.bj.admin.ch> > Sécurité > Projets législatifs en cours > Interdiction professionnelle), FF 2013 5373, 5381; ATF 139 II 243 c. 8.
- 13 FF 2013 5373, 5380; ATF 139 I 16 c. 4.2.1; Auer/Malinverni/Hottelier (note 7), N 1487.

L'ordre juridique constitutionnel doit en effet être considéré comme étant uniforme¹⁴.

Cette particularité a notamment pour conséquence que les maximes *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generali* ne peuvent être appliquées sans autres considérations au niveau constitutionnel¹⁵. En outre, l'ordre constitutionnel suisse doit se voir appliquer le principe de *l'interprétation harmonisante*, en vertu duquel le législateur doit intégrer dans sa réflexion tous les objectifs constitutionnels qui sont concernés par la problématique¹⁶. Une disposition constitutionnelle ne saurait ainsi être interprétée de manière isolée¹⁷.

Il découle de ce qui précède que la mise en œuvre d'une initiative populaire est influencée par différentes normes et principes constitutionnels qui auront été intégrés dans la réflexion relative à l'interprétation de la nouvelle disposition constitutionnelle¹⁸.

b. L'interprétation conforme au droit international

L'interprétation conforme au droit international constitue un autre principe guidant la mise en œuvre des normes constitutionnelles¹⁹. En vertu de celui-ci, l'interprétation d'une norme constitutionnelle et la mise en œuvre qui en découle doivent s'opérer – dans la mesure du possible – dans le respect des règles de droit international²⁰. Ce n'est que si une interprétation conforme au droit international n'est pas possible qu'il y a lieu de constater la présence d'un conflit de normes.

14 *Tschannen* (note 4), § 4 N 13.

15 Message concernant la modification du Code pénal et du Code pénal militaire (Mise en œuvre de l'art. 123c Cst.), ch. 1.2.2 (<http://www.bj.admin.ch> > Sécurité > Projets législatifs en cours > Interdiction professionnelle), FF 2013 5373, 5380; dans ce sens, du moins implicitement, ATF 139 I 16 c. 5.2.

16 FF 2013 5373, 5381; *Tschannen* (note 4), § 4 N 41.

17 *Felix Uhlmann*, in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle 2015, N 25 ad art. 95 Cst. féd.

18 Cf. par exemple, sur la prise en compte du principe de proportionnalité dans la mise en œuvre de l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)», FF 2013 5373, 5381.

19 FF 2013 5373, 5381. Le Conseil fédéral en fait un principe spécifique d'interprétation des dispositions constitutionnelles; toutefois, on peut le rattacher au principe plus général d'interprétation conforme au droit supérieur (*Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet*, *Droit administratif*, vol. I: Les fondements généraux, 3^e éd., Berne 2012, p. 349; *Auer/Malinvèrni/Hottelier* [note 7], N 1496), qui s'inscrit dans le cadre de l'interprétation systématique (*Auer/Malinvèrni/Hottelier* [note 7], N 1496; *Tschannen* [note 4], § 4 N 21; *Belser* [note 11], N 62).

20 *Regina Kiener/Melanie Krüsi*, *Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen*, ZBl 110/2009, p. 237 ss, p. 249; *Lammers* (note 1), p. 179 ss. Doit être mentionnée ici l'initiative «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)», qui vise notamment à ériger la Constitution fédérale en «source suprême du droit de la Confédération suisse» et à lui conférer la primauté sur les règles de droit international (sous réserve du droit international impératif [cf. le projet d'art. 5 al. 1 et 4 Cst. féd., FF 2015 1831, 1833 et *infra* chap. III.4]).

Grâce au principe d'interprétation conforme au droit international, le processus de mise en œuvre de l'initiative populaire permet de concilier deux aspects de l'ordre juridique helvétique qui peuvent sembler à première vue inconciliables. Le premier est la quasi-absence de limites matérielles à la révision de la Constitution fédérale. En l'état, seules les «règles impératives du droit international» peuvent mener à l'invalidation (totale ou partielle) d'une initiative populaire lorsque celle-ci ne les respecte pas; le reste du droit international, soit l'immense majorité de ses règles, ne constitue ainsi pas une limite à la formulation d'une initiative populaire²¹. Toutefois – et c'est là le second aspect –, l'obligation de respecter le droit international, ancrée à l'art. 5 al. 4 Cst. féd., impose aux autorités fédérales de se conformer au droit international liant la Suisse lors de l'élaboration et de l'application des normes de droit interne²². L'interprétation conforme au droit international tend à concilier les très faibles limites matérielles imposées à la révision de la Constitution fédérale avec l'obligation de prise en compte du droit international découlant de cette disposition.

Son application n'est toutefois pas exempte de controverses. Certains auteurs plaident en effet pour une exception à la primauté du droit international sur une nouvelle disposition constitutionnelle adoptée par la voie de l'initiative populaire, selon les circonstances²³. Plusieurs d'entre eux préconisent ainsi une exception à la primauté du droit international par l'application des principes *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generali* en cas de conflit entre une disposition constitutionnelle et des règles de droit international²⁴. D'autres auteurs souhaitent une application au rang constitutionnel, par analogie, de la jurisprudence *Schubert*²⁵, en vertu de laquelle une exception devrait être faite au principe de la primauté du droit international lorsque le constituant a sciemment voulu déroger au droit international²⁶.

Jusqu'à présent, ces opinions n'ont pas été suivies dans les faits par les autorités fédérales²⁷. En règle générale, celles-ci s'efforcent d'adapter le régime de mise en

21 Moor/Flückiger/Martenet (note 19), p. 362.

22 Tobias Tschumi/Benjamin Schindler, in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 89 ss ad art. 5 Cst. féd.

23 Cf. de manière générale FF 2010 2111.

24 Cf. notamment Baumann (note 7), p. 199 (et les références citées). Pour une critique, cf. Jörg Künzli, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, RDS 2009 I p. 47 ss, p. 71.

25 Cf. ATF 99 Ib 39 c. 4.

26 Cf. Alberto Achermann, Der Vorrang des Völkerrechts im schweizerischen Recht, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger (édit.), Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, Berne 2001, p. 33 ss, p. 79; Nobs (note 3), p. 362 ss. Pour une critique, cf. Künzli (note 24), p. 71.

27 Dans son rapport sur la relation entre le droit international et le droit interne, le Conseil fédéral donne sa faveur à la primauté de la norme constitutionnelle (FF 2010 2067, 2124).

œuvre aux obligations internationales de la Confédération²⁸, sans pour autant arriver à exclure de prime abord toute violation du droit international²⁹. Dans un tel cas de figure, il revient alors aux autorités d'application du droit d'arbitrer le conflit entre les différentes normes. Il convient ici de rappeler la position du Tribunal fédéral à cet égard: en 2012 et 2015, il a rendu deux décisions par lesquelles il a rappelé que l'obligation de prise en compte du droit international découlant des art. 5 al. 4 et 190 Cst. féd. est également valable en ce qui concerne une disposition constitutionnelle émanant d'une initiative populaire ainsi que sa législation d'application³⁰.

2. Les instruments à disposition de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral pour la mise en œuvre en droit interne d'une initiative populaire

Des dix initiatives populaires ayant été acceptées par le peuple et les cantons depuis l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, huit ont occasionné la révision d'ampleurs diverses de lois fédérales existantes³¹. Les initiatives «pour l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies (ONU)» et «contre la construction de minarets» n'ont nécessité aucune mise en œuvre, la première visant uniquement à l'introduction dans la Constitution fédérale d'une disposition transitoire impartissant un mandat au Conseil fédéral (art. 197 ch. 1 Cst. féd.), la

28 La «renégociation» actuelle de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681) suite à l'adoption de l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse» constitue l'exception. Cette conséquence était déjà annoncée dans le Message relatif à l'initiative populaire (FF 2013 306 s. et 323 ss). Sur ce point, cf. *infra* chap. III.2.

29 Cf. *infra* chap. II.4.b.

30 ATF 139 I 16 et ATF 142 II 35, concernant ces arrêts, voir notamment *Giovanni Biaggini*, Die «Immerhin liesse sich erwägen»-Erwägung im Urteil 2C_716/2014: über ein problematisches höchstrichterliches obiter dictum, ZBl 117/2016, p. 169 s.; *Giovanni Biaggini*, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 114/2013, p. 316 ss; *Astrid Epiney*, Zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung – Gedanken zu BGE 139 I 16, Jusletter du 6 octobre 2014; *Astrid Epiney*, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, Jusletter du 14 mars 2016; *Andreas Glaser/Arthur Brunner*, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung, Jusletter du 18 avril 2016; *Giusep Nay*, Vorrang Völkerrecht: kein obiter dictum, kein Meinungs Austausch, Jusletter du 18. April 2016; *Matthias Oesch*, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 26. November 2015, 2C_716/2014 – Kommentar, ZBl 117/2016, p. 197 ss.

31 Il s'agit des initiatives «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables», «pour des aliments produits sans manipulations génétiques», «pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantine», «pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires», «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)», «contre les rémunérations abusives», «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants» et «Contre l'immigration de masse».

seconde révisant l'art. 72 Cst. féd. en y insérant une disposition considérée comme directement applicable³².

En règle générale, une disposition constitutionnelle introduite par la voie de l'initiative populaire est mise en œuvre par l'Assemblée fédérale, au moyen d'une loi fédérale. Ainsi, les différents votes positifs ayant eu lieu ces dernières années ont occasionné différentes révisions de lois fédérales existantes³³ ou la création de nouvelles lois fédérales³⁴.

Cela étant, le Conseil fédéral a également été amené à édicter directement, par le biais d'une ordonnance indépendante se fondant directement sur la Constitution fédérale, des dispositions de mise en œuvre³⁵. Plusieurs initiatives populaires récentes octroyaient en effet une compétence en ce sens au Conseil fédéral.

Ainsi, l'art. 197 ch. 9 Cst. féd. introduit par l'initiative «pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires» dispose à son al. 1 que «[L]e Conseil fédéral édicte par voie d'ordonnance les dispositions d'exécution nécessaires sur la construction, la vente et l'enregistrement au registre foncier si la législation correspondante n'est pas entrée en vigueur deux ans après l'acceptation de l'art. 75b par le peuple et les cantons». En outre, selon l'art. 197 ch. 10 Cst. féd. introduit par l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», «[d']ici à l'entrée en vigueur des dispositions légales, le Conseil fédéral édictera, dans un délai d'une année après l'acceptation de l'art. 95 al. 3 par le peuple et les cantons, les dispositions d'exécution nécessaires». Enfin, l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst. féd. introduit par l'initiative «Contre l'immigration de masse» prévoit que «[s]i les lois d'application afférentes ne sont pas entrées en vigueur dans les trois ans à compter de l'acceptation de l'art. 121a par le peuple et les cantons, le Conseil fédéral édicte provisoirement les dispositions d'application nécessaires par voie d'ordonnance».

A lire le texte de ces clauses, on peut constater que la compétence du Conseil fédéral de mise en œuvre d'une initiative populaire par le biais d'une ordonnance fédérale n'a qu'une portée *transitoire*, accentuée par le fait que c'est justement au sein des dispositions transitoires de la Constitution fédérale que cette compétence est ancrée. Le cas échéant, le Conseil fédéral peut être amené à n'édicter les dispo-

32 *Cirigliano* (note 5), N 2 s.

33 A titre d'exemple, le Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (Code pénal, CP; RS 311.0) a été révisé suite à l'adoption des initiatives «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables» (RO 2008 2961), «pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantine» (RO 2012 5951) et «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» (FF 2015 2521, entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2016). Par ailleurs, la mise en œuvre de l'initiative «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants», qui consiste également en une révision du Code pénal, est en cours d'élaboration, étant précisé que ses art. 67 ss ont également fait l'objet d'une révision, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015 (RO 2014 2055) qui reprend le contre-projet indirect qui était opposé à l'initiative.

34 Telle la loi fédérale sur les résidences secondaires du 20 mars 2015 (LRS; RS 702).

35 Sur la notion d'ordonnance indépendante, cf. *Moor/Flückiger/Martenet* (note 19), p. 243 et 247 ss.

sitions de mise en œuvre que si la mise en œuvre (définitive) au niveau de la loi n'est pas parvenue à chef dans un délai déterminé³⁶.

A ce jour, le Conseil fédéral a édicté des ordonnances indépendantes de mise en œuvre à deux reprises. Suite à l'introduction de l'art. 75b dans la Constitution fédérale, il a adopté le 22 août 2012 une première ordonnance sur les résidences secondaires³⁷. Celle-ci a été abrogée le 31 décembre 2015 en raison de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2016, de la LRS ainsi que de son ordonnance d'application «définitive», datée du 4 décembre 2015³⁸. Il est important de souligner que la première ordonnance ne se fondait pas sur l'art. 197 ch. 9 Cst. féd.; en effet, cette disposition constitutionnelle n'octroie au Conseil fédéral la compétence d'édictier une ordonnance que si la législation d'application n'est pas entrée en vigueur dans un délai de deux ans suite à l'acceptation de l'initiative populaire³⁹. Le Conseil fédéral a fondé sa compétence d'adopter cette première ordonnance seulement quelques mois après la votation sur l'art. 182 al. 2 Cst. féd.⁴⁰ ainsi que sur l'art. 8 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979⁴¹. Cette démarche n'a pas manqué de faire l'objet de controverses⁴². Selon la doctrine majoritaire, le Conseil fédéral n'est pas habilité à adopter des ordonnances indépendantes sur la base de l'art. 182 al. 2 Cst. féd., le terme «législation» désignant la loi au sens formel⁴³.

L'autre ordonnance indépendante de mise en œuvre est l'ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse⁴⁴, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014 et qui concrétise l'art. 95 al. 3 Cst. féd. introduit par l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives». Conformément au mandat émis par l'art. 197 ch. 10 Cst. féd., cette ordonnance devra par la suite être remplacée par des dispositions légales⁴⁵.

36 Cf. art. 197 ch. 9 (initiative populaire «pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires») et ch. 11 al. 2 (initiative populaire «Contre l'immigration de masse»).

37 RO 2012 4583.

38 Ordonnance sur les résidences secondaires, ORSec; RS 702.1.

39 Cf. *Equey* (note 5), N 8.

40 «[Le Conseil fédéral] veille à la mise en œuvre de la législation, des arrêtés de l'Assemblée fédérale et des jugements rendus par les autorités judiciaires fédérales». Cf. sur ce point Rapport explicatif relatif à l'ordonnance sur les résidences secondaires (<http://www.are.admin.ch/themen/raumplanung/00236/04094/05403/index.html?lang=fr>), p. 2; ATF 140 II 378 c. 4.1.

41 LAT; RS 700. Cf. Rapport explicatif relatif à l'ordonnance sur les résidences secondaires, p. 2 s.

42 Cf. *Auer/Malinverni/Hottelier* (note 7), N 1603; *Alain Griffel*, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, ZBl 115/2014, p. 59 ss, p. 69 ss; *Ruch* (note 5), N 21 s.; *Jonas Alig/Alain Griffel*, in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015, note de bas de page 104 ad art. 75b Cst. féd.; *Equey* (note 5), N 10 s.

43 Cf. l'exposé des avis doctrinaux in: *Griffel* (note 42), p. 70 ss.

44 ORAb; RS 221.331.

45 La mise en œuvre au niveau de la loi de l'initiative «contre les rémunérations abusives» doit avoir lieu par la révision du droit de la société anonyme, actuellement en cours d'élaboration (la procédure de consultation a pris fin le 15 mars 2015; cf. le rapport de l'Office fédéral de la justice Résultats de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014 de modification du code des obligations [droit de la société anonyme] du 17 septembre 2015).

Ces exemples illustrent une procédure de mise en œuvre en deux temps, où la législation d'application «définitive» est précédée d'une ordonnance de mise en œuvre «provisoire»⁴⁶. En fin de compte, cette procédure provisoire traduit la volonté d'une mise en œuvre *immédiate* de l'initiative populaire⁴⁷.

Si cette manière d'opérer a l'avantage de clarifier rapidement certaines questions laissées ouvertes⁴⁸, elle soulève cependant aussi de potentiels problèmes, du moins en théorie. Il est tout à fait envisageable que le contenu donné à la législation de mise en œuvre soit d'un contenu différent de celui de l'ordonnance indépendante. Le législateur n'est en effet pas formellement tenu de reprendre dans la loi les solutions adoptées par le Conseil fédéral⁴⁹. Or la succession de régimes divergents est susceptible de laisser place à une certaine insécurité juridique. A l'inverse, on peut également envisager que le législateur se sente lié par le contenu de l'ordonnance et se résigne à prolonger celui-ci dans la loi⁵⁰. Il est concevable en effet qu'une ordonnance indépendante appliquée depuis quelques années ait plus de poids qu'un «simple» projet de loi présenté par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale. Si elle garantit alors une certaine sécurité juridique, une telle situation peut toutefois s'avérer problématique quant à la séparation des pouvoirs et l'indépendance du législateur⁵¹.

En outre, la succession d'une ordonnance indépendante et d'une loi fédérale pourrait également avoir des conséquences au stade de l'application du droit: lorsque seule l'ordonnance (indépendante) du Conseil fédéral doit être appliquée par les autorités, ces dernières devront prendre pleinement en compte la Constitution fédérale et le droit international dans son application. Il n'en sera plus forcément ainsi lorsque l'ordonnance sera remplacée par la loi fédérale: une éventuelle application de l'art. 190 Cst. féd. et/ou de la jurisprudence Schubert pourrait alors

46 Cf. Rapport explicatif relatif à l'ordonnance sur les résidences secondaires (<http://www.are.admin.ch/themen/raumplanung/00236/04094/05403/index.html?lang=fr>), p. 2.

47 Pour reprendre les termes trouvés chez *Moor/Martenet/Flückiger* (note 19), p. 250, le Conseil fédéral devient «une sorte de législateur de l'immédiat».

48 Cf., dans ce sens, *Moor/Martenet/Flückiger* (note 19), p. 250 et *Equey* (note 5), N 16, en ce qui concerne l'initiative «pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires» pour le second.

49 Cf., sur ce point, les réflexions de *Felix Uhlmann*, pour qui le Conseil fédéral doit se limiter, dans le cadre de la mise en œuvre, aux points visés par l'initiative populaire et pour lesquels il est compétent, alors que le législateur peut aller plus loin, en se fondant notamment sur ses compétences plus générales octroyées par les art. 122 s. Cst. féd. (*Uhlmann* [note 17], N 28). Cf. également dans ce sens, en rapport avec l'initiative «pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires», *Ruch* (note 5), N 23. En l'occurrence, on peut relever que le contenu de la LRS est amplement plus important que celui de l'ordonnance sur les résidences secondaires du 22 août 2012.

50 *Véronique Boillet*, Initiative «Contre l'immigration de masse»: analyse du vote sous l'angle de la démocratie directe, RDS 2016 I, p. 113 et la référence citée.

51 A noter encore qu'il n'est pas exclu qu'une telle loi soit finalement refusée par le peuple, *René Rhinow*, Der Bundesrat als Ersatzgesetzgeber?, ZBl 116/2015, p. 345 s., p. 346.

voir la législation d'application primer la Constitution et/ou les règles de droit international⁵².

3. Les délais impartis à la mise en œuvre

a. Les tâches de mise en œuvre devant être effectuées dans le délai imparti aux autorités

Une initiative populaire peut prévoir un certain délai dans lequel sa mise en œuvre doit être effectuée. Les tâches liées à la mise en œuvre devant être effectuées dans le délai imparti peuvent être de plusieurs ordres. Tout dépend de la formulation de la disposition dans laquelle le délai est énoncé. La pratique depuis l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 fournit différents exemples.

Un délai peut ainsi être imparti aux autorités fédérales pour qu'elles adoptent la législation (finale) de mise en œuvre. A titre d'exemples, on peut citer les initiatives populaires «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)»⁵³, «pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires»⁵⁴ et «Contre l'immigration de masse»⁵⁵. L'initiative populaire «pour des aliments produits sans manipulation génétique» peut également être intégrée à cette liste, bien qu'elle ne mentionne pas spécifiquement l'adoption d'une législation d'application⁵⁶. Ainsi, l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» impartit au législateur un délai de cinq ans pour *définir* les faits constitutifs des infractions en vertu de l'art. 121 al. 3 Cst. féd., pour les *compléter* ainsi que pour *édicter* les dispositions pénales relatives à l'entrée illégale sur le territoire visée à l'art. 121 al. 6 Cst. féd.⁵⁷. Ces termes doivent être lus à notre sens comme désignant l'adoption au vote final des dispositions légales d'exécution, et non pas leur entrée en vigueur⁵⁸. Quant à l'initiative «pour en finir avec les

52 Cf. *infra* chap. II.4.

53 «Dans les cinq années qui suivent l'acceptation par le peuple et par les cantons de l'art. 121, al. 3 à 6, le législateur définit les faits constitutifs des infractions en vertu de l'art. 121, al. 3, il les complète et il édicte les dispositions pénales relatives à l'entrée illégale sur le territoire visée à l'art. 121, al. 6» (art. 197 ch. 8 Cst. féd.).

54 «Le Conseil fédéral édicte par voie d'ordonnance les dispositions d'exécution nécessaires sur la construction, la vente et l'enregistrement au registre foncier si la législation correspondante n'est pas entrée en vigueur deux ans après l'acceptation de l'art. 75b par le peuple et les cantons» (art. 197 ch. 9 Cst. féd.).

55 «Si les lois d'application afférentes ne sont pas entrées en vigueur dans les trois ans à compter de l'acceptation de l'art. 121a par le peuple et les cantons, le Conseil fédéral édicte provisoirement les dispositions d'application nécessaires par voie d'ordonnance.»

56 «L'agriculture suisse n'utilise pas d'organismes génétiquement modifiés durant les cinq ans qui suivent l'adoption de la présente disposition constitutionnelle» (art. 197 ch. 7, 1^{re} phrase Cst. féd.).

57 FF 2013 5386.

58 Ni le Message relatif à l'initiative populaire, ni celui portant sur la mise en œuvre n'apportent de précision sur ce point.

constructions envahissantes de résidences secondaires», acceptée par le peuple et les cantons lors de la votation du 11 mars 2012, elle octroie un délai de deux ans dès son acceptation pour que la législation d'application entre en vigueur; à défaut, le Conseil fédéral doit édicter «les dispositions d'exécution nécessaires sur la construction, la vente et l'enregistrement au registre foncier» sous la forme d'une ordonnance⁵⁹. Par ailleurs, entre le 1^{er} janvier 2013 et l'entrée en vigueur des dispositions d'exécution, les permis de construire des résidences secondaires octroyés dans les communes qui ont atteint ou dépassé le plafond de 20% prévu par l'art. 75b Cst. féd. sont nuls⁶⁰. Enfin, l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse» impartit un délai de trois ans à compter de l'acceptation de l'initiative – soit d'ici au 9 février 2017 – pour que la législation d'application entre en vigueur.

Le délai peut également porter sur l'adoption, par le Conseil fédéral, de l'ordonnance «provisoire»⁶¹ de mise en œuvre. Tel était le cas concernant l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives»: l'art. 197 ch. 10 Cst. féd. dispose que «[d]’ici à l’entrée en vigueur des dispositions légales, le Conseil fédéral édictera, dans un délai d’une année après l’acceptation de l’art. 95 al. 3 par le peuple et les cantons, les dispositions d’exécution nécessaires»⁶².

Enfin, le délai peut être impartit aux autorités pour adapter (renégociation ou dénonciation) les traités internationaux contraires à la disposition constitutionnelle. Ainsi, l'art. 197 ch. 11 al. 1 Cst. féd., introduit suite à l'acceptation de l'initiative «Contre l'immigration de masse», impartit aux autorités fédérales un délai au 9 février 2017 pour que les traités internationaux contraires à l'art. 121a Cst. féd. soient «renégociés et adaptés»⁶³.

b. Les conséquences d'un échec de la mise en œuvre dans le délai impartit

Si, comme on l'a vu, les tâches devant être accomplies par les autorités fédérales dans le délai impartit dépendent entièrement de la formulation de la disposition constitutionnelle, il en va de même des *conséquences* d'un non-respect de ce délai. A défaut de précision dans l'article constitutionnel, aucune conséquence ne peut en effet en être déduite sur le plan strictement juridique⁶⁴.

Parmi les initiatives populaires ayant été acceptées par le peuple et les cantons depuis le 1^{er} janvier 2000, l'initiative populaire «pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires» prévoyait une «sanction» en cas

59 Art. 197 ch. 9 Cst. féd.

60 Art. 197 ch. 9 al. 2 Cst. féd. Cf. ATF 139 II 243 c. 9.1.

61 Cf. *supra* chap. II.2.

62 Sur la concrétisation de cette disposition, cf. *supra* chap. II.2.

63 «Les traités internationaux contraires à l'art. 121a doivent être renégociés et adaptés dans un délai de trois ans à compter de l'acceptation dudit article par le peuple et les cantons». Sur ce point, cf. *infra* chap. III.2.

64 Cf. dans ce sens *Peter Uebersax*, Zum bundesrätlichen Vernehmlassungsentwurf zur Umsetzung von Art. 121a BV, Jusletter du 16 mars 2015, N 13.

d'échec de la mise en œuvre dans le délai imparti, en ce sens qu'il revenait alors au Conseil fédéral d'édicter par voie d'ordonnance les dispositions d'exécution nécessaires sur la construction, la vente et l'enregistrement au registre foncier⁶⁵. Comme nous l'avons relevé auparavant, le Conseil fédéral n'a pas attendu l'échéance du délai de deux ans pour édicter une première ordonnance sur les résidences secondaires (fondant sa compétence non pas sur l'art. 197 ch. 9 Cst. féd., mais sur l'art. 182 al. 2 Cst. féd.⁶⁶), qui a été remplacée par la législation définitive de mise en œuvre entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016⁶⁷. Il faut relever ici que ni l'ordonnance ni la loi ultérieure ne contiennent de dispositions relatives à la vente de résidences secondaires, bien que l'art. 197 ch. 9 al. 1 Cst. féd. mentionne ce cas de figure⁶⁸. Par ailleurs, l'initiative «Contre l'immigration de masse» prévoit une règle similaire: en vertu de l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst. féd., il revient au Conseil fédéral d'édicter provisoirement les dispositions d'application nécessaires par voie d'ordonnance si la législation de mise en œuvre n'est pas entrée en vigueur dans le délai de trois ans à compter de l'acceptation de l'initiative, soit d'ici au 9 février 2017⁶⁹.

Les autres initiatives impartissant un délai pour leur mise en œuvre ne prévoyaient aucune sanction particulière en cas de non-respect de celui-ci. En l'occurrence, les délais en question ont été respectés par le législateur. La mise en œuvre de l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)», qui consiste principalement en une révision du Code pénal ainsi que du Code pénal militaire du 13 juin 1927⁷⁰, a été adoptée au vote final le 20 mars 2015, soit dans le délai de cinq ans. Il faut relever que durant cette période, une seconde initiative «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)» a été soumise au vote du peuple et des cantons, qui l'ont refusée⁷¹; le lancement de cette initiative était guidé par la volonté du comité d'initiative d'obtenir une mise en œuvre stricte de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst. féd. Au vu du contenu donné à la mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst. féd., plus strict que celui du projet initial du Conseil fédéral, on peut considérer que cette seconde initiative a exercé une influence sur le processus politique. L'entrée en vigueur de la révision du Code pénal et du Code pénal militaire a été fixée au 1^{er} octobre 2016⁷². Quant à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», elle a été acceptée le 15 mai 2013. L'art. 197 ch. 10 Cst. féd. impartit au Conseil fédéral un délai d'une année à partir

65 Art. 197 ch. 9 Cst. féd.

66 A cet égard, le Tribunal fédéral a relevé que «[i]nzwischen ist die in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV statuierte Übergangsfrist abgelaufen, ohne dass ein Ausführungsgesetz in Kraft getreten ist. Der Bundesrat ist nunmehr befugt, die nötigen Ausführungsbestimmungen über Erstellung, Verkauf und Registrierung im Grundbuch durch Verordnung zu regeln», ATF 140 II 378 c. 4.1.

67 Cf. *supra* note 34.

68 *Ruch* (note 5), N 47; *Griffel* (note 42), p. 80.

69 Pour une analyse de cette disposition, cf. *Boillet* (note 50), p. 112 ss.

70 Code pénal militaire, CPM; RS 321.0.

71 FF 2016 3557.

72 Le nouveau droit en matière d'expulsion entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2016, communiqué de presse du Conseil fédéral du 4 mars 2016.

de cette date pour édicter les dispositions d'exécution nécessaires, dans l'attente de l'entrée en vigueur des dispositions légales. L'ORAb a été adoptée le 20 novembre 2013 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014.

4. La conformité de la mise en œuvre au droit supérieur

Il reste à examiner comment il y a lieu de traiter les cas dans lesquels la législation de mise en œuvre s'écarte des règles de droit supérieur, qu'elles émanent de la Constitution fédérale même ou du droit international. Plusieurs situations doivent être envisagées, en fonction du rang où l'initiative populaire est concrétisée.

a. La conformité à la norme constitutionnelle

Une norme constitutionnelle, y compris celle adoptée par la voie de l'initiative populaire, peut être d'une précision plus ou moins importante. La marge de manœuvre des autorités chargées de la mise en œuvre de l'initiative populaire dépend largement de celle-ci⁷³. Cela étant, il se peut qu'une divergence entre la norme constitutionnelle et la législation d'application apparaisse sur un point à propos duquel les autorités chargées de la mise en œuvre ne bénéficiaient pas pour autant d'une liberté d'appréciation.

Les mises en œuvre des initiatives populaires «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» et «pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires» s'écartent ainsi sur certains points des dispositions constitutionnelles respectives qu'elles doivent concrétiser. En ce qui concerne la première, malgré l'automatisme du renvoi prévu par l'art. 121 al. 3 et 5 Cst. féd., la réforme du Code pénal et du Code pénal militaire maintient une certaine marge de manœuvre à disposition des autorités chargées de se prononcer sur le renvoi – l'idée étant de garantir le respect du principe de proportionnalité⁷⁴. Par ailleurs, certaines divergences existent entre l'art. 75b Cst. féd. et la LRS qui concrétise cette disposition⁷⁵. A titre d'exemple, alors que la disposition constitutionnelle limite le nombre de résidences secondaires à 20% «du parc des logements *et* de la surface

73 Celle-ci subsiste même dans le cas d'initiatives relativement précises, telles que les initiatives «pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires», «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» et «contre les rémunérations abusives» (*Uhlmann* [note 17], N 25).

74 «Le juge peut exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse» (art. 66a al. 2, 1^{re} phrase N-CP et 49a al. 2, 1^{re} phrase N-CPM, destinés à entrer en vigueur le 1^{er} octobre 2016; FF 2015 2521).

75 Cf. *Alig/Griffel* (note 42), N 21, 40 et 43. Pour une analyse circonstanciée de la LRS et de son ordonnance d'application, cf. notamment *Jonas Alig*, *Das Zweitwohnungsgesetz*, ZBl 117/2016, p. 227 ss et *Equy* (note 5), N 34 ss.

brute au sol habitable de chaque commune»⁷⁶, le législateur a renoncé à introduire cette seconde exigence au sein de la loi⁷⁷.

Comment appréhender une telle situation? A titre préalable, il doit être fait mention du principe de l'interprétation conforme à la Constitution fédérale. Selon celui-ci, toute norme de rang inférieur, qu'elle soit fédérale ou cantonale, doit être interprétée dans un sens qui ne contredise pas la disposition constitutionnelle⁷⁸. Cela étant, ce principe ne peut être appliqué que si la formulation de la disposition permet une telle interprétation⁷⁹. A défaut, il y a lieu de distinguer entre la mise en œuvre au sein d'une loi fédérale et celle au niveau de l'ordonnance.

Dans l'hypothèse où la mise en œuvre a eu lieu au sein d'une *loi fédérale* – comme c'est le cas pour les exemples susmentionnés –, le régime de mise en œuvre s'écartant sur un point de la disposition constitutionnelle bénéficiera de la protection de l'art. 190 Cst. féd. Dès lors, les autorités devront appliquer le régime légal, qui bénéficie de l'«immunité» de la disposition constitutionnelle⁸⁰.

Dans un tel cas de figure, les partisans d'une application à la lettre de l'initiative populaire, désireux de faire primer le texte constitutionnel sur le régime légal lui étant contraire, n'auront comme autre choix que de s'opposer à celui-ci dans le cadre du référendum facultatif applicable aux lois fédérales en vertu de l'art. 141 al. 1 let. a Cst. féd. Par ailleurs, il leur est également loisible d'ancrer le régime de mise en œuvre dans la Constitution fédérale, par le biais d'une seconde initiative populaire⁸¹. Un tel procédé est discutable tant au niveau de la séparation des pouvoirs qu'à celui des fonctions respectives de la Constitution fédérale et de la loi⁸². Comme le relève *Pierre Tschannen*, le caractère ouvert d'une disposition constitutionnelle permet en effet d'établir un consensus politique par étapes et garantit la possibilité d'actualiser le sens donné à la disposition constitutionnelle⁸³. Toutefois, aucune limite autonome inférieure n'est opposée à la révision de la Constitution

76 Nous soulignons.

77 Le calcul du taux de résidences secondaires dans chaque commune s'opère uniquement sur la base d'un inventaire des logements (art. 4 s. LRS). *Ruch* (note 5), N 33; *Alig/Griffel* (note 42), N 21; *Equey* (note 5), N 40. La situation était identique dans l'ordonnance du Conseil fédéral du 22 août 2012 (cf. notamment *Equey* [note 5], N 13).

78 *Häfelin/Haller/Keller* (note 7), N 151.

79 *Häfelin/Haller/Keller* (note 7), N 155.

80 *Alig/Griffel* (note 42), N 48.

81 Le 28 février 2016, le peuple et les cantons ont ainsi rejeté l'initiative «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)» dont le but était d'ancrer au sein des dispositions transitoires de la Constitution fédérale un régime de mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst. féd. proche des souhaits des auteurs de l'initiative «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» (cf. le texte de l'initiative in FF 2015 2487 et, en ce qui concerne les intentions du comité d'initiative, FF 2013 8493, 8511).

82 Sur ce deuxième point, cf. *Peter Uebersax*, Zur Zulässigkeit der Durchsetzungsinitiative – eine Einladung zur Reflexion, ZBl 115/2014, p. 600 ss, p. 602 s.

83 *Tschannen* (note 4), § 4 N 9. Cf. également *Belser* (note 11), N 68.

fédérale⁸⁴. D'un point de vue strictement formel à tout le moins, il y a lieu de considérer que l'élaboration d'initiatives «de mise en œuvre» reste licite⁸⁵.

La situation sera différente dans l'hypothèse où la mise en œuvre est ancrée au sein d'une *ordonnance* édictée par le Conseil fédéral. Ce rang ne bénéficie pas de la protection de l'art. 190 Cst. féd. Dans un conflit entre la Constitution fédérale et un article figurant dans une ordonnance, les autorités d'application seront donc amenées à faire primer les principes figurant dans la Constitution fédérale – s'ils sont directement applicables –, en vertu de la hiérarchie des normes⁸⁶.

b. La conformité au droit international de la mise en œuvre en droit interne

Comme nous l'énoncions auparavant, les autorités chargées de la mise en œuvre d'une initiative populaire tâcheront d'éviter l'éventualité d'un conflit entre le régime de droit interne et les règles du droit international, en application du principe de l'interprétation conforme au droit international. Cela étant, il n'est pas garanti que les travaux parlementaires débouchent sur une réglementation permettant d'éviter tout conflit.

Ainsi, l'art. 121 al. 3 à 6 Cst. féd. introduit par l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» instaure le principe du renvoi automatique de Suisse des ressortissants étrangers ayant commis des infractions d'un certain ordre; or le caractère automatique du renvoi est susceptible d'occasionner des violations de différents traités internationaux⁸⁷. Par ailleurs, dans le cadre de la mise en œuvre de l'initiative «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants», le Conseil fédéral a élaboré un projet de mise en œuvre qui ne permet pas pour autant d'éviter toute violation de la CEDH⁸⁸. Enfin, la mise en œuvre de l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse» s'op-

84 *Vincent Martenet*, La validité des initiatives populaires: le salut par les limites autonomes à la révision de la Constitution fédérale?, in: Andrea Good/Bettina Platipodis (édit.), *Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht: Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag*, Berne 2013, p. 149 ss, p. 156 ss. Cf. à propos des initiatives «de mise en œuvre» en général, FF 2015 6485, 6508 s. Une révision de la LParl ayant pour but de prendre en compte de manière plus judicieuse ce genre d'initiatives est en cours d'élaboration au sein de l'Assemblée fédérale.

85 Plus nuancé, *Uebersax* (note 82), p. 610 s.

86 *Uhlmann* (note 17), N 30.

87 Cf. FF 2009 4571, 4580 ss.

88 Le 3 juin 2016, le Conseil fédéral a présenté son projet de mise en œuvre de l'initiative destiné à être soumis à l'Assemblée fédérale. La «clause d'exception» prévue à l'art. 67 al. 4^{er} du projet dispose que «[d]ans les cas de très peu de gravité, le juge peut exceptionnellement renoncer à prononcer une interdiction d'exercer une activité [...] lorsqu'elle ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres infractions passibles de cette même mesure» (<http://www.bj.admin.ch> > Sécurité > Projets législatifs en cours > Interdiction professionnelle). Cette clause correspond à ce que le Conseil fédéral avait prévu comme «option 1» dans son avant-projet soumis à la consultation (*ibid.*). Elle ne permet toutefois pas d'éviter toute violation de la CEDH (cf. Message concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire [Mise en

pose au principe même de la libre circulation des personnes prévu par l'ALCP, si bien qu'une renégociation de celui-ci a été jugée nécessaire⁸⁹.

Face à de telles situations – et dans l'hypothèse où les engagements internationaux de la Suisse n'auraient pas été adaptés par la voie de la renégociation ou de la dénonciation⁹⁰ –, les autorités d'application du droit seront placées devant l'alternative suivante: appliquer malgré tout la norme de droit interne ou renoncer à le faire. Au vu des art. 5 al. 4 et 190 Cst. féd., c'est la seconde facette de l'alternative, soit la non-application de la norme de droit interne dans le cas litigieux, qui devrait être favorisée. La première constituerait un cas d'application de la jurisprudence *Schubert* et ne pourrait donc être envisagée qu'aux conditions de cette dernière. Il faudrait ainsi que le législateur ait sciemment voulu déroger à la norme de droit international⁹¹. En outre, au vu de la pratique du Tribunal fédéral sur la question, la pratique *Schubert* ne saurait entrer en ligne de compte lorsque le conflit concerne une obligation découlant de la CEDH ou d'autres traités de protection des droits fondamentaux, de même que de l'ALCP⁹².

Ce qui précède n'est par ailleurs envisageable que lorsque le régime de mise en œuvre figure au sein d'une loi fédérale. En effet, le droit international prime dans tous les cas les ordonnances⁹³, la pratique *Schubert* n'étant pas susceptible de trouver application dans ce cadre.

III. Les répercussions de l'acceptation d'une initiative populaire sur les engagements internationaux de la Confédération

Conformément à l'art. 5 al. 4 Cst. féd., il appartient aux organes étatiques d'éviter la survenance de conflits entre le droit international et le droit interne, cela tant au stade de l'adoption des normes qu'à celui de leur application⁹⁴.

œuvre de l'art. 123c Cst. [disponible *ibid.*] p. 31 et 64). Cf. pour le surplus *Daniel Jositsch/Luca Baici*, Die Umsetzung der Pädophilen-Initiative, Jusletter du 30 mai 2016, N 87 ss.

89 FF 2013 279, 306. Au final, l'objectif du Conseil fédéral est de trouver une «solution consensuelle» avec l'UE visant une interprétation large de l'art. 14 al. 2 ALCP, Message du 4 mars 2016 relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2016 2835, 2837 et 2852. Cf. pour le surplus *infra* chap. III.2.

90 Cf. *infra* chap. III.2.

91 ATF 99 Ib 39 c. 4; 112 II 1 c. 8; 118 Ib 277 c. 3b; *Astrid Epiney*, in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015, N 96 ad art. 5 Cst. féd.; *Tschumi/Schindler* (note 22), N 79.

92 ATF 139 I 16; 142 II 35.

93 ATF 109 V 224.

94 *Tschumi/Schindler* (note 22), N 89.

Ce nonobstant, le peuple et les cantons⁹⁵ ont, à ce jour, accepté six initiatives populaires⁹⁶ présentant des problèmes de compatibilité au droit international: les initiatives «Pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit»⁹⁷, «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables»⁹⁸, «contre la construction des minarets»⁹⁹, «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)»¹⁰⁰, «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants»¹⁰¹ et «Contre l'immigration de masse»¹⁰².

Lorsqu'il s'est penché sur ces propositions de modifications de la Constitution fédérale, le Conseil fédéral a relevé les conflits avec le droit international que leur acceptation était susceptible d'engendrer¹⁰³. S'il a jugé à deux reprises¹⁰⁴ qu'une interprétation conforme au droit international était réalisable au stade de la mise en œuvre – considérant qu'il était admissible «d'aller au-delà des intentions des auteurs de l'initiative»¹⁰⁵ –, le Conseil fédéral a évoqué, dans les autres cas, la possibilité de dénoncer les traités litigieux¹⁰⁶.

95 Qui sont également les destinataires de cette disposition, *Künzli* (note 24), p. 67; *Nobs* (note 3), p. 344 s.; *Benjamin Schindler*, in: Ehrenzeller et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 17 ad art. 5 Cst. féd.

96 Dont cinq ces douze dernières années.

97 Cf. art. 36^{sexies} et 22 disp. trans. aCst. féd. devenus les art. 84 et 196 ch. 1 disp. trans. Cst. féd.

98 Cf. art. 123a Cst. féd.

99 Cf. art. 72 al. 3 Cst. féd.

100 Cf. art. 121 al. 3 à 6 Cst. féd.

101 Cf. art. 123c Cst. féd.

102 Cf. art. 121a Cst. féd.

103 Message relatif à l'initiative populaire «Pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit» du 12 février 1992, FF 1992 II 865, 892; Message du 4 avril 2001 concernant l'initiative populaire «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables», FF 2001 3265, 3287 ss; Message du 27 août 2008 relatif à l'initiative populaire «contre la construction de minarets», FF 2008 6923, 6949 ss; Message du 24 juin 2009 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» et la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2008 4571, 4580 ss; Message du 10 octobre 2012 relatif à l'initiative populaire «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants» et à la loi fédérale sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (modification du Code pénal, du Code pénal militaire et du droit pénal des mineurs) en tant que contre-projet indirect, FF 2012 8151, 8176; Message du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», FF 2012 279, 323 ss.

104 Message du 4 avril 2001 concernant l'initiative populaire «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables», FF 2001 3265, 3288 et 3288.

105 Message du 4 avril 2001 concernant l'initiative populaire «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables», FF 2001 3265, 3288 et 3289; Message du 10 octobre 2012 relatif à l'initiative populaire «Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants» et à la loi fédérale sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (modification du Code pénal, du Code pénal militaire et du droit pénal des mineurs) en tant que contre-projet indirect, FF 2012 8151, 8176.

106 – Initiative «Pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit»: «[...] il faudrait dénoncer lesdits traités internationaux et renégocier les conventions bilatérales dans un contexte politique certainement défavorable», Message relatif à l'initiative populaire «pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit» du 12 février 1992, FF 1992 II 865, 892.

Il s'agit dès lors de se pencher ici sur les répercussions de l'acceptation d'une initiative populaire sur les engagements internationaux de la Confédération, plus particulièrement d'examiner dans quelle mesure la dénonciation du/des traité(s) litigieux s'impose lorsque qu'une interprétation et une mise en œuvre conformes au droit international ne sont pas envisageables au regard des différents principes d'interprétation rappelés préalablement¹⁰⁷.

1. L'acceptation d'une initiative contraire au droit international constitue-t-elle un mandat de dénonciation?

Comme relevé précédemment, lorsqu'il examine une initiative populaire présentant des problèmes de conformité au droit international, le Conseil fédéral évoque, dans la majorité des cas, une éventuelle dénonciation du/des traité(s) litigieux¹⁰⁸. A ce jour, malgré ces nombreux avertissements, l'adoption des initiatives précitées n'a pourtant pas entraîné de telles dénonciations.

– Initiative «contre la construction de minarets»: «La CEDH pourrait aussi être dénoncée, moyennant un préavis de six mois (art. 58, al. 1, CEDH). Il est clair que cette démarche aurait dans tous les cas de graves conséquences pour la Suisse, notamment en ce qui concerne sa réputation en tant qu'Etat de droit, ses relations avec les autres Etats et la collaboration au sein des organisations internationales. Le Pacte II de l'ONU, lui, ne contient pas de clause de dénonciation. Comme ni la nature de ce traité, ni l'intention des Etats parties ne permettent d'inférer un droit de dénonciation, la Suisse ne pourrait pas le dénoncer unilatéralement; il faudrait l'accord de toutes les autres parties», Message du 27 août 2008 relatif à l'initiative populaire «contre la construction de minarets», FF 2008 6923, 6964.

– Initiative «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)»: «Lorsque cela n'est pas possible, il faut songer à dénoncer le traité international. Toutefois, cette mesure n'est pas toujours réalisable, soit parce que le traité ne contient aucune clause de dénonciation, soit parce qu'elle n'est pas opportune pour des raisons politiques», Message du 24 juin 2009 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» et la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2008 4571, 4581. Le Conseil fédéral se réfère ici au Traité OMC, à la CEDH et au Pacte ONU II.

– Initiative «Contre l'immigration de masse»: «L'initiative n'est pas conciliable avec l'ALCP, qui devrait selon toute vraisemblance être dénoncé en cas d'acceptation de l'initiative. Cette dénonciation aurait des conséquences dont on mesure difficilement l'ampleur sur les relations entre la Suisse et l'UE et remettrait en cause toute la voie bilatérale suivie jusque-là», Message du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», FF 2012 279, 330. Voir également p. 306 s.: «En cas d'acceptation de cette initiative, il resterait ainsi à la Suisse à dénoncer l'accord, au plus tard dans les trois ans suivant le scrutin. Une dénonciation qui serait lourde de conséquences pour les relations entre la Suisse et l'UE, puisqu'elle entraînerait l'application de la «clause guillotine», dans les six mois suivant sa notification (art. 25, par. 4, ALCP). Elle signerait donc la fin des accords bilatéraux I, c'est-à-dire de l'accord concernant les marchés publics, de l'accord sur la prévention des obstacles techniques au commerce, de l'accord relatif aux échanges de produits agricoles, et des accords sur le transport aérien et sur le transport par rail et par route».

¹⁰⁷ Cf. *supra* chap. II.1.

¹⁰⁸ Pour d'autres exemples, cf. *Lammers* (note 1), p. 189 note 1283; *Nobs* (note 3), p. 319 ss et 355.

Si la voie de l'interprétation et de la mise en œuvre conformes au droit international en représente l'une des raisons¹⁰⁹, elle n'est cependant pas la seule, dès lors que cette issue ne s'est pas avérée réalisable ou risque de ne pas l'être s'agissant des art. 72 al. 3¹¹⁰, 121a¹¹¹ et 123c¹¹² Cst. féd.

Comment expliquer dès lors que les traités avec lesquels ces dernières dispositions sont susceptibles d'entrer en conflit ne soient pas sur le point d'être dénoncés par la Suisse?

Dans son rapport sur la relation entre le droit international et le droit interne, le Conseil fédéral a précisé les conséquences à tirer de l'acceptation par le peuple et les cantons d'une initiative contraire au droit international. Selon lui, une obligation de dénoncer le traité international s'impose¹¹³ si l'initiative vise manifestement à s'écarter des obligations internationales de la Suisse ou si une mise en

109 C'est le cas de l'initiative «Pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit», *Nina Blum/Vera Naegeli/Anne Peters*, Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, ZBl 114/2013, p. 554. S'agissant de l'initiative «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables», l'art. 64c CP n'apporte aucune précision s'agissant de la portée de la notion litigieuse «nouvelles connaissances scientifiques» et le projet de modification du CP visant à mettre en œuvre l'initiative «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» prévoit que le juge pourra «exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger de demeurer en Suisse» (art. 66a al. 2 du projet de modification du Code pénal et art. 49a al. 2 du projet de modification du Code pénal militaire, FF 2015 2521 2523 et 2527). Ces dispositions législatives accordant une certaine marge de manœuvre au juge, une interprétation conforme au droit international devrait dès lors pouvoir être privilégiée. *Nicolas Queloz/Raphaël Brossard*, in: Robert Roth/Laurent Moreillon (édit.), Code pénal I, Art. 1–110 CP – Commentaire romand, Bâle 2009, N 10 ad art. 64c CP.

110 Il est admis que cette disposition est directement applicable et contraire aux art. 9 et 14 CEDH ainsi qu'aux art. 2 et 18 du Pacte ONU II, voir notamment *Andreas Kley*, in: Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 31 ss ad art. 72 al. 3 Cst. féd.

111 Si le projet de mise en œuvre précise que les nombres maximaux et contingents seront fixés en fonction de différents critères parmi lesquels figureront les obligations internationales de la Suisse (notamment la CEDH), le Conseil fédéral a néanmoins admis qu'une solution à l'amiable doit être trouvée avec l'UE, une mise en œuvre de l'art. 121a Cst. féd. conforme à l'ALCP n'étant pas possible, cf. *infra* note 162 ainsi que le texte du projet (destiné à la publication à la FF) disponible sur le site internet du Département fédéral de justice et police: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home.html> > Actualité > Le Conseil fédéral présente son projet de loi sur la gestion de l'immigration).

112 Dans son message, le Conseil fédéral relève que «les dispositions du projet ne permettront néanmoins pas une application tout à fait conforme à la CEDH» et que «l'interdiction d'exercer une activité proposée dans l'avant-projet pourrait être incompatible avec le pacte [ONU I] dans certains cas», Message concernant la modification du Code pénal et du Code pénal militaire (Mise en œuvre de l'art. 123c Cst. féd.) ch. 5.2.1 s. (<http://www.bj.admin.ch> > Sécurité > Projets législatifs en cours > Interdiction professionnelle).

113 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, La relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2119.

œuvre conforme au droit international de la nouvelle disposition constitutionnelle n'est pas possible¹¹⁴. Le Conseil fédéral émet néanmoins deux réserves: certains traités internationaux ne peuvent pas être dénoncés en raison d'un empêchement juridique¹¹⁵ ou parce qu'une dénonciation n'est politiquement¹¹⁶ ou économiquement pas envisageable¹¹⁷.

La doctrine a précisé ces conditions¹¹⁸. Avant d'y revenir, il y a lieu de souligner que la majorité des auteurs excluent tout automatisme selon lequel une obligation de dénoncer un traité se déduirait de l'adoption d'une initiative contraire au droit international¹¹⁹.

a. L'obligation de dénonciation déduite de la disposition constitutionnelle

Selon le Conseil fédéral, une dénonciation du/des traité(s) litigieux se justifie si l'initiative vise manifestement à s'écarter des obligations internationales de la Suisse ou si une mise en œuvre conforme au droit international de la nouvelle disposition constitutionnelle n'est pas possible.

114 A cet égard, il y a lieu de relever que le Conseil fédéral évoque la possibilité pour les autorités de mettre en œuvre une nouvelle disposition constitutionnelle de manière conforme au droit international, «même si, ce faisant, les intentions de leurs auteurs [ne sont] pas entièrement respectées», Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, La relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2119.

115 Le Conseil fédéral vise les Pactes des Nations-Unies, qui ne contiennent pas de clause expresse de dénonciation, Message du 30 janvier 1991 sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, FF 1991 I 1129, 1147. Ce critère est critiqué par *Robert Baumann*, *Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision*, ZBI 108/2007, p. 209; *Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer*, *Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung*, ZBI 109/2008, p. 147 s.

116 Le Conseil fédéral mentionne ici le traité OMC, la CEDH et le Pacte II des Nations-Unies, Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, La relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2119.

117 Message concernant la modification du Code pénal et du Code pénal militaire (Mise en œuvre de l'art. 123c Cst.), ch. 1.2.4 (<http://www.bj.admin.ch> > Sécurité > Projets législatifs en cours > Interdiction professionnelle).

118 Principalement *Blum/Naegeli/Peters* (note 109), p. 553 ss; *Lammers* (note 1), p. 189 ss; *Nobs* (note 3), p. 355 ss.

119 Notamment *Blum/Naegeli/Peters* (note 109), p. 553; *Bernhard Ehrenzeller/Gabriel Gertsch*, in: *Ehrenzeller et al.* (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 51 ad art. 139 Cst. féd.; *Astrid Epiney/Stefan Diezig*, in: *Waldmann/Belser/Epiney* (édit.), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle 2015, N 43 ad art. 139 Cst. féd.; *Künzli* (note 24), p. 68; *Nobs* (note 3), p. 356; *Markus Schefer/Alexandra Zimmermann*, *Materielle Schranken der Verfassungsgebung*, LeGes 2011, p. 354 s.; *Guillaume Lammers*, *Initiative «Le droit suisse au lieu des juges étrangers» – Les incohérences de l'initiative pour l'autodétermination, foraus-Policy Brief*, mai 2016, p. 7. A noter que la voie de la dénonciation est exclue s'agissant des normes coutumières ou des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, *Sévrine Knuchel*, *Initiatives populaires et droit international: quelques réflexions sur le chiffre IV de l'initiative populaire fédérale «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»*, Jusletter du 11 novembre 2013, N 18.

Blum/Naegeli/Peters considèrent à cet égard qu'admettre trop largement qu'un mandat de dénonciation se déduit d'une nouvelle disposition constitutionnelle récemment adoptée reviendrait à violer la liberté de vote au sens de l'art. 34 al. 2 Cst. féd.¹²⁰.

A notre sens, un tel constat ne peut se déduire de la liberté de vote. De même que l'art. 34 al. 2 Cst. féd. ne permet pas d'examiner la validité de l'acte visant à mettre en œuvre la nouvelle disposition constitutionnelle en reprochant au législateur «d'avoir violé la volonté du constituant ou celle des auteurs du projet d'article constitutionnel»¹²¹, il ne permet pas non plus de remettre en cause un mandat de dénonciation déduit de la nouvelle disposition constitutionnelle après son adoption. A l'instar de la législation de mise en œuvre d'une disposition constitutionnelle, le mandat de dénonciation d'un traité «n'a matériellement aucun rapport direct avec» une votation¹²².

Il n'en demeure pas moins que la voie de la dénonciation ne doit pas être admise trop largement¹²³. C'est au regard des règles usuelles d'interprétation¹²⁴ qu'il y a lieu d'examiner si l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition constitutionnelle implique l'adoption d'un mandat de dénonciation. Plus particulièrement, la voie de la dénonciation ne devrait s'imposer que dans les cas où le principe d'interprétation conforme au droit international n'aura pas permis de résoudre le conflit et où la voie de la dénonciation pourra se déduire – en tous les cas implicitement – de la disposition constitutionnelle¹²⁵. Contrairement au Conseil fédéral¹²⁶, nous sommes d'avis que ces deux conditions sont cumulatives¹²⁷.

De manière à éviter toute ambiguïté et simplifier le processus d'interprétation, un comité d'initiative pourrait être tenté de prévoir expressément la dénonciation du/des traité(s) problématique(s). Une telle clause risque cependant de poser problème au regard de l'exigence de l'unité de la matière (art. 139 al. 3 Cst. féd. et 75 al. 2 LDP)¹²⁸. En effet, si le champ d'application du traité litigieux est bien plus vaste

120 *Blum/Naegeli/Peters* (note 109), p. 556.

121 Voir ATF 136 I 241 c. 1.1.2 s'agissant d'une loi cantonale.

122 ATF 136 I 241 c. 1.1.2. Voir également *Pierre Tschannen*, in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle 2015, N 10 ad art. 34 Cst. féd.

123 Cf. *supra* note 119.

124 Cf. *supra* chap. II.1.

125 *Ehrenzeller/Gertsch* (note 119), N 51; *Epiney/Diezig* (note 119), N 41 ss; *Lammers* (note 1), p. 191; *Nobs* (note 3), p. 356. Selon *Schefer/Zimmermann* (note 119) «verlangt eine Volksinitiative nicht ausdrücklich die Kündigung eines Vertrags, kann darin nur dann eine solche Aufforderung erblickt werden, wenn die Initiative gegen dessen Sinn und Zweck verstösst», p. 355.

126 Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, La relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2119: «S'il est manifeste que l'initiative a pour objectif même de déroger au droit international non impératif, ou si la nouvelle disposition constitutionnelle ne se prête pas à une mise en œuvre conforme, le Conseil fédéral considère traditionnellement que son acceptation par le peuple et les cantons doit être comprise comme une obligation de dénoncer les engagements internationaux faisant obstacle à sa réalisation.»

127 *Kiener/Krüsi* (note 20), p. 249; *Künzli* (note 24), p. 67 s.

128 *Blum/Naegeli/Peters* (note 109), p. 556. Contra: *Kiener/Krüsi* (note 20), p. 250.

que celui de la nouvelle disposition constitutionnelle, l'initiative devra être déclarée invalide, faute de liens suffisamment intrinsèques entre les deux objets. Tel aurait par exemple été le cas d'initiatives qui auraient non seulement visé l'interdiction de la construction de minarets ou le renvoi des criminels dangereux, mais également la dénonciation de la CEDH¹²⁹. Une telle interprétation semble d'autant plus justifiée eu égard aux conclusions de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats selon lesquelles l'Assemblée fédérale devrait procéder à une évaluation plus stricte du principe de l'unité de la matière, dont le but est de permettre l'expression fidèle et sûre de la volonté des citoyens au sens de l'art. 34 al. 2 Cst. féd. Selon elle, «les votants ne devraient pas être contraints de se prononcer par «oui» ou par «non» sur des projets contenant plusieurs objectifs entre lesquels il n'existe pas de rapport intrinsèque et sur lesquels il est tout à fait possible d'avoir des avis différents»¹³⁰. La Commission juge en effet qu'il est faux de justifier une application limitée de l'exigence de l'unité de la matière par l'argument *in dubio pro populo*; une telle pratique est en effet plus favorable aux initiants qu'aux citoyens, qui sont amenés à répondre de manière simplificatrice à des questions sans liens intrinsèques¹³¹.

Par analogie, le principe de l'unité de la matière devra également jouer un rôle dans le cadre de l'interprétation du Conseil fédéral, en ce sens qu'un mandat implicite de dénoncer un traité international ne devrait pouvoir se déduire de l'acceptation d'une initiative que si son champ d'application correspond à celui de la nouvelle disposition constitutionnelle¹³². A titre d'exemples, déduire des initiatives «contre la construction de minarets» ou «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» un mandat de dénonciation de la CEDH ne se serait pas justifié dans la mesure où les art. 72 al. 3 et 121 al. 3–6 Cst. féd. ne visent qu'un aspect limité des droits garantis par ce traité¹³³. En d'autres termes, un mandat implicite de dénonciation ne devrait pouvoir être déduit d'une nouvelle disposition constitutionnelle que lorsque le champ d'application de cette dernière correspond à celui du traité et qu'un tel mandat ressort clairement de la disposition constitutionnelle¹³⁴.

Certains comités d'initiative ont tenté d'anticiper les difficultés examinées ci-dessus en prévoyant une clause générale visant expressément la dénonciation

129 *Blum/Naegeli/Peters* (note 109), p. 557.

130 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 6485, 6507.

131 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 6485, 6507.

132 *Blum/Naegeli/Peters* (note 109), p. 557; *Kiener/Krüsi* (note 20), p. 249 s.; *Künzli* (note 24), p. 68 s.; *Lammers* (note 1), p. 191.

133 *Blum/Naegeli/Peters* (note 109), p. 557; *Lammers* (note 1), p. 191; *Schefer/Zimmermann* (note 119), p. 354.

134 *Blum/Naegeli/Peters* (note 109), p. 557 et les références citées.

des traités litigieux, sans les nommer expressément¹³⁵. De telles clauses générales ne devraient pas, en tant que telles, poser de problèmes au regard de l'exigence de l'unité de la matière dans la mesure où elles sont formulées de façon suffisamment large pour permettre une interprétation conforme à ladite exigence¹³⁶. Leur mise en œuvre devra toutefois se faire en conformité aux règles d'interprétation de la Constitution fédérale. Aussi, pour les raisons évoquées ci-dessus, le Conseil fédéral devra-t-il se limiter à la dénonciation des seuls traités dont le champ d'application correspond à celui de la nouvelle disposition constitutionnelle.

En définitive, le fait de déduire ou non un mandat de dénonciation d'une disposition constitutionnelle dépendra de la disposition en question et de son interprétation. Il faut cependant garder à l'esprit que l'adoption d'un tel mandat se fera à l'issue d'un processus politique qui pourra être influencé par différents paramètres. S'il ne fait pas de doute que le Conseil fédéral aura pour but d'opter pour une mise en œuvre au plus proche de la disposition constitutionnelle, aucune voie n'est cependant ouverte pour le sanctionner s'il ne se conforme finalement pas à cet objectif: à cet égard, si le Conseil fédéral déduit à tort un mandat de dénonciation de la disposition constitutionnelle, seule la procédure d'approbation et éventuellement la tenue d'un référendum seront susceptibles d'éviter une telle issue¹³⁷. Le Parlement pourra quant à lui charger le Conseil fédéral d'engager une procédure de dénonciation par le biais d'une motion¹³⁸, mais ce dernier ne risque aucune conséquence – hormis politique – s'il n'y donne finalement pas suite¹³⁹.

135 Pour des exemples, cf. *Lammers* (note 1), p. 233 notes 1543 et 1544. Voir également les initiatives populaires «Halte à la surpopulation – Oui à la préservation durable des ressources naturelles», FF 2013 7783, et «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)», FF 2015 1831.

136 Voir à titre d'exemple l'initiative populaire «Halte à la surpopulation – Oui à la préservation durable des ressources naturelles», FF 2013 7783, qui contenait une clause générale de dénonciation et qui a été jugée valide par l'Assemblée fédérale (pour rappel, elle a été refusée par le peuple et les cantons le 30 novembre 2014).

137 La dénonciation de traités importants devant à notre sens être approuvée par le Parlement et soumise au référendum. Pour une analyse détaillée de la question, voir *Blum/Naegeli/Peters* (note 109), p. 527. Voir également *Astrid Epiney*, in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle 2015, N 15 ad art. 166 Cst. féd. et les références citées; *Lammers* (note 1), p. 129; *Daniel Thürer/Olivier Diggelmann*, in: Ehrenzeller et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 30 ad art. 140 al. 1 let. b Cst. féd.; *Daniel Thürer/Franziska Isliker*, in: Ehrenzeller et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 57 ad art. 166 Cst. féd.

138 Une motion sera toutefois uniquement possible si la procédure de dénonciation du traité litigieux implique une participation du Parlement, *Blum/Naegeli/Peters* (note 109), p. 552.

139 Du point de vue international, seul le Conseil fédéral est en effet compétent pour décider d'une dénonciation, *Blum/Naegeli/Peters* (note 109), p. 552.

b. Les traités dénonçables

Pour le surplus, même dans le cas où les conditions évoquées ci-dessus sont respectées, une dénonciation n'est pas envisageable si les traités litigieux ne contiennent pas de clauses de dénonciation, ce qui constitue un cas d'impossibilité juridique¹⁴⁰. Tel est par exemple le cas des Pactes ONU I et II¹⁴¹.

Il en va par ailleurs de même des traités dont l'importance politique ou économique est telle qu'une dénonciation devient impossible – cas d'impossibilité factuelle¹⁴². Le Conseil fédéral a jugé que tel était le cas de la CEDH et de l'Accord OMC¹⁴³, et la doctrine considère qu'une dénonciation des accords bilatéraux conclus avec l'UE serait extrêmement préjudiciable pour la Suisse¹⁴⁴. A notre sens, une telle analyse est susceptible de se justifier au regard des études scientifiques rendues sur les conséquences politiques et économiques d'une dénonciation des accords bilatéraux¹⁴⁵, mais également à l'aune de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

140 A moins qu'une dénonciation unilatérale puisse être admise au regard de la volonté des parties ou de la nature du traité (art. 56 CV), *Knuchel* (note 119), N 18; *Lammers* (note 1), p. 189 s. Critique: *Keller/Lanter/Fischer* (note 115), p. 147 ss.

141 Voir néanmoins l'art. 56 CV, *Stéphane Grodecki*, La démocratie directe en Suisse au XXI^e siècle: une évolution nécessaire, RDS 2013 II, p. 137; *Knuchel* (note 119), N 18; *Lammers* (note 1), p. 190.

142 Cf. notes 116 et 117. Voir également *Lammers* (note 1), p. 190 et les références citées.

143 Message concernant l'initiative populaire «Pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux!)», FF 2004 3077, 3086, où le Conseil fédéral juge que la dénonciation du traité OMC, de la CEDH ou du Pacte ONU II n'est pas une option réaliste. Voir également Message du 24 juin 2009 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» et la modification de la loi fédérale sur les étrangers du 24 juin 2009 4571, 4581 note 16. Voir également *Andreas Auer/Bénédicte Tornay*, Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative «Pour des naturalisations démocratiques», PJA 2007, p. 743 s.; *Knuchel* (note 119), N 18; *Lammers* (note 1), p. 190.

144 Dans ce sens, notamment *Lammers* (note 1), p. 190; *Künzli* (note 24), p. 68. Ce nonobstant, le Conseil fédéral a relevé dans son message que – contrairement au texte des art. 121a et 197 ch. 11 Cst. féd. – l'acceptation de l'initiative «Contre l'immigration de masse» devait, faute d'accord avec l'Union européenne, entraîner la dénonciation de l'ALCP, Message du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», FF 2012 279, 330. Plus récemment, le Conseil fédéral s'est référé à l'ATF 142 II 35 pour juger que «si le Parlement adoptait le projet incluant la clause de sauvegarde unilatérale, celle-ci ne pourrait s'appliquer dans un cas concret que si la Suisse dénonçait l'ALCP», Message du 4 mars 2016 relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2016 2835, 2837.

145 Dans son message relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers, le Conseil fédéral souligne que «deux études scientifiques sur les conséquences économiques de cette extinction révèlent que le produit intérieur brut cumulé jusqu'en 2035 serait de 460 à 630 milliards de francs inférieur à ce qu'il serait en maintenant le statu quo. En d'autres termes, l'annulation des accords bilatéraux I coûterait, en moins de 20 ans, grosso modo l'équivalent d'un «revenu annuel» actuel de l'économie suisse. Il faudrait en outre escompter d'autres effets négatifs du fait de la baisse de l'attrait de la place économique et de l'incertitude entourant les relations de la Suisse avec son principal partenaire commercial», Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers (Gestion de l'immigration et amélioration de la mise en œuvre des accords sur la libre circulation des personnes) et les références citées en note 11 (<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).

déral. Il semble en effet possible de déduire de la jurisprudence récente de notre Haute Cour – qui accorde la primauté tant aux droits de l’homme¹⁴⁶ qu’à l’ALCP¹⁴⁷ – que le Tribunal fédéral «rejette aussi implicitement le courant doctrinal qui estime que l’adoption d’une initiative populaire doit conduire les autorités helvétiques à dénoncer le traité concerné»¹⁴⁸ ou en tous les cas les traités protégeant les droits de l’homme et l’ALCP. Relevons par ailleurs qu’au regard des principes développés ci-dessus¹⁴⁹, une dénonciation de l’ALCP ne devrait que difficilement pouvoir se déduire de l’acceptation d’une initiative, dans la mesure où la dénonciation de l’ALCP s’étendra par ricochet à l’ensemble des bilatérales I (en vertu de la clause guillotine de l’art. 25 al. 4 ALCP) et dépassera dès lors largement l’objectif – et par là même le champ d’application – de la nouvelle disposition constitutionnelle.

Au final, eu égard aux conditions relevées préalablement, la dénonciation d’un traité en tant que conséquence de l’acceptation d’une initiative populaire ne devrait intervenir que dans de très rares cas¹⁵⁰, lorsqu’elle s’avère indissociable de l’adoption de la nouvelle disposition constitutionnelle¹⁵¹. Fort de ce constat, le Conseil fédéral devrait-il privilégier la voie de la renégociation des traités litigieux?

2. L’acceptation d’une initiative contraire au droit international constitue-t-elle un mandat de renégociation?

On l’a vu, le Conseil fédéral a également évoqué la possibilité de négocier une modification des traités litigieux lorsqu’une initiative populaire présentait des problèmes de compatibilité avec le droit international¹⁵².

Du point de vue interne, à l’instar de la dénonciation, un mandat de négociation ne peut se déduire de la nouvelle disposition constitutionnelle que si son interprétation le permet¹⁵³. Le principe de l’unité de la matière¹⁵⁴ ne posera en revanche aucune difficulté, dans la mesure où la renégociation ne visera que les dispositions litigieuses du traité et présentera donc un lien suffisamment intrinsèque avec la nouvelle disposition constitutionnelle.

146 ATF 125 II 417 c. 4 (confirmé notamment par les ATF 130 I 388 c. 5.2; 131 II 352 c. 1.3.1 et 139 I 16 c. 5.1).

147 ATF 142 II 35 c. 3.

148 *Grodecki* (note 141), p. 131.

149 Cf. *supra* chap. III.1.a.

150 Dans le même sens, *Tschumi/Schindler* (note 22), N 94; *Künzli* (note 24), p. 69.

151 En ce sens, le projet d’art. 56a al. 2 Cst. féd. prévu par l’initiative populaire «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l’autodétermination)» s’avère problématique, car il tend à ériger en règle ce qui devrait rester une exception, cf. dans ce sens *Lammers* (note 119), p. 6 s.

152 *Lammers* (note 1), p. 187 note 1272.

153 Cf. *supra* chap. III.1.a.

154 Qui, pour rappel, joue un rôle lors de l’interprétation de la nouvelle disposition constitutionnelle, cf. chap. III.1.a.

Du point de vue international en revanche, l'amendement d'un traité (cf. art. 39 ss de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités¹⁵⁵) paraît cependant difficilement envisageable, «voire impossible, concernant les traités liant un grand nombre de parties, en l'occurrence la CEDH et, surtout, les Pactes ONU I et II ainsi que les Accords OMC»¹⁵⁶. S'agissant des réserves, elles ne sont susceptibles d'être formulées que lors de l'adhésion (art. 19 CV), et le fait pour un Etat de dénoncer un traité pour y adhérer à nouveau en émettant des réserves est qualifié d'abusif¹⁵⁷.

En définitive, la voie de la renégociation ne devrait pouvoir être envisagée qu'à l'égard des traités bilatéraux, mais la doctrine considère que, dans la majorité des cas, elle n'est pas non plus adaptée¹⁵⁸. Le cas de l'initiative «Contre l'immigration de masse» en représente un bon exemple. De manière à remplir son obligation déduite de l'art. 197 ch. 11 al. 1 Cst. féd.¹⁵⁹, le Conseil fédéral a commencé par adopter un mandat de négociation de l'ALCP avec l'UE¹⁶⁰. Cette dernière ayant cependant immédiatement rappelé que le principe de libre circulation n'est pas négociable¹⁶¹, le Conseil fédéral a finalement abandonné la voie de la renégociation et a privilégié une «solution à l'amiable» visant à proposer une «interprétation commune» extensive de l'art. 14 al. 2 ALCP¹⁶².

Cet exemple soulève logiquement la question des suites à donner à un éventuel échec des renégociations. A cet égard, il y a lieu de relever que, au vu des conditions mentionnées préalablement, le mandat de renégociation ne devrait pas pouvoir être modifié en mandat de dénonciation, faute d'indications en ce sens dans la disposition constitutionnelle¹⁶³.

155 CV; RS 0.111.

156 *Lammers* (note 1), p. 187 s.; *Künzli* (note 24), p. 68.

157 ATF 118 IA 473 c. 7c/bb; *Künzli* (note 24), p. 68; *Lammers* (note 1), p. 188.

158 *Lammers* (note 1), p. 188; *Nobs* (note 3), p. 357.

159 Selon lequel «les traités internationaux contraires à l'art. 121a doivent être renégociés et adaptés dans un délai de trois ans à compter de l'acceptation dudit article par le peuple et les cantons».

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

161 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.

162 Le Conseil fédéral a par ailleurs prévu en parallèle – dans le cas où l'UE devait s'opposer à une telle interprétation – la possibilité pour la Suisse d'appliquer de manière unilatérale un seuil d'immigration pour les ressortissants UE/AELE, Communiqué de presse du Conseil fédéral du 21 décembre 2015, disponible sur internet: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html> > Documentation > Communiqués; Message du 4 mars 2016 relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2016 2835, 2837.

163 S'agissant de l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», le Conseil fédéral a examiné les conséquences d'un échec de la solution à l'amiable: il a relevé que «si le Parlement adoptait le projet incluant la clause de sauvegarde unilatérale, celle-ci ne pourrait s'appliquer

Dans le cas où toute mise en œuvre devait s'avérer impossible, il relèvera alors de la responsabilité politique du Conseil fédéral au sens de l'art. 174 Cst. féd. de proposer une modification de la Constitution fédérale¹⁶⁴.

3. Synthèse

Lorsqu'il doit se positionner sur une initiative populaire soulevant des problèmes de compatibilité avec le droit international, le Conseil fédéral évoque presque systématiquement la voie de la dénonciation, parfois celle de la renégociation. Or, à ce jour, aucun traité n'a été dénoncé ou renégocié à la suite de l'acceptation d'une initiative. Comme évoqué, une telle pratique se justifie, du point de vue interne, au regard des principes applicables à l'interprétation d'une disposition constitutionnelle ainsi que de l'exigence de l'unité de la matière et, du point de vue international, en raison de l'impossibilité juridique, voire politique, de dénoncer ou de renégocier un traité. Cela étant, l'information du Conseil fédéral donnée aux citoyens selon laquelle la problématique liée à l'acceptation d'une initiative contraire au droit international¹⁶⁵ doit être réglée par le biais d'une dénonciation – voire d'une renégociation – du traité litigieux paraît problématique dans la mesure où elle ne reflète pas la réalité. A cet égard, il y a lieu de rappeler que si le Conseil fédéral est soumis à un devoir d'information complet et objectif (art. 11 al. 2 LDP), il doit cependant faire preuve de retenue et respecter les principes d'exhaustivité, d'objectivité, de transparence et de proportionnalité (art. 10a al. 2 LDP)¹⁶⁶.

A notre sens, de manière à garantir une information complète des citoyens, il s'agirait dès lors d'élargir le devoir d'information du Conseil fédéral en ce sens que les art. 10a et 11 LDP devraient prévoir que le Conseil fédéral doit procéder à une analyse complète et détaillée des conséquences possibles de l'acceptation d'une initiative soulevant des problèmes de compatibilité avec le droit international¹⁶⁷. Il lui appartiendrait notamment d'évoquer le risque que le législateur soit amené à se distancer du texte même de la nouvelle disposition constitutionnelle, de manière à proposer une mise en œuvre conforme aux obligations internationales liant la Suisse, et qu'à défaut, l'adoption d'une législation de mise en œuvre sera suscep-

dans un cas concret que si la Suisse dénonçait l'ALCP». Il a également examiné les éventuelles réactions de l'UE dans le cas où la Suisse déciderait d'adopter une clause unilatérale et ne dénonçait pas l'ALCP, Message du 4 mars 2016 relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2016 2835, 2852.

164 *Ehrenzeller* (note 8), N 73 et les références citées.

165 Ce qui implique que la voie de l'interprétation conforme n'est pas réalisable.

166 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.; arrêt du TF du 24 août 2015 1C_63/2015 c. 3.1; ATF 140 I 138 c. 5.1.

167 Sur ce point, voir *Boillet* (note 50), p. 122 ss et 127 ss et les références citées.

tible de rester sans effets, au vu des règles de conflit rappelées dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral¹⁶⁸.

4. Les initiatives visant le rang hiérarchique des traités

On l'a vu, les outils à disposition des autorités de mise en œuvre (interprétation conforme au droit international, renégociation/dénonciation du traité litigieux) n'étant parfois pas suffisants pour éviter la survenance de conflits entre le droit interne et le droit international, c'est au final aux tribunaux qu'il appartient de trancher. A cet égard, nous avons vu que la jurisprudence était favorable au droit international¹⁶⁹. Fort de ce constat, un comité d'initiative pourrait être tenté de réglementer expressément le rang hiérarchique des traités dans la Constitution fédérale. Tel est l'objectif du Comité d'initiative «Le droit suisse au lieu des juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)»¹⁷⁰: selon sa proposition, l'art. 5 al. 4 Cst. féd. consacrerait la primauté de la Constitution fédérale, sous réserve des règles impératives du droit international, et l'art. 190 Cst. féd. sera précisé en ce sens que seuls les traités internationaux «dont l'arrêt d'approbation a été sujet ou soumis au référendum» devront être appliqués par le Tribunal fédéral et les autorités¹⁷¹.

S'il ne fait pas de doute qu'une telle proposition doit être condamnée – la Suisse devant respecter ses obligations internationales¹⁷² –, il y a néanmoins lieu de relever qu'elle ne devrait pas être en mesure de produire les effets escomptés¹⁷³. S'agissant en premier lieu de la révision de l'art. 5 al. 4 Cst. féd., elle ne vise qu'à consacrer la primauté de la Constitution fédérale. Or les dispositions constitutionnelles problématiques au regard du droit international sont, dans la majorité des cas, dépourvues de caractère directement applicables¹⁷⁴ et nécessitent dès lors d'être mises en œuvre dans le cadre d'une procédure législative¹⁷⁵. A cet égard, la proposition de modification de l'art. 190 ne précise pas le rapport hiérarchique entre les

168 A cet égard, s'il n'est pour l'heure pas possible d'admettre un abandon de la pratique *Schubert*, il n'en demeure pas moins que la primauté des normes internationales visant à protéger les droits de l'homme ainsi que de l'ALCP a été expressément admise par le Tribunal fédéral, cf. ATF 125 II 417 c. 4 (confirmé notamment par les ATF 130 I 388 c. 5.2; 131 II 352 c. 1.3.1; 139 I 16 c. 5.1) et, concernant l'ALCP, ATF 133 V 367 c. 11.4 et ATF 142 II 35 c. 3.2 s.; pour une analyse de ce dernier arrêt, cf. *Epiney* (note 30).

169 Cf. *supra* note 168.

170 Pour une analyse de cette initiative, cf. *Lammers* (note 119); *Nagihan Musliu*, Schweizer Recht statt fremder Richter?: eine Analyse zur möglichen Umsetzungsproblematik bei Annahme der Selbstbestimmungsinitiative, in: Laura Marschner/Patrice Martin Zumsteg (édit.), Risiko und Verantwortlichkeit, Zürich 2016, p. 45 ss.

171 S'agissant des nouveaux art. 56a et 197 ch. 12 Cst. féd., cf. *Lammers* (note 119), p. 6 ss; *Musliu* (note 170), p. 55 ss.

172 Cf. art. 26 et 27 CV.

173 Dans le même sens, *Glaser/Brunner* (note 30), N 49; *Musliu* (note 170), p. 52 ss.

174 Pour des exemples récents, cf. ATF 139 I 16 c. 4.3; 142 II 35 c. 3.2 s. Voir également *Musliu* (note 170), p. 52 s.

175 Cf. *supra* chap. II.

lois fédérales et le droit international. Elle se contente d'ajouter le critère du référendum. S'il est clair que les auteurs ont ainsi voulu viser la CEDH – qui n'a pas été soumise au référendum¹⁷⁶ –, il n'en demeure pas moins que le nouvel art. 190 ne suffira pas pour garantir la primauté des lois fédérales face à la CEDH. Le Tribunal fédéral a en effet rappelé dans un arrêt récent que le principe de la primauté du droit international tire également son fondement du droit international lui-même: notre Haute Cour s'est non seulement référée aux art. 26 et 27 CV, mais également au droit coutumier – qui consacrent tous deux le principe de la bonne foi et l'interdiction pour les Etats d'invoquer leur droit interne afin de justifier la non-exécution d'un traité international¹⁷⁷. A cet égard, on peut d'ailleurs rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de contrôler la validité de certaines dispositions constitutionnelles consacrées dans d'autres Etats membres¹⁷⁸ et qu'une condamnation de la Suisse peut avoir pour conséquence de contraindre ses autorités à modifier une pratique, une législation de mise en œuvre, voire une disposition constitutionnelle¹⁷⁹.

Pour conclure, il y a encore lieu de rappeler que la résiliation d'un traité international ne délie par un Etat de son obligation de «remplir toute obligation énoncée dans le traité à laquelle il est soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité» (art. 43 CV), soit des obligations déduites du noyau dur des droits fondamentaux que la Suisse, en tant que membre de l'ONU et partie à différents traités non-dénonçables, s'est engagée à respecter¹⁸⁰.

IV. Conclusion

Ces dernières années, un nombre toujours croissant d'initiatives a été soumis au vote du peuple et des cantons. En juin 2016, trois initiatives étaient prêtes à passer en votation, onze se trouvaient en suspens devant le Parlement ou le Conseil fédéral et neuf en étaient au stade de la récolte des signatures.

176 Müller/Thürer relèvent à cet égard le manque de précision de l'initiative qui se contente de viser la CEDH, mais omet le Pacte ONU sur les droits politiques et les protocoles à la CEDH qui ont été soumis au référendum, Jörg Paul Müller/Daniel Thürer, *Landesrecht vor Völkerrecht? Grenzen einer Systemänderung*, RDS 2015 I, p. 14; voir également Lammers (note 119), p. 4; Musliu (note 170), p. 60.

177 ATF 142 II 35 c. 3.2 et les références citées. Dans le même sens, Glaser/Brunner (note 30), N 49.

178 Voir notamment arrêt de la CourEDH du 29 octobre 1992, *Open Door Well Woman c. Irlande*, n° 14234/88; 14235/88, série A, n° 246-A; arrêt de la CourEDH (GC) du 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, n° 19392/92, Rec. 1998-1, § 30; Auer/Tornay (note 143), p. 745 s.; Maya Hertig Randall, *L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives*, RDS 2010 II, p. 253; Kley (note 110), N 36; Giorgio Malinverni, *L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant*, RDS 1998 II, p. 40.

179 Auer/Tornay (note 143), p. 745 s.; Keller/Lanter/Fischer (note 115), p. 140.

180 Müller/Thürer (note 176), p. 17 s.

Dans le cas où ces initiatives seraient acceptées, la grande majorité des nouvelles dispositions constitutionnelles qu'elles prévoient devraient être mises en œuvre, faute de caractère directement applicable. Or on l'a vu, cette mise en œuvre soulève des difficultés tant au niveau national qu'international.

Si les comités d'initiative redoublent d'ingéniosité pour garantir une mise en œuvre rapide et effective de leurs propositions (grande densité normative, délai à respecter, ordonnance provisoire, etc.) – au risque de nuire à la séparation des pouvoirs et à l'indépendance du législateur, notamment –, le processus de mise en œuvre se heurte néanmoins à différents garde-fous (tels que les art. 5 al. 4 et 190 Cst. féd.).

En définitive, dès lors qu'une révision du droit d'initiative n'est pas d'actualité¹⁸¹ – la classe politique ne semblant toujours pas mûre pour amorcer un tel processus –, il y a lieu de saluer la jurisprudence du Tribunal fédéral qui applique avec rigueur les différents *principes d'interprétation* spécifiques des normes constitutionnelles et permet ainsi de garantir l'harmonie de notre système juridique¹⁸².

Au final, il paraît donc erroné de considérer que le Tribunal fédéral a estimé que «[d]er Volkswille spielt keine Rolle» en jugeant que «[d]as Freizügigkeitsabkommen geht der Zuwanderungsinitiative vor»¹⁸³. Notre Haute Cour s'est en effet contentée de procéder à l'interprétation d'une nouvelle disposition constitutionnelle à l'aune des différents principes prévus par la Constitution fédérale et de souligner les limites auxquelles la procédure de mise en œuvre est confrontée.

Il pourrait s'avérer judicieux de rappeler ces limites aux citoyens, de manière à éviter la naissance d'un sentiment de méfiance face aux institutions et garantir par la même la liberté de vote.

181 Pour des nouvelles propositions, cf. *Georg Kreis* (édit.), *Reformbedürftige Volksinitiative*, Zurich 2016.

182 Cf. ATF 139 I 16 et ATF 142 II 35.

183 Cf. *Katharina Fontana*, Bundesgericht: Der Volkswille spielt keine Rolle – Das Freizügigkeitsabkommen geht der Zuwanderungsinitiative vor, NZZ du 30 janvier 2016.