

Astrid Epiney / Emilie M. Praz (traduction)

Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121 a, Art. 197 Ziff. 11 BV – ausgewählte Aspekte

La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst. – aspects choisis

2014

Cahiers fribourgeois de droit européen no 17
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 17

Astrid Epiney / Emilie M. Praz (traduction)

**Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121 a, Art. 197 Ziff. 11
BV – ausgewählte Aspekte**

**La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst. –
aspects choisis**

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

Editeur / Herausgeber

Institut de droit européen / Institut für Europarecht
Avenue de Beauregard 11
CH-1700 Fribourg

euroinstitut@unifr.ch

www.unifr.ch/ius/euroinstitut

Oktober 2014

Copyright chez l'auteur / beim Autor

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

Inhaltsverzeichnis / Table des matières

A. Einleitung und Problemstellung	5
B. Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV – Überblick und Argumentation vor und nach der Abstimmung	7
C. Zur Tragweite des Art. 121a Abs. 4 – unter besonderer Berücksichtigung der Unterzeichnung und Ratifikation des Protokolls zur Erweiterung des FZA auf Kroatien	11
I. Reichweite des Art. 121a Abs. 4	11
II. Zu den erfassten völkerrechtlichen Verträgen	14
III. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV	16
D. Zur Möglichkeit der Umsetzung des Art. 121a BV unter Beachtung des Personenfreizügigkeitsabkommens	18
I. Zur Auslegung von im Zuge von Volksinitiativen eingeführten Verfassungsbestimmungen	19
II. Zu den relevanten Vorgaben des Personenfreizügigkeits-abkommens Schweiz – EU: eine Skizze	21
1. Das Freizügigkeitsabkommen: Überblick und Charakteristika	21
2. Insbesondere: Aufenthaltsrechte und Diskriminierungsverbot	25
a) Aufenthaltsrechte für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger und ihre Familienangehörigen	25
b) Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit	29
3. Fazit	31
III. Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a Abs. 1-3 BV im Lichte des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU	32
1. Zur Ausgestaltung der „Kontingente“ und „Höchstzahlen“ im Sinne des Art. 121a Abs. 2, 3 BV	32
2. Zu möglichen Varianten der Umsetzung des Art. 121a BV	37
a) Mehrjahresziele und Massnahmenpläne	37
b) Jährliche oder mehrjährige Richtwerte und Ausschöpfen des Handlungsspielraums	38
c) „Flankierende Massnahmen“ mit Wirkungsprüfung	38
d) Fixe (jährliche) Kontingente mit Anwendungseinschränkungen	39
e) Fixe (jährliche) Kontingente mit Erhöhungsmöglichkeit	39
E. Zusammenfassende Thesen und Schlussbetrachtung	40
I. Zusammenfassung	40
II. Schlussbemerkung	41

<i>A. Introduction et problématique</i>	<i>43</i>
<i>B. Les art. 121a et 197 ch. 11 Cst. – Aperçu et argumentation avant et après la votation</i>	<i>45</i>
<i>C. La portée de l'art. 121a al. 4 Cst. – sous l'angle de la signature et de la ratification du Protocole concernant l'extension de l'ALCP à la Croatie</i>	<i>49</i>
I. La « conclusion » d'un traité international.....	49
II. Les traités internationaux concernés.....	51
III. L'applicabilité directe de l'art. 121a al. 4 Cst.....	54
<i>D. La possibilité de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. conformément à l'Accord sur la libre circulation des personnes</i>	<i>56</i>
I. L'interprétation de dispositions constitutionnelles introduites à la suite de l'acceptation d'une initiative populaire.....	57
II. Les dispositions pertinentes de l'ALCP entre la Suisse et l'UE : une esquisse	59
1. L'ALCP : aperçu et caractéristiques.....	59
2. En particulier : les droits de séjour et l'interdiction de discrimination.....	62
a) Les droits de séjour des citoyennes et des citoyens de l'UE et des membres de leur famille	63
b) L'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité	65
3. Résumé	68
III. La portée juridique de l'art. 121a al. 1 à 3 à la lumière de l'ALCP Suisse – UE68	
1. La mise en place d'un système de « contingents » et de « plafonds » au sens de l'art. 121a al. 2 et 3 Cst.	68
2. Quant aux variantes possibles de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst.	73
a) Les objectifs pluriannuels et les plans de mesures	73
b) Les valeurs limites annuelles ou pluriannuelles et l'exploitation de la marge de manœuvre.....	74
c) Les « mesures d'accompagnement » avec une évaluation des effets.....	74
d) Les contingents annuels (fixes) avec des restrictions d'application.....	75
e) Les contingents (annuels) fixes avec une possibilité d'augmentation.....	75
<i>E. Résumé et conclusion.....</i>	<i>76</i>
I. Résumé.....	76
II. Conclusion	77
<i>Literatur / Bibliographie</i>	<i>79</i>
<i>Abkürzungen / Abréviations</i>	<i>83</i>

A. Einleitung und Problemstellung

Am 9. Februar 2014 nahmen Volk und Stände die sog. „**Masseneinwanderungsinitiative**“¹ an, womit Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9² in die Bundesverfassung eingeführt wurden. Art. 121a BV ist grundsätzlich³ nicht unmittelbar anwendbar, was sich einerseits aus den insgesamt sehr offenen Formulierungen der Bestimmung, andererseits aus Art. 121a Abs. 5 BV, wonach das Gesetz die Einzelheiten regelt, ergibt.⁴

Da die neuen Verfassungsbestimmungen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einer Reihe völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz stehen, stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage nach ihrer genauen rechtlichen Tragweite bzw. nach den **Möglichkeiten ihrer Umsetzung im Einklang mit diesen völkerrechtlichen Verpflichtungen**. Daneben und letztlich im Vorfeld des Erlasses und Inkrafttretens der Umsetzungsgesetzgebung (die notwendigerweise eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen wird) stellt sich die Frage, ob und ggf. inwieweit die neuen Verfassungsbestimmungen den aussenpolitischen Handlungsspielraum der Schweiz bereits jetzt in dem Sinn beschränken, als nach Art. 121a Abs. 4 BV **keine (neuen) völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die gegen Art. 121a BV verstossen**.

Im Folgenden soll diesen Fragen – auf der Grundlage eines kurzen Überblicks über den Regelungsgehalt der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV und die (rechtliche) Argumentation von Befürwortern und Gegnern im Vorfeld der Abstimmung (B.) – im Einzelnen nachgegangen werden, wobei jedoch eine thematische Beschränkung erfolgt, so dass gerade nicht der Anspruch erhoben wird, die rechtliche Tragweite der neuen Verfassungsbestimmungen umfassend und erschöpfend zu erörtern. So geht es bei der Erörterung der Rechtswirkungen des Art. 121a Abs. 4 BV (C.) in erster Linie um die Frage, ob sich aus dieser Bestimmung eine Pflicht der Schweiz ableiten lässt, das (bereits paraphierte, jedoch noch nicht unterzeichnete) Protokoll über die Erweiterung des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU⁵ auf Kroatien⁶ nicht zu unterzeichnen und nicht zu ratifizieren. Im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Umsetzung des Art. 121a BV im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (D.) wird die – aus praktischer Sicht wohl bedeutsamste – Frage herausgegriffen, ob und ggf. auf welche Weise die Umsetzungsgesetzgebung so ausgestaltet werden könnte, dass nicht gegen das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU verstossen wird. Die wesentlichen Ergebnisse der

¹ Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“, vgl. BBl 2013 291.

² Im Initiativtext war von Art. 197 Ziff. 9 die Rede; eingeführt wurde die Übergangsbestimmung jedoch in Art. 197 Ziff. 11 BV.

³ Zu Art. 121a Abs. 4 BV noch unten C.

⁴ S. insoweit auch *Heselhaus/Hänni*, SZIER 2013, 19 (25), die in diesem Zusammenhang von „interpretationsbedürftig“ sprechen. Ebenfalls klar die unmittelbare Anwendbarkeit verneinend *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, Rn. 39.

⁵ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl 2002 L 114, 6 ff.

⁶ Vgl. Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Kroatien als Vertragspartei infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union, s. die paraphierte Version unter www.bfm.admin.ch/content/ (besucht am 10.3.2014).

Untersuchung werden schliesslich in Thesenform zusammengefasst, an die sich eine kurze Schlussbemerkung anschliesst (E.).

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein durch die Verfasserin im Auftrag des Staatsrates des Kantons Waadt erstelltes Gutachten zurück, welches im Wesentlichen auch im Jusletter vom 2. Juni 2014 veröffentlicht wurde. Inhaltlich handelt es sich aber um ein unabhängiges Gutachten: Die Verfasserin wurde ausdrücklich nicht auf eine vorgefasste Ansicht oder ein vorgegebenes Ergebnis verpflichtet, sondern um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten.

Im Einzelnen wurden die zu untersuchenden Fragen wie folgt formuliert:

„L’avis de droit traite de la portée juridique de l’article 121a et de l’article 197 ch. 9 Cst. Plus précisément, deux questions seront traitées en détail:

- a) Est-ce que l’on peut déduire de ces articles une obligation pour la Confédération de ne pas signer et de ne pas ratifier le protocole qui prévoit l’extension de l’Accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE à la Croatie?
- b) Est-ce qu’il est concevable (et si oui de quelle manière) de mettre en oeuvre l’article 121a en respectant les obligations découlant dudit Accord?

Dem Staatsrat des Kantons Waadt, insbesondere Frau Staatsrätin *Anne-Catherine Lyon*, sei an dieser Stelle für das entgegengebrachte Vertrauen und die sehr angenehme und konstruktive Zusammenarbeit gedankt.

Weiter sei den Herren Dr. *Markus Kern*, *Roland Mayer*, stellvertretender Generalsekretär der KdK, Rechtsassessor *Robert Mosters* und Dr. *Benedikt Pirker* für die Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Anregungen herzlich gedankt.

Die Originalsprache der Untersuchung ist deutsch; die französische Version stellt daher eine Übersetzung dar.

B. Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV – Überblick und Argumentation vor und nach der Abstimmung⁷

Die sog. „**Masseneinwanderungsinitiative**“ wurde vor dem Hintergrund der von den Initiantinnen und Initianten als **zu hoch erachteten „Nettozuwanderung“** von Ausländerinnen und Ausländern (unter Einschluss von Grenzgängern und Kurzaufenthaltern) in den letzten Jahren lanciert. Ihr Ziel bestand bzw. besteht erklärermassen darin, die Zuwanderung zu reduzieren, dies in erster Linie vor dem Hintergrund der mit dem Bevölkerungswachstum verbundenen (wirklichen oder vermeintlichen) Probleme, etwa in Bezug auf den Ressourcenverbrauch, einen gewissen „Lohndruck“, die Verfügbarkeit von Wohnraum, die Inanspruchnahme von Sozialleistungen und die Leistungsfähigkeit des Verkehrssystems.

Art. 121a BV (mit dem Titel „Steuerung der Zuwanderung“) besteht aus **fünf Absätzen**, die auch im Zusammenhang mit der Übergangsbestimmung des **Art. 197 Ziff. 11 BV** zu sehen sind:

- Gemäss **Art. 121a Abs. 1 BV** „steuert“ die Schweiz die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern „eigenständig“.
- **Art. 121a Abs. 2 BV** enthält einerseits den **Grundsatz der Beschränkung** der „Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz“ durch „jährliche **Höchstzahlen** und **Kontingente**“, wobei die Höchstzahlen für sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts (inklusive der Bewilligungen des Asylrechts) gelten sollen. Andererseits figuriert in diesem Absatz eine „Kann-Bestimmung“: Der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt, auf Familiennachzug und auf Sozialleistungen „kann“ beschränkt werden. Dieser letzte Satz des Art. 121a Abs. 2 BV weist keine eigenständige rechtliche Tragweite auf, da solche Beschränkungen bereits auf der Grundlage der geltenden Rechtslage ohne Weiteres möglich sind,⁸ wobei jedoch die entsprechenden völkerrechtlichen Vorgaben – die derartigen Massnahmen durchaus Grenzen setzen (so etwa Art. 8 EMRK in Bezug auf den Familiennachzug, das FZA in Bezug auf den Ausschluss von Unionsbürgern von bestimmten Sozialleistungen oder (bilaterale) Niederlassungsverträge in Bezug auf den dauerhaften Aufenthalt) – zu beachten sind.
- Nach welchen **Kriterien** die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente festzulegen sind, ist Gegenstand des **Art. 121a Abs. 3 BV**, wobei sich diese Bestimmung jedoch nur auf **erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer** bezieht: Danach haben sich die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente auf die „**gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz**“ auszurichten, dies „unter Berücksichtigung“ eines **Vorrangs für Schweizerinnen und Schweizer**; Grenzgängerinnen und Grenzgänger sind einzubeziehen. Weiter sind massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen insbesondere das Gesuch eines Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine eigenständige Existenzgrundlage.

⁷

Die nachfolgende Darstellung beruht – soweit die Skizzierung der Argumente im Vorfeld der Abstimmung betroffen ist – im Wesentlichen auf der Botschaft des Bundesrates zur Initiative vom 7.12.2012, BBl 2013 291.

⁸

S. zu dieser Bestimmung im Einzelnen *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014, Rn. 51 ff.

- Nach **Art. 121a Abs. 4 BV** dürfen keine (neuen) **völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen** werden, die **gegen diesen Artikel verstossen**. Soweit **bestehende völkerrechtliche Abkommen** betroffen sind, sieht **Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV** vor, dass Verträge, die **Art. 121a BV widersprechen**, innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten dieser Bestimmung „neu zu verhandeln und anzupassen“ sind. Die Bestimmung schweigt sich darüber aus, wie im Falle der Unmöglichkeit einer solchen Anpassung vorzugehen ist.
- Schliesslich präzisiert **Art. 121a Abs. 5 BV**, dass das **Gesetz die Einzelheiten** regelt, eine Bestimmung, die vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass **Art. 121a Abs. 1-3 BV** nicht hinreichend präzise sind, um unmittelbar anwendbar zu sein.⁹ Sollte die Ausführungsgesetzgebung zu **Art. 121a BV** nicht innerhalb von drei Jahren nach der Annahme dieser Bestimmung durch Volk und Stände in Kraft sein, so erlässt gemäss **Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV** der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg.

Schon dieser kurze Überblick¹⁰ über die neuen Verfassungsbestimmungen lässt deren **inhaltliche Offenheit und Präziserungsbedürftigkeit** erkennen, dies trotz einer auf den ersten Blick möglicherweise „glasklaren“ Verpflichtung zur Einführung eigentlicher „starrer“ Kontingente im Sinne von genau bezifferten Höchstzahlen der Zahl neuer Aufenthaltsbewilligungen für Ausländerinnen und Ausländer: So ist bereits unklar, auf welche Weise eine Ausrichtung von Kontingenten auf die „gesamtwirtschaftlichen Interessen“ der Schweiz erfolgen soll, steht doch ein „starres“ Kontingentssystem als solches in einem inneren Widerspruch zum gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz, da ihm jede Flexibilität abgeht (es sei denn, die Zahl würde insgesamt so hoch festgesetzt werden, dass sie von vornherein nie überschritten würde). Insbesondere aber ist das Verhältnis zu bestehenden völkerrechtlichen Verträgen – die nach **Art. 5 Abs. 4 BV** zu „beachten“ sind – unklar: Diese – wobei es sich hier bei weitem nicht nur um das in der vorliegenden Studie im Vordergrund stehende Personenfreizügigkeitsabkommen handelt, sondern es neben den menschenrechtlichen Verpflichtungen (insbesondere aus **Art. 3, 8 EMRK** und **Art. 33 GFK**) auch noch zahlreiche weitere Abkommen mit Freizügigkeitsaspekten gibt (etwa Niederlassungsverträge, Abkommen mit internationalen Organisationen sowie gewisse Freihandelsabkommen)¹¹ – sind zwar neu zu verhandeln und anzupassen; sollte dies jedoch nicht gelingen (insbesondere weil die Vertragspartner dies nicht wollen oder eine Anpassung nicht realistisch ist bzw. erscheint), sind sie offenbar nicht zwingend zu kündigen und bleiben damit in Kraft. Diesfalls besteht bzw. bestünde ein Zielkonflikt zwischen **Art. 121a BV** bzw. seiner Ausführungsgesetzgebung und geltenden, nach **Art. 5 Abs. 4 BV** zu beachtenden völkerrechtlichen Verträgen, und es stellt sich die Frage, wie mit dieser Situation umzugehen ist, insbesondere, ob dieser Aspekt auch bei der Auslegung des **Art. 121a BV** selbst zu berücksichtigen ist. Hierauf wird zurückzukommen sein.¹²

Im Vorfeld der Abstimmung vom 9. Februar 2014 wurden selbstredend zahlreiche **Argumente** für und gegen die Annahme der Initiative ausgetauscht. Aus rechtlicher Sicht erscheinen hier insbesondere folgende Aspekte von Bedeutung:

⁹ So auch *Heselhaus/Hänni*, SZIER 2013, 19 (33); *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, Rn. 39.

¹⁰ S. im Einzelnen noch unten D.III.

¹¹ Hierzu im Einzelnen z.B. *Vincent Chetail*, in: *Le Temps* v. 10.3.2014, der 58 Abkommen zählt, die bei einer Einführung „starrer“ Kontingente berührt sein könnten.

¹² Unten D.

- Sowohl das Initiativkomitee als auch der Bundesrat gingen vor der Abstimmung offenbar davon aus, dass die neuen Verfassungsbestimmungen eigentliche fixe Höchstzahlen für die jährliche Zuwanderung bzw. die jährliche Anzahl von Bewilligungen (unter Einschluss von Grenzgängern und Kurzeintaufenthaltern) implizieren.
- Gleichzeitig wurde und wird betont, dass die konkrete Ausgestaltung eines solchen Kontingentsystems (z.B. hinsichtlich unterschiedlicher Zulassungskategorien, der Priorisierung gewisser Personenkategorien oder der massgeblichen Zulassungskriterien) sowie die diesbezüglichen Kompetenzen nicht durch den Verfassungstext vorgegeben sind.
- Der Bundesrat betonte, die Initiative verstosse in mehreren Punkten gegen das Freizügigkeitsabkommen und sei grundsätzlich nicht mit dem Gedanken der Personenfreizügigkeit vereinbar; daher erschien es ihm nicht möglich zu sein, das Abkommen an diese Bestimmung anzupassen.¹³ Insofern überrascht auch die Feststellung des Bundesrates nicht, dass das Abkommen „mit grösster Wahrscheinlichkeit“ im Falle der Annahme der Initiative gekündigt werden müsste.¹⁴
- Das Argumentarium des Initiativkomitees¹⁵ betont u.a., dass die Schweiz ausländische Arbeitskräfte brauche und geht offenbar davon aus, dass auch auf der Grundlage des Art. 121a BV bzw. der Ausführungsgesetzgebung sichergestellt werden könne, dass die Wirtschaft (wohl unter Einschluss des öffentlichen Sektors, wie z.B. dem Gesundheitswesen) immer diejenigen Arbeitskräfte rekrutieren kann, die sie benötigt. Hierzu passt es auch, dass hervorgehoben wird, Kontingente könnten je nach Wirtschaftslage angepasst werden; die Initiative verlange „keine starren Zahlen, sondern bietet eine angebrachte Flexibilität“.¹⁶
- Soweit das Freizügigkeitsabkommen betroffen ist, betont das Initiativkomitee, dass Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV keine Kündigung des Freizügigkeitsabkommens verlange; es gehe lediglich um Neuverhandlungen. Offenbar ging bzw. geht man also davon aus, dass das Freizügigkeitsabkommen nicht gekündigt werden müsste.
- Schliesslich wurde bzw. wird allgemein angenommen, dass in Bezug auf Asylsuchende das System so ausgestaltet sein könne bzw. müsse, dass den völkerrechtlichen Verpflichtungen Rechnung getragen wird (was in einem gewissen Widerspruch zum eigentlichen Text des Art. 121a Abs. 2, 3 BV steht).

Deutlich wird damit, dass die **genaue Auslegung des Initiativtexts** bereits vor der Abstimmung insbesondere in Bezug auf die mögliche Flexibilität von Kontingenten oder Höchstzahlen durchaus nicht immer – auch nicht von Seiten der Initianten – ganz kohärent ausfiel, wurde doch einerseits jeweils auf die eigenständige Steuerung und die Notwendigkeit der Festlegung von (offenbar starr zu verstehenden) „Höchstzahlen“ in Bezug auf die (Netto-) Zuwanderung bzw. die maximal zu erteilenden Aufenthaltsbewilligungen Bezug genommen, andererseits aber auch die Möglichkeit der Flexibilität des Systems (etwa im Hinblick auf die Bedürfnisse der Wirtschaft oder die Einhaltung gewisser völkerrechtlicher Verpflichtungen) hervorgehoben.

Nach der Abstimmung setzte sich diese „Relativierungstendenz“ (insbesondere soweit fixe Kontingente sowie der Vorrang der Schweizerinnen und Schweizer betroffen sind) fort:

¹³ Ausdrücklich BBl 2013 335 f.

¹⁴ BBl 2013 317.

¹⁵ Auffindbar unter www.masseneinwanderung.ch (besucht am 10.3.2014).

¹⁶ Argumentarium, www.masseneinwanderung.ch, 42 (besucht am 10.3.2014).

- So gibt es Stellungnahmen (auch von dem Initiativkomitee nahestehenden Personen) nach der Abstimmung, die darauf hinweisen, es könne eine Reihe von Personen geben, die von den Höchstzahlen nicht erfasst würden (wie z.B. Grenzgänger, Familienangehörige von Beschäftigten bei den Internationalen Organisationen, Kurzaufenthalter oder an einer Hochschule tätige Forscher).¹⁷
- Von Seiten des Staatssekretärs *Yves Rossier* war zu vernehmen, die Herausforderung bestehe darin, Art. 121a BV so umzusetzen, dass das Freizügigkeitsabkommen nicht verletzt werde,¹⁸ eine Aussage, die in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Botschaft des Bundesrates steht, in der dieser noch betont hatte, die Initiative verstosse klar gegen das Freizügigkeitsabkommen, so dass dieses wahrscheinlich gekündigt werden müsse.
- Auch im Anschluss an eine Zusammenkunft von Spitzenvertretern aus Politik und Wirtschaft über die Umsetzung des Art. 121a BV wurde betont, alle Beteiligten wollten am bilateralen Weg mit der EU festhalten. Auch fiel in der öffentlichen Kommunikation vor und nach diesem Treffen das Wort „Kontingente“ offenbar nicht, und eine freizügigkeitsabkommenskonforme Umsetzung wurde zumindest von einigen an dem Treffen Beteiligten ins Auge gefasst.¹⁹
- *Avenir Suisse* favorisiert ebenfalls eine Umsetzung, die das Personenfreizügigkeitsabkommen beachtete. Konkret geht der Vorschlag dahin, die Wohnbevölkerung in der Schweiz in den nächsten zehn Jahren nicht über eine bestimmte Zahl (z.B. 9 Millionen Menschen) anwachsen zu lassen. Werde dieses Ziel nicht erreicht, sollten „automatisch“ vorher definierte Massnahmen, wobei an fixe Kontingente gedacht wird, die die Nichtüberschreitung des Ziels gewährleisten, in Kraft treten.²⁰ Fraglich ist, ob dies tatsächlich mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen in Einklang stünde.²¹
- Soweit der Vorrang für „Schweizerinnen und Schweizer“ betroffen ist, wird geltend gemacht, einzubeziehen seien hier – auch aus Gründen der Rechtsgleichheit – die im Inland lebenden Ausländerinnen und Ausländer;²² interessant ist, dass dies auch von den Initianten vertreten wird,²³ womit diese in diesem Punkt vom klaren Wortlaut des Art. 121a BV abweichen.

An dieser Stelle geht es nicht darum, diese (keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebenden) Gesichtspunkte bzw. Aussagen und Argumente aus rechtlicher Sicht zu bewerten; sie könnten allerdings im Zusammenhang mit der Auslegung der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV von Bedeutung sein und zeigen im Übrigen auf, dass sowohl die Initiantinnen und Initianten als auch Vertreter aus Politik und Wirtschaft zumindest nicht in allen Punkten nur auf den Wortlaut des Art. 121a BV abstellen wollen, sondern auch der rechtliche Kontext (sowohl soweit die völkervertragsrechtlichen Bindungen als auch die Verfassung betroffen sind) sowie die (verschiedenen) Zielsetzungen der Bestimmung berücksichtigt werden, wenn es darum geht zu eruieren, wie weit genau der Umsetzungsspielraum des Art. 121a BV ausgestaltet ist.

¹⁷ Vgl. insoweit z.B. *Le Temps* v. 21.2.2014; *Le Temps* v. 2.3.2014; *NZZ am Sonntag* v. 2.3.2014, 11; *NZZ* v. 14.3.2014, 9. Zur Problematik aus rechtlicher Sicht instruktiv *Uebersax*, *Jusletter* v. 14.4.2014, Rn. 29 ff.

¹⁸ Vgl. *Le Temps* v. 20.2.2014.

¹⁹ Vgl. *NZZ* v. 14.3.2014, 9.

²⁰ Vgl. *NZZ* v. 28.2.2014; *NZZ* v. 1.3.2014.

²¹ Hierzu noch unten D.II.2.a).

²² *NZZ* v. 22.2.2014, 23.

²³ *NZZ* v. 14.3.2014, 9.

C. Zur Tragweite des Art. 121a Abs. 4 – unter besonderer Berücksichtigung der Unterzeichnung und Ratifikation des Protokolls zur Erweiterung des FZA auf Kroatien

Wie bereits erwähnt,²⁴ sieht Art. 121a Abs. 4 BV vor, dass keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die gegen Art. 121a BV verstossen. Hintergrund dieser Bestimmung ist ersichtlich das Anliegen, einen **Konflikt der Verfassungsbestimmung mit (neuen) völkerrechtlichen Abkommen zu vermeiden**. Die Auslegung dieser Bestimmung wirft diverse Fragen auf, wobei drei Themenkomplexe von besonderer Relevanz sein dürften: die Reichweite des „Verbotstatbestands“, m.a.W. die Frage nach, was unter dem „Abschluss“ eines (neuen) völkerrechtlichen Vertrages zu verstehen ist (I.), die Voraussetzungen, unter denen von einem „neuen“ völkerrechtlichen Vertrag im Sinne dieser Bestimmung ausgegangen werden kann (II.) und schliesslich die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der Bestimmung (III.).

I. Reichweite des Art. 121a Abs. 4

Art. 121a Abs. 4 BV spricht davon, dass keine völkerrechtlichen Verträge „abgeschlossen“ werden dürfen, die gegen Art. 121a BV verstossen. Die Reichweite dieses „Verbotstatbestands“ hängt also (auch) davon ab, was unter „**Abschluss**“ eines **neuen völkerrechtlichen Vertrages** zu verstehen ist.

Art. 121 Abs. 4 BV kann sich von vornherein nur auf neue völkerrechtliche Abkommen beziehen. Denn nur neue völkerrechtliche Verträge können „abgeschlossen“ werden; bereits für die Schweiz verbindliche Abkommen bestehen schon. Auch der systematische Zusammenhang des Art. 121a Abs. 4 mit Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV legt diesen Ansatz nahe, nimmt letztere Bestimmung doch ersichtlich auf bereits bestehende und für die Schweiz verbindliche völkerrechtliche Abkommen Bezug (nur diese können „neu“ verhandelt und angepasst werden).

Nach den einschlägigen völkerrechtlichen Grundsätzen, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)²⁵ niedergelegt sind und im Übrigen (jedenfalls soweit die hier relevanten Grundsätze betroffen sind) Völkergewohnheitsrecht darstellen,²⁶ ist ein Staat grundsätzlich erst mit der **Ratifikation** an einen völkerrechtlichen Vertrag gebunden, so dass weder die Paraphierung noch die Unterzeichnung eines Vertrages bereits eine Bindung an den Vertrag und den Status als Vertragspartei nach sich ziehen.²⁷ Auf dieser Grundlage könnte man in Erwägung ziehen, dass Art. 121a Abs. 4 BV lediglich die Ratifikation neuer völkerrechtlicher Abkommen verbietet, nicht jedoch die Unterzeichnung.²⁸ Wenn man

²⁴ Oben A., B.

²⁵ Wiener Konvention über das recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

²⁶ Zum völkergewohnheitsrechtlichen Charakter der in der WVK niedergelegten Grundsätze nur *Graf Vitzthum*, in: *Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht*, 1. Abschnitt, Rn. 114.

²⁷ Vgl. hierzu nur, m.w.N., *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli, Völkerrecht*, 16 ff.

²⁸ So offenbar der Bundesrat, vgl. BBl 2013 316, wobei die Begründung teilweise wenig plausibel ist, denn es wird auf Art. 141a Abs. 1 BV Bezug genommen, wonach mit dem Genehmigungsbeschluss auch allfällige Verfassungsänderungen Volk und Ständen zu unterbreiten wären bzw. unterbreitet werden können. Dies ist jedoch schon deshalb wenig überzeugend, weil sich Art. 141a Abs. 1 BV nur auf völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigung dem

diesen Ansatz zu Ende führte, wäre auch eine Genehmigung durch das Parlament und die Unterstellung des betreffenden Beschlusses unter das fakultative Referendum nicht vom Begriff des „Abschlusses“ eines völkerrechtlichen Vertrages erfasst, tritt die völkerrechtliche Bindung doch erst mit der (durch den Bundesrat vorzunehmenden) Ratifikation ein. Somit beschränkte sich die Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV darauf, dem Bundesrat die Ratifikation neuer Abkommen, die Art. 121a BV widersprechen, zu verbieten.

Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass ein „Abschluss“ eines völkerrechtlichen Vertrages im Sinne dieser Bestimmung bereits durch die Unterzeichnung jedenfalls dann vorliegt, wenn der Bundesrat allein zu seinem Abschluss befugt ist (vgl. Art. 166 Abs. 2 BV sowie Art. 24 Abs. 2, 3 ParlG, Art. 7a RVOG) und die Unterzeichnung das Inkrafttreten des Vertrages auch auf völkerrechtlicher Ebene nach sich zöge. Für den hier interessierenden Bereich der Zuwanderung dürfte eine solche Kompetenz des Bundesrates allenfalls in Ausnahmefällen gegeben sein.²⁹

Deutlich werden damit auch die Argumente gegen einen derartigen, eher formalistischen Ansatz: Wenn von vornherein klar ist,³⁰ dass ein völkerrechtlicher Vertrag nicht ratifiziert werden darf, erscheint es wenig sinnvoll, das Abkommen gleichwohl zu unterzeichnen, zumal sich aus Art. 18 WVK – das sog. „Frustrationsverbot“, wonach sich ein Staat aller Handlungen zu enthalten hat, die Ziel und Zweck eines Vertrages gefährden, den er unter Vorbehalt der Ratifikation unterzeichnet hat – durchaus gewisse „Vorwirkungen“ einer Unterzeichnung ergeben, die grundsätzlich bis hin zur *de facto*-Massgeblichkeit bestimmter Vertragsbestimmungen reichen können. Ebenso wenig erschliesst sich der Sinn einer parlamentarischen Genehmigung sowie gar eines Referendums, wenn der so genehmigte Vertrag sowieso nicht ratifiziert werden darf. Wenn der Hintergrund des Art. 121a Abs. 4 BV darin zu sehen ist zu vermeiden, dass mit Art. 121a BV unvereinbare Abkommen für die Schweiz verbindliches Völkerrecht werden, spricht daher Vieles dafür, nicht nur den eigentlichen „Abschluss“ des Vertrages, mit dem dessen völkerrechtliche Verbindlichkeit einhergeht, sondern auch bereits **diejenigen Verfahrensschritte im Vorfeld, die auf einen solchen „Abschluss“ abzielen** bzw. nur im Hinblick auf diesen Sinn machen, zu erfassen. Für diesen Ansatz spricht auch, dass der Begriff des „Abschlusses“ kein spezifischer Begriff des Vertragsschlussverfahrens ist (wie Genehmigung oder Ratifikation, vgl. Art. 166 Abs. 2, Art. 184 Abs. 2 BV).

Daher steht Art. 121a Abs. 4 BV – in seinem Anwendungsbereich – nicht nur der **Ratifikation, sondern auch der Unterzeichnung und Genehmigung der durch diese Bestimmung erfassten Abkommen** entgegen. Hingegen bezieht sich diese Bestimmung

obligatorischen Referendum untersteht, bezieht. Bei Verträgen, die in Konflikt mit Art. 121a BV stehen könnten, wird es jedoch in aller Regel um solche Verträge gehen, die einem fakultativen Referendum unterstehen bzw. mitunter auch um solche, die das Parlament alleine genehmigen kann. Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass in Bezug auf völkerrechtliche Verträge nur der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften dem obligatorischen Referendum untersteht (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV); das fakultative Referendum kommt u.a. bei völkerrechtlichen Verträgen, die „wichtige rechtsetzende Bestimmungen“ enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert, zur Anwendung (Art. 141 Abs. 1 lit. d Nr. 3 BV), eine Voraussetzung, die bei die Zuwanderung oder die Personenfreizügigkeit betreffenden Abkommen häufig gegeben sein wird.

²⁹ Zur Befugnis des Bundesrates, selbständig (ohne parlamentarische Genehmigung) völkerrechtliche Verträge abzuschliessen, nur, m.w.N., *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht, 101 ff.; *Tschannen*, Staatsrecht § 47, Rn. 16 ff.

³⁰ Zu der Frage der materiell-rechtlichen Voraussetzung einer Unvereinbarkeit mit Art. 121a BV sowie der unmittelbaren Anwendbarkeit noch unten C.III.

keinesfalls bereits auf Verhandlungen, ist hier doch naturgemäss unklar, welches Ergebnis diese zeitigen werden, so dass in diesem Stadium von vornherein nicht festgestellt werden kann, ob eine Unvereinbarkeit mit Art. 121a BV vorliegt oder nicht. Vieles spricht im Übrigen dafür, die Paraphierung eines Abkommens – also die verbindliche Festlegung des Textes, so dass dieser nur durch die Aufnahme neuer Verhandlungen modifiziert werden kann – ebenfalls nicht unter den Begriff des „Abschlusses“ zu fassen, da erst auf der Grundlage des paraphierten Textes in der Tat die Frage nach seiner Vereinbarkeit mit Art. 121a BV geprüft werden kann. Im Übrigen entfaltet die Paraphierung für die betroffenen Staaten – im Gegensatz zur Unterzeichnung – grundsätzlich keinerlei Rechtswirkungen.³¹

Gegen den hier vertretenen Ansatz kann auch nicht eingewandt werden, Art. 121a i.V.m. Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV räume eine Frist von drei Jahren für den Erlass der Ausführungsgesetzgebung ein, so dass an sich erst ab diesem Zeitpunkt klar sei, wie die Konzeption des Art. 121a BV umgesetzt werden soll. Zwar ist dies ein durchaus zutreffender Gesichtspunkt; jedoch beschlägt er nicht die Frage, was unter „Abschluss“ eines völkerrechtlichen Vertrages zu verstehen ist, sondern diejenige, ob die Bestimmung hinreichend bestimmt ist, um unmittelbar anwendbar zu sein.³²

Damit kann im Ergebnis festgehalten werden, dass sich Art. 121a Abs. 4 BV nicht nur auf die **Ratifikation** eines (neuen) völkerrechtlichen Vertrages, sondern auch auf dessen **Unterzeichnung und (innerstaatliche) Genehmigung** bezieht.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Position des Bundesrates (und des Parlaments) in diesem Zusammenhang nicht immer ganz kohärent erscheint: Während man offenbar davon ausging, das Zusatzprotokoll zum Freizügigkeitsabkommen betreffend Kroatien könne bzw. dürfe aufgrund des Art. 121a Abs. 4 BV nicht unterzeichnet werden, sah man diese Bestimmung nicht als Hinderungsgrund für die Unterzeichnung und Genehmigung des Freihandelsabkommens mit China – das Freizügigkeitsrechte enthält, die keinen Kontingenten unterliegen dürfen³³ – an.³⁴

³¹ A.A. in Bezug auf die Paraphierung und Vertragsverhandlungen jedoch *Bundesamt für Justiz*, Angenommene Volksinitiative, Ziff. 9.3, das schon die Vertragsverhandlungen in Bezug auf einen Vertrag, der möglicherweise gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV verstossen könnte, sowie die Paraphierung als von Art. 121a Abs. 4 erfasst ansieht. Jedenfalls in Bezug auf Vertragsverhandlungen erscheint dies schon deshalb wenig plausibel, weil deren Ausgang ja naturgemäss offen ist, so dass es zum Zeitpunkt der Verhandlungen in aller Regel unklar ist, ob ein Verstoss gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV vorliegt. Aber auch in Bezug auf die Paraphierung sprechen die besseren Gründe gegen den Ansatz des BJ, geht es hier doch lediglich – wie im Text erwähnt – um die Festlegung des Vertragstextes, und es kann erst auf dieser Grundlage analysiert werden, ob überhaupt ein Widerspruch zu Art. 121a Abs. 1-3 BV (oder auch anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben) vorliegt. Der vom BJ angeführte Einwand, das Prinzip von Treu und Glauben bzw. das Estoppelprinzips stehe einer Paraphierung eines Vertrages, der möglicherweise gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV verstossen und damit nicht unterzeichnet werden könnte, kann entkräftet werden, steht es der Schweiz doch frei, bei der Paraphierung auf diesen Aspekt hinzuweisen.

³² Hierzu unten C.III.

³³ Vgl. insoweit *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, Rn. 36.

³⁴ Vgl. nur www.humanrights.ch/de/Schweiz/Aussenwirtschaftspolitik/ (besucht am 28.3.2014).

II. Zu den erfassten völkerrechtlichen Verträgen

Wie bereits erwähnt,³⁵ bezieht sich Art. 121a Abs. 4 BV nur auf **neue völkerrechtliche Verträge**, also solche, die für die Schweiz noch nicht in Kraft sind, dies vor dem Hintergrund, dass der Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge, die im Widerspruch zu Art. 121a BV stehen, verhindert werden soll.

Damit sind in diesem Zusammenhang zwei Elemente massgeblich, durch die sich dann auch die Tragweite der Bestimmung erschliesst:

- Erstens muss es um einen **völkerrechtlichen Vertrag** gehen. Hierunter sind dem Völkerrecht unterstehende Willenseinigungen zwischen zwei oder mehreren Staaten oder anderen Völkerrechtssubjekten zu verstehen, durch die sich die Beteiligten zu einem bestimmten Verhalten verpflichten.³⁶ Ein völkerrechtlicher Vertrag kann auch vorliegen, wenn er nicht als solcher, sondern anders (z.B. als Protokoll, Vereinbarung, Abkommen oder Pakt) bezeichnet wird.
- Zweitens muss es sich um einen **neuen** völkerrechtlichen Vertrag handeln. Diese Voraussetzung wird unproblematisch immer dann vorliegen, wenn die Schweiz mit einem oder mehreren anderen Völkerrechtssubjekten ein „echtes“ neues Abkommen abschliessen möchte, wie z.B. das Freihandelsabkommen mit China. Weniger klar ist die Rechtslage jedoch in denjenigen Fallgestaltungen, in denen es um Modifikationen bestehender Abkommen – die ihrerseits auch als völkerrechtliche Verträge im genannten Sinn anzusehen sein können – geht. Hier dürften letztlich Sinn und Zweck des Art. 121a Abs. 4 BV entscheidend sein: Soweit solche Modifikationen echte neue Verpflichtungen mit sich bringen, die nicht mit Art. 121a BV in Einklang stehen könnten,³⁷ dürften sie erfasst sein. Soweit dies jedoch nicht der Fall ist, besteht kein Grund, ihren Abschluss zu verbieten, wäre in einer solchen Konstellation doch keine neue völkerrechtliche Verpflichtung zu gewärtigen, die nicht mit Art. 121a BV in Einklang stünde. Ob und inwieweit Art. 121a Abs. 4 BV auch in Bezug auf Modifikationen bereits bestehender völkerrechtlicher Abkommen zum Zuge kommt, ist somit auf der Grundlage einer Analyse des betreffenden Vertragstextes im Einzelfall zu entscheiden.

Das **Protokoll über den Einbezug Kroatiens** in das Personenfreizügigkeitsabkommen erfüllt zweifellos die genannten Merkmale eines **völkerrechtlichen Vertrages**.

Auf den ersten Blick könnte man auch geneigt sein anzunehmen, dass das Protokoll zu **neuen Verpflichtungen** führte, die mit Art. 121a BV in Widerspruch stehen könnten, da es die Ausdehnung des Personenfreizügigkeitsabkommens auf Kroatien nach sich zieht bzw. ziehen soll, so dass sich auch Kroatinnen und Kroaten auf dieses Abkommen berufen können und somit in seinen personellen Anwendungsbereich einbezogen werden. Dabei sieht das Protokoll übrigens aus schweizerischer Sicht sehr grosszügige Übergangsfristen (die noch relativ lange Plafonierungen von Aufenthaltserlaubnissen für Kroatinnen und Kroaten erlauben) vor. Zu beachten ist jedoch, dass das Protokoll in materieller Hinsicht (lediglich) eine Modifikation des Freizügigkeitsabkommens darstellt und bewirken soll sowie Übergangsfristen in Bezug auf die neue Vertragspartei enthält. Hingegen werden

³⁵ Oben C.I.

³⁶ Vgl. *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht, 16; s. auch die Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. a WVK, wobei sich diese Definition nur auf zwischen Staaten abgeschlossene Verträge bezieht.

³⁷ Wobei hier auch noch die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV notwendig wäre, hierzu noch unten C.III.

keine eigentlichen neuen Verpflichtungen begründet; die Freizügigkeitsrechte der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger ergeben sich vielmehr bereits aus dem Freizügigkeitsabkommen selbst. M.a.W. impliziert das Protokoll nur eine **Erweiterung des Anwendungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens in persönlicher Hinsicht**, dies im Zuge der Erweiterung der Union, während sich die materiellen Verpflichtungen schon aus dem Freizügigkeitsabkommen ergeben, das bereits vorher selbst vereinbart wurde und in Kraft getreten ist. Das Protokoll seinerseits ist als integraler Bestandteil des Freizügigkeitsabkommens in jedem Fall von diesem „abhängig“, so dass es auch nur solange in Kraft ist wie dieses. Hinzu kommt, dass der materielle Inhalt des Protokolls eigentlich in erster Linie Einschränkungen für die Freizügigkeit der Kroatinnen und Kroaten im Verhältnis zu den Rechten der übrigen EU-Bürger vorsieht, wenn auch nur für eine Übergangszeit. Insofern handelt es sich nicht um einen völkerrechtlichen Vertrag, der für die Schweiz eigentlich neue Pflichten mit sich bringt, so dass er nicht von Art. 121a Abs. 4 BV erfasst ist.

Für den hier vertretenen Ansatz sprechen auch noch folgende Argumente:

- Die Notwendigkeit des Abschlusses des Protokolls ist letztlich vor dem Hintergrund zu sehen, dass das Freizügigkeitsabkommen – im Gegensatz zu den meisten anderen Bilateralen Abkommen – als sog. gemischtes Abkommen abgeschlossen wurde, an dem sowohl die EU als auch ihre Mitgliedstaaten als Vertragspartner beteiligt sind. Grund hierfür sind kompetenzrechtliche Aspekte im Unionsrecht.³⁸ Wäre das Abkommen nur von der EU (bzw. der EG als ihrer Rechtsvorgängerin) abgeschlossen worden, hätte sich sein Anwendungsbereich in Anwendung des völkerrechtlichen Grundsatzes der beweglichen Vertragsgrenzen³⁹ „automatisch“ auf den neuen Mitgliedstaat ausgedehnt, wie dies bei zahlreichen anderen Bilateralen Abkommen der Fall ist.⁴⁰ Es erscheint jedoch wenig überzeugend, dass die Tragweite einer Verfassungsbestimmung von der Antwort auf unionsrechtliche Fragen, die von der EU intern zu beantworten sind (ist es doch Sache der EU zu entscheiden, ob ein Abkommen als gemischtes Abkommen oder nur von der EU abgeschlossen werden soll), abhängen soll.
- Damit in engem Zusammenhang stehend ist die Überlegung, dass die Ausdehnung des Staatsgebiets eines EU-Mitgliedstaates nicht zur Anwendung des Art. 121a Abs. 4 BV führte, käme hier doch jedenfalls der erwähnte Grundsatz der beweglichen Vertragsgrenzen zum Zuge. Die Implikationen für die Zuwanderung einer solchen Ausdehnung des Staatsgebiets eines Mitgliedstaates wären aber möglicherweise grösser als im Falle des Abschlusses des Protokolls über die Beteiligung Kroatiens am Freizügigkeitsabkommen, auch da diesfalls gar keine Übergangsfristen gälten.
- Schliesslich ist noch an Sinn und Zweck des Art. 121a Abs. 4 BV zu erinnern, der offensichtlich – wie bereits erwähnt – verhindern soll, dass neue Verträge abgeschlossen werden, die mit Art. 121a BV in Widerspruch stehen. Wenn nun ein Abkommen keine solchen neuen materiellen Schwierigkeiten mit sich bringt, da die materiell-rechtlichen Pflichten bereits im „Basisabkommen“ verankert sind, besteht kein Grund, auf Art. 121a Abs. 4 BV zurückzugreifen: Denn das „Kompatibilitätsproblem“ besteht unabhängig vom Abschluss des neuen völkerrechtlichen Vertrages, der das bestehende Abkommen nur in bestimmten Punkten anpasst. So stellt sich die Frage nach einer Anpassung des Freizügigkeitsabkommens an Art. 121a BV oder – umgekehrt – einer freizügigkeitsabkommenskonformen Umsetzung unabhängig vom Einbezug Kroatiens in das Personenfreizügigkeitsabkommen in jedem Fall.

³⁸ Vgl. zu den gemischten Abkommen im EU-Recht und der Problematik, m.w.N., *Epiney*, FS Wolfrum, Bd. II, 1909 (1915 ff.).

³⁹ Zu diesem nur *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht, 47.

⁴⁰ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im Genehmigungsbeschluss zu den Bilateralen I aus dem Jahr 1999 festgehalten wurde, dass jede geographische Ausweitung des Anwendungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens Gegenstand eines referendumsfähigen Bundesbeschlusses sein muss. Vgl. Art. 2 lit. b Bundesbeschluss über die Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie gegebenenfalls ihren Mitgliedstaaten oder der Europäischen Atomgemeinschaft andererseits vom 8. Oktober 1999, AS 2002 1527.

Im **Ergebnis** ist damit festzuhalten, dass das Protokoll über den Einbezug Kroatiens in das Personenfreizügigkeitsabkommen schon deshalb nicht von Art. 121a Abs. 4 BV erfasst wird, weil es sich **nicht um einen neuen völkerrechtlichen Vertrag** handelt, der neue Freizügigkeitsrechte verankert, sondern lediglich der persönliche Anwendungsbereich des bestehenden Abkommens erweitert wird.⁴¹

III. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV

Unabhängig von der soeben erörterten Problematik des Anwendungsbereichs des Art. 121a Abs. 4 BV stellt sich darüber hinaus die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der Bestimmung, dies jedenfalls soweit man sie vor dem Erlass der Ausführungsgesetzgebung heranziehen möchte. Denn Art. 121a Abs. 4 BV kann nur dann als solcher vor dem Erlass der Ausführungsbestimmungen dem Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge entgegenstehen, wenn die Bestimmung **unmittelbar anwendbar** ist.

Obwohl die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit in der Regel im Zusammenhang mit den Rechten Einzelner diskutiert wird,⁴² die sich auf Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge (oder auch der Verfassung) berufen, ist nicht zu verkennen, dass die Problematik in Bezug auf die Frage, ob Behörden völkervertragsrechtliche oder verfassungsrechtliche Bestimmungen unmittelbar anwenden können, parallel gelagert ist.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Verfassungsbestimmungen dann unmittelbar anwendbar, wenn **Tatbestand und Rechtsfolgen hinreichend genau formuliert** sind, so dass die Adressaten der betreffenden Bestimmung ihr Verhalten danach ausrichten können,⁴³ Kriterien, die letztlich vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips zu sehen sind.

Zwar erfüllt **Art. 121a Abs. 4 BV** auf den ersten Blick diese Voraussetzungen, werden doch der Tatbestand (Widerspruch zu Art. 121a BV) und die Rechtsfolge (kein „Abschluss“ der entsprechenden völkerrechtlichen Verträge, wobei der Begriff des Abschlusses durchaus konkretisiert werden kann)⁴⁴ genannt und erscheinen auch klar.⁴⁵ Zu beachten ist jedoch, dass – wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird⁴⁶ – das Gesamtsystem des Art. 121a BV nicht nur nicht unmittelbar anwendbar sein kann (was sich bereits aus Art. 121a Abs. 5 BV ergibt),⁴⁷ sondern auch als solches ausgesprochen offen formuliert ist. Insbesondere sind die **Konkretisierungsspielräume des Gesetzgebers** so weit, dass sich durch eine blosse

⁴¹ Offenbar a.A. jedoch *Bundesamt für Justiz*, Angenommene Volksinitiative, Ziff. 9.2, das formalistisch auf den Begriff des völkerrechtlichen Vertrages abstellt, ohne das hier angesprochene Problem zu erörtern.

⁴² Vgl. z.B. *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht, 127 ff.

⁴³ Vgl. z.B. BGE 125 I 361 E. 4a; BGE 139 I 16 E. 4.3.2. Aus der Literatur z.B. *Hangartner*, ZSR 2007 I, 137 ff.; *Tschannen*, Staatsrecht, § 4, Rn. 6 ff.

⁴⁴ Hierzu oben C.I.

⁴⁵ Die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmung daher bejahend *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, Rn. 56, die hieraus u.a. folgern, dass „Abkommen, wie jenes mit China, das eine Steuerung mittels Höchstzahlen verbietet, gemäss Art. 121a Abs. 4 BV (...) nicht mehr abgeschlossen werden dürfen“. Das Parlament hat das Abkommen gleichwohl genehmigt, und die Ratifikation ist somit zu erwarten, vgl. nur www.humanrights.ch/de/Schweiz/Aussenwirtschaftspolitik/ (besucht am 28.3.2014).

⁴⁶ Unten D.III.

⁴⁷ So i.Erg. auch *Heselhaus/Hänni*, SZIER 2013, 19 (33); *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, Rn. 39.

Lektüre der Bestimmung nicht erschliesst, wie das System aussehen soll. Angesichts dieser weitgehenden Spielräume bleibt der Tatbestand des Art. 121a Abs. 4 BV – Verstoss eines völkerrechtlichen Vertrages gegen Art. 121a BV – dann doch zu unbestimmt, um diese Bestimmung unmittelbar anzuwenden. Denn wenn nicht klar ist, gegen welche rechtlichen Vorgaben genau verstossen werden könnte, kann ein entsprechender Widerspruch auch nicht verlässlich festgestellt werden, was der unmittelbaren Anwendbarkeit der Bestimmung entgegensteht.

Nun könnte man allenfalls einwenden, zumindest gewisse „Mindestgehalte“ des Art. 121a BV seien hinreichend klar, so dass die unmittelbare Anwendbarkeit in Bezug auf diese bejaht werden könnte. Insbesondere könnte in Erwägung gezogen werden, dass jedenfalls ein Grundsatz der freien Personenfreizügigkeit *per se* mit Art. 121a BV nicht in Einklang stünde, der ja die Festlegung von Kontingenten und Höchstzahlen für alle Arten von Aufenthaltsbewilligungen für Ausländerinnen und Ausländer verlangt. Aber auch dieses Argument überzeugt nicht, da selbst dieser auf den ersten Blick zwingend erscheinende „Kerngehalt“ des Art. 121a BV dann doch nicht so klar ist, weist die Bestimmung doch zahlreiche innere Widersprüche auf und legt insbesondere nicht fest, welche Kontingente für wen gelten sollen, so dass ein derartiger Kerngehalt kaum verlässlich so weit präzisiert werden kann, dass eine eigentliche Kompatibilitätsprüfung – und diese wird durch Art. 121a Abs. 4 BV ja verlangt – durchgeführt werden kann.⁴⁸

Hinzu kommt ein systematischer Aspekt: Der Gesetzgebungsauftrag in Art. 121a Abs. 5 BV steht hinter Art. 121a Abs. 4 BV, was dafür spricht, dass er sich eben auch auf Art. 121a Abs. 4 BV bezieht. Dies erscheint auch insofern stimmig, als wenig dafür spricht, die materiellen Inhalte des Art. 121a Abs. 1-3 BV als nicht unmittelbar anwendbar anzusehen (was, soweit ersichtlich, einhellige Meinung ist), dann aber Art. 121a Abs. 4 BV, der eine eigentliche Kompatibilitätsprüfung mit den inhaltlich als nicht hinreichend konkret anzusehenden Art. 121a Abs. 1-3 BV impliziert, für unmittelbar anwendbar zu erklären.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass das Bundesgericht bei der Annahme der unmittelbaren Anwendbarkeit von Verfassungsbestimmungen mitunter sehr zurückhaltend ist. So hielt es in Bezug auf Art. 121 Abs. 3 BV (der auf die sog. Ausschaffungsinitiative zurückgeht) fest, die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmung sei zu verneinen. Denn eine „wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belässt“, könne mangels hinreichender Klarheit nicht unmittelbar angewandt werden. Das Gericht führt im Einzelnen noch aus, Art. 121 Abs. 3 BV nenne verschiedene Tatbestände, die zwar teilweise auf Bestimmungen des Strafgesetzbuchs Bezug nehmen, teilweise aber auch sehr offen und untechnisch formuliert seien, keine Konturen aufwiesen und nach Art. 121 Abs. 4 BV erst noch konkretisiert werden müssten. Zwar seien einzelne dieser Tatbestände möglicherweise hinreichend genau formuliert; doch bilde die Abstimmung der gestützt auf Art. 121 Abs. 3 BV zu einer Aufenthaltsbeendigung führenden Straffälligkeit wertungsmässig ein noch zu konkretisierendes Gesamtsystem, aus dem nicht einzelne Teile herausgelöst werden könnten, bestünde doch ansonsten die Gefahr von Widersprüchen zwischen dem geltenden und dem neuen System.⁴⁹ Ähnliche Erwägungen können in Bezug auf Art. 121a Abs. 4 BV angestellt werden.

Im **Ergebnis** sprechen daher die besseren Gründe dafür, **Art. 121a Abs. 4 BV wegen fehlender Bestimmtheit als nicht unmittelbar anwendbar** anzusehen, so dass diese Bestimmung als solche nicht der Unterzeichnung, Genehmigung und Ratifizierung neuer Verträge entgegenstehen kann.⁵⁰

⁴⁸ Vgl. in Bezug auf die inhaltliche Unbestimmtheit des Art. 121a BV auch noch unten D.III. im Zusammenhang mit der möglichen Umsetzung der Bestimmung auf Gesetzesstufe.

⁴⁹ BGE 139 I 16 E. 4.2.3, E. 4.3.

⁵⁰ A.A. offenbar *Bundesamt für Justiz*, Angenommene Volksinitiative, Ziff. 9.5.

D. Zur Möglichkeit der Umsetzung des Art. 121a BV unter Beachtung des Personenfreizügigkeitsabkommens

Art. 121a BV ist **nicht unmittelbar anwendbar**, wie sich bereits aus Art. 121a Abs. 5 BV, wonach die „Einzelheiten“ auf Gesetzesstufe geregelt werden, und Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV, der dem Bundesrat aufgibt, im Falle des Nichterlasses der Gesetzesbestimmungen innerhalb von drei Jahren die Ausführungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg zu erlassen, ergibt.⁵¹ Damit kann dieser Artikel – wie viele andere verfassungsrechtliche Bestimmungen – nicht als solcher angewandt werden, sondern es bedarf zwingend einer **Ausführungsgesetzgebung**.

Die Frage, wie diese auszugestalten ist, ist einerseits politischer Natur und durch das Parlament als Gesetzgeber (oder, im Rahmen des Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV, durch den Bundesrat) zu entscheiden. Andererseits haben sich Parlament und Bundesrat hierbei an die **verfassungsrechtlichen Vorgaben** zu halten, wie sich zwingend aus der Normenhierarchie ergibt, steht doch die Verfassung über Gesetzes- und Verordnungsrecht und ist dementsprechend von Parlament und Bundesrat zu beachten.

Hieran ändert auch **Art. 190 BV** nichts: Nach dieser Bestimmung sind Bundesgesetze und Völkerrecht massgeblich, mit der (praktischen) Folge, dass diese auch dann anzuwenden sind, wenn sie (nach Auffassung der rechtsanwendenden Behörden oder der Judikative) gegen die Verfassung verstossen. In Art. 190 BV geht es nämlich nicht um die Normenhierarchie, sondern um deren (auf der Grundlage des Art. 190 BV teilweise defizitären) **Durchsetzung** und somit um die Kompetenzverteilung zwischen der Bundesversammlung und insbesondere dem Bundesgericht, so dass ihr Hintergrund in der (besonderen) Ausgestaltung der Gewaltenteilung in diesem Bereich zu sehen ist.⁵² Hieraus folgt, dass Art. 190 BV **keine Aussagen über die Normenhierarchie** zu entnehmen sind, sondern nur die Frage betrifft, welche Norm im Falle eines Konflikts anzuwenden ist, wobei sie sich auf das Verhältnis von Bundesgesetzen und Völkerrecht einerseits zur Verfassung andererseits bezieht, so dass aus ihr auch keine Aussagen zum Verhältnis von Bundesgesetzen und Völkerrecht abgeleitet werden können.⁵³

Damit wird die Frage nach den (zwingenden) **verfassungsrechtlichen Vorgaben**, die sich aus **Art. 121a BV** für die Ausführungsgesetzgebung zu dieser Bestimmung ableiten lassen, aufgeworfen. Dabei soll im Folgenden der Fokus darauf liegen, ob Art. 121a BV aus verfassungsrechtlicher Sicht zwingend so umzusetzen ist, dass gegen das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU – so wie es derzeit ausgestaltet ist – verstossen würde, oder ob die Bestimmung nicht vielmehr auch die **Möglichkeit einer mit dem Freizügigkeitsabkommen kompatiblen Ausführungsgesetzgebung** eröffnet. Ausgangspunkt für die Erörterung dieser Problematik sind die für die Auslegung einer Verfassungsbestimmung massgeblichen Grundsätze (I.) sowie die Skizzierung der zentralen, möglicherweise betroffenen Vorgaben des Personenfreizügigkeitsabkommens und seiner rechtlichen Tragweite (II.), bevor auf die Auslegung des Art. 121a BV im Einzelnen eingegangen wird (III.).

⁵¹ S. insofern auch schon oben C.III.

⁵² Ausführlich zum Zweck des Art. 190 *Looser*, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, 525 ff., mit Verweisen auf die einzelnen Argumente bzw. Auslegungskriterien.

⁵³ *Looser*, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, 530 f.; *Tschannen*, Staatsrecht, § 9, Rn. 27; *Aubert/Mahon*, Commentaire, Art. 190, Rn. 9; *Kiener/Kälin*, Grundrechte, 20; *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1918; *Reich*, ZaöRV 2008, 979 (995); s. auch schon, m.w.N. aus der älteren Literatur, *Epiney*, ZBl. 1994, 537 (549 ff.). Aus der Rechtsprechung z.B. BGE 117 Ib 367 E. 2e; BGE 124 II 480 E. 3a; BGE 125 II 417 E. 4d; BGE 136 II 241 E. 16.1.

I. Zur Auslegung von im Zuge von Volksinitiativen eingeführten Verfassungsbestimmungen

Wie bereits erwähnt,⁵⁴ ging der Bundesrat **vor der Abstimmung** – ebenso wie gutachterliche Äusserungen⁵⁵ – davon aus, dass **Art. 121a BV gegen das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU** verstösst. Auch die Stellungnahmen des Initiativkomitees dürften insgesamt in diese Richtung gegangen sein, wenn hier auch gewisse Widersprüche bzw. diesbezügliche Unsicherheiten nicht zu übersehen sind, die im Übrigen durch entsprechende Stellungnahmen nach der Abstimmung verstärkt werden.⁵⁶

Allerdings bedeuten derartige Stellungnahmen im Vorfeld einer Abstimmung – auch wenn sie vom Bundesrat kommen, von den meisten politischen Akteuren geteilt und auch durch die Wissenschaft bestätigt werden – nicht, dass sich die Auslegung einer im Zuge der Annahme einer Verfassungsinitiative in die Verfassung eingeführten Bestimmung mit derartigen, vor der Abstimmung geäusserten Ansätzen decken muss. Vielmehr sind die **Verfassungsbestimmungen nach den hierfür massgeblichen „üblichen“ juristischen Methoden** auszulegen.⁵⁷ Besondere Schwierigkeiten weist die Auslegung einer Verfassungsbestimmung dann auf, wenn sie entweder in sich nicht ganz „stimmig“ ist bzw. gewisse (Wertungs-) Widersprüche aufweist oder / und auch mit anderen Verfassungsbestimmungen in einem Spannungsverhältnis steht oder hier sogar gewisse Inkompatibilitäten bestehen könnten.

Ausgangspunkt für die Auslegung ist in solchen Konstellationen, dass es hier um **gleichrangige Normen** geht. Dabei verbietet sich ein schematisches Abstellen auf den *lex posteriori*-Grundsatz: Denn häufig – wenn nicht gar in aller Regel – kann nicht davon ausgegangen werden, dass die später erlassene Bestimmung zwingend allen entgegenstehenden früheren Bestimmungen vorgehen soll, hätten diese doch ansonsten aufgehoben werden müssen. Vor diesem Hintergrund spielt hier der Grundsatz der **systematischen Auslegung** – wobei das Anliegen der **praktischen Konkordanz** (wonach die verschiedenen Bestimmungen so auszulegen sind, dass jede von ihnen ihre grösstmögliche Wirksamkeit erlangt)⁵⁸ wohl letztlich eine spezifische Spielart der systematischen Auslegung darstellen dürfte – eine zentrale Rolle: Die verschiedenen Bestimmungen sind unter Berücksichtigung anderer, ggf. entgegenlaufender gleichrangiger Vorgaben auszulegen, wobei soweit wie möglich Widersprüche durch Auslegung zu vermeiden sind, so dass die verschiedenen (möglicherweise entgegenlaufenden) Bestimmungen jeweils ihre grösstmögliche Wirkung entfalten können. Dabei gilt es auch zu beachten, dass es grundsätzlich keine „klaren“ Normen gibt, sondern jede Rechtsauslegung und -anwendung ist immer ein Prozess der (mehr oder weniger schwierigen) Auslegung. Speziell in Bezug auf die Verfassung ist zu beachten, dass sie zwar juristisch als Einheit anzusehen ist, die jedoch nicht aus „einem Guss“ entstanden, sondern historisch gewachsen ist, so dass die einzelnen Bestimmungen nicht immer aufeinander abgestimmt sind; ein irgendwie geartetes Hierarchieverhältnis der Verfassungsbestimmungen untereinander

⁵⁴ Oben B.

⁵⁵ S. insbesondere *Kaddous*, *Avis de droit*, septembre 2013; *Heselhaus/Hänni*, *SZIER* 2013, 19 ff.

⁵⁶ Zum Ganzen oben B.

⁵⁷ Also in erster Linie Wortlaut, Systematik, Zielsetzung und Entstehungsgeschichte, wobei hierauf und die genaue Gewichtung der verschiedenen Methoden bei der Auslegung der Verfassung im Rahmen dieser Studie nicht näher eingegangen werden kann. Zur Verfassungsauslegung z.B., m.w.N., *Tschannen*, *Staatsrecht*, § 4.

⁵⁸ Zu dieser Auslegungsmaxime BGE 139 I 16 E. 4.2.1, m.w.N.

besteht grundsätzlich nicht.⁵⁹ Die Verfassungsauslegung im Allgemeinen und insbesondere auch von Bestimmungen, die aufgrund von Volksinitiativen Eingang in die Verfassung gefunden haben, im Besonderen kann vor diesem Hintergrund komplex sein, und jede „einfache“ Lösung verbietet sich grundsätzlich, so dass es den skizzierten Grundsätzen insbesondere nicht Rechnung trüge, die Tragweite einer Verfassungsbestimmung – falls sie durch eine Volksinitiative zustande gekommen ist – ausschliesslich oder auch nur schwergewichtig in Anlehnung an den Willen der Initiantinnen und Initianten zu bestimmen, wenn dieser auch ein Auslegungselement – neben (vielen) anderen – darstellt, das entsprechend den Umständen des Einzelfalls zu gewichten ist.⁶⁰

Relevant geworden ist dies z.B. und mit besonderer Deutlichkeit im Zusammenhang mit Art. 121 Abs. 3-6 BV, die aufgrund der Annahme der sog. Ausschaffungsinitiative Eingang in die Verfassung gefunden haben: Das Bundesgericht⁶¹ betonte hier insbesondere, diese Bestimmungen stünden in einem Spannungsverhältnis sowohl mit diversen Grundrechten als auch mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (insbesondere solchen aus der EMRK, aber auch mit solchen aus dem Freizügigkeitsabkommen mit der EU) und damit mit grundlegenden verfassungs- und völkerrechtlich von der Schweiz anerkannten Werten, da sie auf den ersten Blick einen „Ausweisungsautomatismus“ nahelegten. Nach der EMRK und auf der Grundlage der Art. 5 Abs. 2, 36 BV sei in einem demokratischen Rechtsstaat jedoch eine Interessenabwägung und eine Beurteilung der Umstände des Einzelfalls geboten. Vor diesem Hintergrund handle es sich bei Art. 121 Abs. 3 BV „als Ganzes“ um eine wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belasse, und ihr Verhältnis zu anderen Verfassungsbestimmungen bedürfe der Klärung, die durch den Gesetzgeber vorzunehmen sei. Dessen Spielraum beziehe sich nicht nur auf die nähere Präzisierung der einzelnen Tatbestände, sondern auch auf die Rechtsfolgen, da beide Aspekte in der Gesamtsystematik der ausländerrechtlichen Konsequenzen strafrechtlich relevanten Verhaltens nicht voneinander getrennt werden könnten. Interessant ist dieser Ansatz insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass im Vorfeld der Abstimmung die ganz herrschende Mehrheit der Literatur sowie Bundesrat und Parlament (worauf das Bundesgericht in seinem Urteil hinweist)⁶² davon ausgingen, dass die Initiative eine Art „Ausweisungsmechanismus“ vorsehe, was das Bundesgericht nicht davon abhielt, aus den genannten Gründen einen anderen Ansatz zu vertreten.

Verallgemeinert man diesen (in der Begründung und im Ergebnis überzeugenden) Ansatz des Bundesgerichts, so spricht Vieles für den Grundsatz, dass zumindest zentrale verfassungsrechtliche Prinzipien – wie die in Art. 5 BV verankerten Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns – nicht durch „isolierte“ zu Verfassungsrecht gewordene Volksinitiativen „durchbrochen“ werden können, zumal auf diese Weise die genannten Bestimmungen im Falle mehrerer in diese Richtung gehender Initiativen bzw. Verfassungsbestimmungen ausgehöhlt werden könnten. Insgesamt sprechen vor diesem Hintergrund gute Gründe dafür, dass Volksinitiativen grundsätzlich nur dann zur „Durchbrechung“ der (bislang) geltenden und in der Verfassung niedergelegten grundsätzlichen Prinzipien führen können, wenn nicht nur ein solcher neuer Verfassungsartikel eingeführt wird, sondern gleichzeitig auch ein entsprechender Vorbehalt in denjenigen Bestimmungen eingefügt wird, mit denen solche Initiativen in Konflikt stehen, dies zumindest soweit zentrale rechtsstaatliche Grundsätze oder grundsätzliche strukturelle Bestimmungen zur Debatte stehen.

Vor diesem Hintergrund dürfte der Ansatz des Bundesgerichts, bei der Gültigkeit kantonaler Initiativen diese im Zusammenhang mit der Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit Bundesrecht auch unter durchaus bedeutender Berücksichtigung des Willens der Initiantinnen und Initianten auszulegen,⁶³ wohl nicht auf die Auslegung von auf Volksinitiativen zurückgehende Verfassungsbestimmungen übertragen werden können. In der Tat geht es hier auch um eine andere Frage, nämlich um die Durchsetzung des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 BV) im Zusammenhang mit einer konkreten Vorlage, die zunächst einmal unter alleiniger Berücksichtigung des

⁵⁹ Vgl. hierzu BGE 139 I 16 E. 4.2.1, mit ausführlicher Bezugnahme auf die Literatur.

⁶⁰ S. insofern auch die diesbezüglich sehr klare Formulierung von *Hangartner*, AJP 2013, 698 (700), der folgendes festhält: „Dass die Initianten einer Volksinitiative kein Monopol auf die Auslegung des von ihnen initiierten Verfassungstextes haben (...), ist im Übrigen klar. Jeder Rechtstext, von wem er auch ausgeht, ist unter Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsgesichtspunkte zu interpretieren und wird autoritativ von jenen Instanzen ausgelegt, die das Recht anwenden.“

⁶¹ Vgl. BGE 139 I 16 E. 4.

⁶² BGE 139 I 16 E. 4.1, m.w.N.

⁶³ Vgl. BGer vom 28.8.2013, 1C_127/2013, E. 7.2. Allgemein zur Auslegung von Initiativen auch BGE 129 I 392, 395.

Textes vorzunehmen ist, ganz abgesehen davon, dass das Bundesgericht auch in diesem Zusammenhang durchaus den objektiven Charakter der Auslegung betont, in dessen Rahmen dann aber auch die Anliegen der Initiantinnen und Initianten berücksichtigt werden können.

Hinzuweisen ist im Übrigen ergänzend auf den Umstand, dass das schweizerische Verfassungsrecht – insbesondere, aber nicht nur, vor dem Hintergrund des kaum materiellen Schranken unterliegenden Initiativrechts sowie der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesgesetze – gewisse Inkohärenzen in der Verfassung (sowohl zwischen verschiedenen Verfassungsbestimmungen als auch in Bezug auf das Verhältnis von nationalem Recht und Völkerrecht) in Kauf nimmt (unter Einschluss von „toten“ Verfassungsbestimmungen). Zwar sind diese Inkohärenzen soweit wie möglich durch eine der praktischen Konkordanz verpflichtete Auslegung zu minimieren; ganz beseitigt werden können sie aber wohl nicht, womit auch die Konsequenz einhergeht, dass gewisse Verfassungsbestimmungen aufgrund anderer Verfassungsbestimmungen oder verfassungsrechtlicher Vorgaben nicht vollumfänglich verwirklicht werden können.

Im **Ergebnis** ist somit festzuhalten, dass der Umstand, dass im Vorfeld der Abstimmung grossmehrheitlich von einem Verstoß der Initiative gegen das Freizügigkeitsabkommen ausgegangen wurde, nicht zwingend bedeutet, dass die zu Verfassungsrecht gewordene Bestimmung dann auch tatsächlich in diesem Sinn auszulegen wäre. Diese Frage ist vielmehr unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente und in Anwendung der für die Verfassungsauslegung massgeblichen Grundsätze auszulegen.⁶⁴

II. Zu den relevanten Vorgaben des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU: eine Skizze

Der Grundansatz bzw. die „Philosophie“ des Art. 121a BV steht jedenfalls in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU. Gleichzeitig ist die Bestimmung jedoch nicht unmittelbar anwendbar.⁶⁵ Vor diesem Hintergrund geht es im Folgenden – auf der Grundlage eines kurzen Überblicks über das Abkommen (1.) – darum, diejenigen Aspekte des Freizügigkeitsabkommens kurz zu skizzieren, mit denen die Vorgaben des Art. 121a BV für die Umsetzung *a priori* in Konflikt stehen könnten (2.), bevor ein Fazit (3.) gezogen werden kann, dies im Hinblick auf die nachfolgend⁶⁶ zu erörternde Frage, ob Art. 121a BV zu einer abkommenswidrigen Ausführungsgesetzgebung verpflichtet.

1. Das Freizügigkeitsabkommen: Überblick und Charakteristika

Dem Freizügigkeitsabkommen sind für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen – unter bestimmten Voraussetzungen – **Aufenthaltsrechte in der Schweiz** zu entnehmen. Weiter regelt das Abkommen zahlreiche Aspekte der **Rechtsstellung** dieser Personen in der Schweiz.⁶⁷ Es ist hier nicht der Ort, im Einzelnen auf die Charakteristika des Freizügigkeitsabkommens einzugehen;⁶⁸ erinnert sei in unserem Zusammenhang jedoch an folgende zentrale Elemente des Abkommens:⁶⁹

⁶⁴ S. insoweit unten D.III.

⁶⁵ S. insoweit schon oben B., C.III.

⁶⁶ D.III.

⁶⁷ Hinzuweisen ist aber natürlich darauf, dass diese Rechte auch „umgekehrt“, also für Schweizerinnen und Schweizer in der EU, gelten.

⁶⁸ Zum Freizügigkeitsabkommen z.B. *Benesch*, Freizügigkeitsabkommen, *passim*; *Kälin*, ZAR 2002, 123 ff.; *Kälin*, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, 11 ff.; *Imhof*, ZESAR 2007, 155 ff.,

- Die **Zielsetzung** des Abkommens kann dahingehend zusammengefasst werden, dass im Wesentlichen im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zur Schweiz im Bereich der Personenfreizügigkeit parallele Grundsätze zur Anwendung kommen sollen wie im Verhältnis der EU-Staaten untereinander (dies auf der Grundlage der Rechtslage zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, wobei die Anhänge II und III betreffend die soziale Sicherheit und die Diplomanerkennung allerdings durch den Gemischten Ausschuss modifiziert werden können, Art. 18 FZA). Ausgenommen bleiben einige punktuelle Aspekte (z.B. Beschränkung des Abkommens auf kurzfristige Dienstleistungen oder Nichtübernahme, im Abkommen, des Konzepts der Unionsbürgerschaft).
- In diesem Sinn greifen weite Teile des Abkommens wörtlich oder sinngemäss auf **unionsrechtliche Konzepte** bzw. Garantien zurück und lassen diese in das Abkommen einfließen.
- In materieller Hinsicht gewährleistet das Abkommen auf dieser Grundlage die **Arbeitnehmer- und Niederlassungsfreiheit** von Unionsbürgern parallel zur Rechtslage in der Europäischen Union; gleiches gilt für kurzzeitige Dienstleistungen. Weiter wird die **Freizügigkeit Nichterwerbstätiger** unter der Voraussetzung einer ausreichenden Krankenversicherung und hinreichender Existenzmittel ebenfalls grundsätzlich parallel zur Situation in der EU⁷⁰ gewährleistet. Gleiches gilt für den Familiennachzug und die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Insofern soll also der freie Personenverkehr möglichst weitgehend gewährleistet werden.
- Gemäss Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA ist in all denjenigen Fällen, in denen für die Anwendung des Abkommens „Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden“, die „einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung“ zu berücksichtigen. Im Ergebnis wird aber auch die **Rechtsprechung des EuGH** nach der Unterzeichnung zumindest faktisch einen nachhaltigen Einfluss auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens entfalten,⁷¹ wobei aber auch aus rechtlicher Sicht gute

217 ff.; *Hailbronner*, EuZ 2003, 48 ff.; *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 45 ff.; *Epiney/Mosters*, in: Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“, 57 ff.; *Borghi*, Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, *passim*; *Delli*, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?, *passim*; *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 101 ff., 155 ff.; *Boillet*, L'interdiction de discrimination, *passim*; *Grossen/de Coulon*, in: Bilaterale Verträge I & II, 135 ff.; *Schnell*, Arbeitnehmerfreizügigkeit, *passim*; die Beiträge in *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU.

⁶⁹ S. insoweit auch schon *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 3 (4 ff.), woran die folgenden Ausführungen anknüpfen.

⁷⁰ Wobei hier jedoch aufgrund des Erlasses der RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. 2004 L 158, 77, zu dieser Richtlinie *Epiney*, in: Die neuen Europäer, 115, 167 ff.) derzeit gewisse Divergenzen zu verzeichnen sind, da die in der RL 2004/38 enthaltenen Neuerungen (noch) nicht in Bezug auf die Schweiz anwendbar sind. Hierzu *Kaddous*, SZIER 2006, 213 ff.

⁷¹ S. insbesondere die „Übernahme“ des Urteils *Metock* (EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*, Slg. 2008, I-6241) in BGE 136 II 5, in dem das Bundesgericht auch grundsätzlich betont, die Rechtsprechung des EuGH nach Unterzeichnung des Abkommens sei zu berücksichtigen, es sei denn, triftige Gründe sprächen dagegen.

Gründe für eine Pflicht zur „grundsätzlichen Berücksichtigung“ auch der nachfolgenden Rechtsprechung sprechen.⁷²

- Vor diesem Hintergrund kann in Bezug auf die für die **Auslegung des Abkommens** zum Zuge kommenden Prinzipien (die sich wegen des völkerrechtlichen Charakters des Abkommens nach den einschlägigen völkerrechtlichen Regeln richten) der Grundsatz formuliert werden, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die an unionsrechtliche Garantien anknüpfen, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäss, grundsätzlich in Anlehnung an die unionsrechtliche Bedeutung auszulegen sind. Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist nämlich – wie erwähnt – die Gewährung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie im Unionsrecht. M.a.W. soll eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sichergestellt werden. Dies bedeutet für die Auslegung des Abkommens, dass grundsätzlich jedenfalls immer dann von einer „Parallelität der Konzepte“ – zumindest auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung bis zum 21.6.1999 – auszugehen ist, wenn das Abkommen auf Konzepte des Unionsrechts zurückgreift,⁷³ und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Unionsrecht differierendes Konzept verfolgt wird bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht klar ebenfalls in diese Richtung, während hingegen diejenige des EuGH hier etwas zurückhaltender erscheint, jedoch wohl noch nicht gefestigt ist.⁷⁴
- In der **Schweiz**⁷⁵ kommt dem Personenfreizügigkeitsabkommen – ausgehend von dem in der Bundesverfassung niedergelegten monistischen System – als solches seit seinem Inkrafttreten auch **innerstaatlich Geltung** zu, ohne dass ein irgendwie gearteter Transformationsakt notwendig wäre.⁷⁶ Grundsätzlich kommt ihm **Vorrang** gegenüber innerstaatlichem Recht jeden Ranges zu.⁷⁷ Soweit die hierfür in der Schweiz – auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegung des Abkommens – zum Zuge kommenden Voraussetzungen der **unmittelbaren Anwendbarkeit** (Regelung der Rechtsstellung Einzelner, Justiziabilität bzw. hinreichende Bestimmtheit sowie Verpflichtung innerstaatlicher Behörden) gegeben sind,⁷⁸ kommt den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens unmittelbare Wirkung zu, so dass sich (begünstigte) Einzelne auf sie berufen können. Da die Bestimmungen des Abkommens betreffend den aufenthaltsrechtlichen Status von Unionsbürgern

⁷² So wohl auch BGE 136 II 5. Zur Problematik ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 169 ff.; *Epiney*, ZBJV 2005, 1 ff.; *Maiani*, ZSR 2011 I, 27 ff.

⁷³ Vgl. insoweit auch die Ausführungen in BGE 130 II 113 E. 6.2 ff.

⁷⁴ Vgl. insoweit ausführlich, m.w.N. aus der Rechtsprechung, *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 157 ff.

⁷⁵ Zur Stellung der „Bilateralen Verträge“ im Unionsrecht *Epiney/Meier/Egbuna-Joss*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 903 (910 ff.); s. auch *Kaddous*, in: *Accords bilatéraux II Suisse – UE*, 63 ff.

⁷⁶ Vgl. zur Stellung der Bilateralen Abkommen im nationalen (schweizerischen) Recht ausführlich m.w.N. *Thürer/Hillemanns*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 39 (42 ff.).

⁷⁷ Vgl. im Einzelnen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, m.w.N., *Epiney*, Jusletter v. 16.12.2013; spezifisch in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen auch *Epiney*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012*, 81 (107 ff.).

⁷⁸ Zu diesen ausführlich m.w.N. im Zusammenhang mit den Bilateralen Abkommen *Wüger*, SJER / ASDE 2004/2005, 287 ff.; vgl. auch *Grossen/de Coulon*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 135 (142); *Hangartner*, ZSR 2007 I, 137 ff.

diesen entsprechende Rechte einräumen, deren hinreichende Bestimmtheit im Übrigen durch die Rechtsprechung des EuGH weitgehend geklärt ist und die sich an die Behörden richten, ist davon auszugehen, dass grundsätzlich all diejenigen Abkommensbestimmungen, die die Rechte der Einzelnen betreffen (dies sind die meisten materiell-rechtlichen Bestimmungen des Abkommens), unmittelbar anwendbar sind.⁷⁹

In Bezug auf die Reichweite bzw. die genaue Tragweite der dem Abkommen zu entnehmenden (völkerrechtlichen) Verpflichtungen ist noch darauf hinzuweisen, dass das Völkerrecht den Staaten nicht vorschreibt, wie sie ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen haben, sondern lediglich, dass sie sie befolgen müssen. Vor diesem Hintergrund sind dem **Völkerrecht** – im Gegensatz zum EU-Recht – auch **keine Vorgaben über die Stellung des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich** zu entnehmen, so dass sowohl ein monistischer als auch ein dualistischer Ansatz mit den völkerrechtlichen Vorgaben in Einklang steht und dem Völkerrecht auch keine Pflicht zur Verankerung seines Vorrangs im innerstaatlichen Bereich zu entnehmen ist.⁸⁰ Vielmehr sind völkerrechtliche Verpflichtungen grundsätzlich „Ergebnisverpflichtungen“ in dem Sinn, dass nicht bereits eine von den völkerrechtlichen Verpflichtungen abweichende Rechtslage eine Verletzung des Völkerrechts darstellt, sondern erst ein diesem widersprechendes Verhalten. Allerdings kann der Inhalt der völkerrechtlichen Verpflichtungen auch dahin gehen, dass bereits bestimmte Regelungsinhalte z.B. aus Gründen der Effektivität im Widerspruch mit den völkerrechtlichen Pflichten stehen. Deutlich wird damit, dass die genaue Tragweite der jeweiligen völkerrechtlichen Verpflichtung jeweils im Einzelfall unter Heranziehung der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden zu ermitteln ist, wobei aber keinesfalls „automatisch“ von einer völkerrechtswidrigen Rechtslage im innerstaatlichen Recht auf eine Verletzung des Völkerrechts geschlossen werden darf.

Insoweit unterscheidet sich die Situation im Völkerrecht denn auch grundlegend von derjenigen im EU-Recht: Das EU-Recht gilt in den Mitgliedstaaten unmittelbar und kann – bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen – unmittelbar anwendbar sein bzw. unmittelbare Wirkung entfalten.⁸¹ Weiter kommt ihm nach der Rechtsprechung des EuGH⁸² Vorrang vor innerstaatlichem Recht zu. Schliesslich – und auf dieser Grundlage – leitet der EuGH⁸³ aus Art. 4 Abs. 3 EUV (Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit) ab, dass die Geltung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts *per se* einen Verstoß gegen Unionsrecht darstellt, unabhängig davon, ob die betreffende Vorschrift angewandt wird oder nicht.

Zwar lehnt sich das Freizügigkeitsabkommen – wie erwähnt – inhaltlich stark an Unionsrecht an; es steht jedoch ausser Frage, dass es sich um ein **völkerrechtliches Abkommen** und insoweit um „normales“ Völkerrecht handelt, so dass die skizzierten Grundsätze auch in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen zum Zuge kommen, woran auch der Umstand nichts ändert, dass gute Gründe dafür sprechen, die inhaltlichen Vorgaben des Abkommens in Anlehnung an das Unionsrecht auszulegen. Denn die Frage nach der **Verpflichtungswirkung** des Abkommens ist von derjenigen nach der inhaltlichen Tragweite der ihm zu entnehmenden Vorgaben zu unterscheiden, und in Bezug auf erstere

⁷⁹ Ebenso *Thürer/Hillemanns*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 39 (47); *Filliez*, in: *Accords Bilatéraux Suisse – UE*, 183 (193 ff.); *Botschaft des Bundesrates*, BBl. 1999 6437.

⁸⁰ Vgl. hierzu eingehend, m.w.N., *Epiney*, ZBl. 1994, 537 ff.

⁸¹ Zu diesen Grundsätzen nur den Überblick, m.w.N., bei *Epiney/Mosters/Rieder*, *Europarecht I*, 101 ff.

⁸² Grundlegend EuGH, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, 1141. Aus der Folgerechtsprechung z.B. EuGH, Rs. 106/77 (*Simmenthal*), Slg. 1978, 629; EuGH, Rs. C-224/97 (*Ciola*), Slg. 1999, I-2517; EuGH, Rs. 2/06 (*Kempter*), Slg. 2008, I-411.

⁸³ EuGH, Rs. C-303/89 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1991, I-2903.

können wegen des völkerrechtlichen Charakters des Abkommens die besonderen Charakteristika des Unionsrechts (unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit, Vorrang und Verpflichtung, unionsrechtswidriges nationales Recht in jedem Fall aufzuheben) nicht zum Zuge kommen.⁸⁴

2. Insbesondere: Aufenthaltsrechte und Diskriminierungsverbot

Die Skizzierung der wesentlichen Inhalte des Art. 121a BV⁸⁵ lässt erkennen, dass einerseits offenbar eine Reduktion bzw. Plafonierung der Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern angestrebt wird; im Übrigen ist davon die Rede, dass die Schweiz die Einwanderung eigenständig steuert. Weiter wird auf Höchstzahlen und Kontingente Bezug genommen, die unter Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer zu definieren sind. Deutlich wird damit, dass insbesondere zwei „Kategorien“ von Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens im Zusammenhang mit Art. 121a BV bzw. seiner Umsetzung relevant sind: die **Aufenthaltsrechte für EU-Bürger und ihre Familienangehörigen** (a) sowie das **Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit** (b).

Selbstverständlich können aber noch weitere Abkommensbestimmungen bzw. -grundsätze relevant sein.⁸⁶ In diesem Rahmen soll jedoch von einer (nochmaligen) Auflistung aller Rechte der Unionsbürger bzw. Verpflichtungen der Schweiz im Einzelnen abgesehen werden. Denn im Grundsatz geht es bei den Aufenthaltsrechten einerseits und den verschiedenen Diskriminierungsverboten andererseits lediglich um verschiedene „Spielarten“ derselben Prinzipien, so dass sich die Grundsatzfrage, ob und inwieweit (starre) Kontingente sowie Vorzugsregelungen für Inländer mit dem Abkommen vereinbar sind, letztlich jeweils – in den verschiedenen Konstellationen – parallel stellt. Etwas anderes könnte allenfalls für die *stand still*-Klausel (Art. 13 FZA) gelten, der jedoch in unserem Zusammenhang keine eigenständige Bedeutung zukommen dürfte.

a) Aufenthaltsrechte für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger und ihre Familienangehörigen

Das Freizügigkeitsabkommen räumt Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern sowie deren Familienangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen – die in Abhängigkeit von der „Kategorie“ der jeweiligen Personen (im Wesentlichen Arbeitnehmer, Selbständige, Dienstleistungserbringer, Familienangehörige, Nichterwerbstätige, Verbleibeberechtigte) variieren – **Aufenthaltsrechte** (sowie, damit im Zusammenhang stehend, Einreiserechte) ein.

Dabei geht die Systematik des Freizügigkeitsabkommens – in Anlehnung an das EU-Recht – davon aus, dass die **Voraussetzungen für die Begründung eines Aufenthaltsrechts im Abkommen selbst abschliessend** formuliert sind, so dass der Aufenthalt nicht an andere

⁸⁴ Zur Bedeutung dieser Grundsätze im Zusammenhang mit der in der vorliegenden Studie im Zentrum stehenden Frage noch unten D.II.2.a).

⁸⁵ Oben B.

⁸⁶ Vgl. insoweit die Auflistung bei *Kaddous*, *Avis de droit*, 18 ff.; *Heselhaus/Hänni*, *SZIER* 2013, 19 (33 ff.).

bzw. darüber hinausgehende Voraussetzungen geknüpft werden darf. Eine Aufenthaltserlaubnis hat vor diesem Hintergrund lediglich deklaratorische Bedeutung.⁸⁷

Darüber hinaus schliesst dieser abschliessende Charakter der Aufenthaltsvoraussetzungen es grundsätzlich auch aus, dass für aufenthaltsberechtigte Unionsbürger spezifische Pflichten formuliert werden, die über die im Abkommen vorgesehenen Formalitäten der Anmeldung und die mit dieser in Zusammenhang stehenden Aspekten hinausgehen. Denn solche Pflichten stellen regelmässig im Ergebnis **zusätzliche Bedingungen für den Aufenthalt** dar, auch wenn das Aufenthaltsrecht selbst nicht an ihre Einhaltung geknüpft ist, implizieren sie doch im Falle ihrer Nichteinhaltung einen Rechtsverstoss.⁸⁸

Hieraus folgt, dass Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern der Aufenthalt zu gewähren ist, wenn sie die im Abkommen (abschliessend) umschriebenen Voraussetzungen erfüllen. Insbesondere wären eine von **vornherein erfolgende Festlegung von (wie auch immer aufgeteilten) Höchstzahlen** und eine **automatische Verweigerung der Aufenthaltsberechtigung** im Falle der Ausschöpfung derselben nicht mit dem Abkommen vereinbar.

Noch nicht geklärt ist hiermit aber, welche **Arten von Regelungen bzw. welcher Regelungsinhalt** nun genau mit den dem Abkommen zu entnehmenden Vorgaben unvereinbar wären. Dies ist unter Heranziehung der oben⁸⁹ erörterten Verpflichtungswirkung des Freizügigkeitsabkommens als völkerrechtlicher Vertrag zu ermitteln, so dass auf dieser Grundlage die Vorgaben, die dem Abkommen im Zusammenhang mit den durch dieses **gewährleisteten Freizügigkeitsrechten** zu entnehmen sind, wie folgt präzisiert werden können (wobei die nachfolgend aufgeführten Konstellationen keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben):

- Jedenfalls unvereinbar mit dem Abkommen ist bzw. wäre es, einem nach dem Abkommen aufenthaltsberechtigten Unionsbürger oder einem aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen eines Unionsbürgers das **Aufenthaltsrecht zu verweigern**, weil ein Kontingent erschöpft ist (aber auch natürlich auch aus anderen Gründen, es sei denn, die im Abkommen selbst vorgesehenen Schranken greifen).
- Allein die **Geltung Art. 121a BV** stellt – auch wenn seine Grundphilosophie in einem Spannungsverhältnis zum Personenfreizügigkeitsabkommen stehen könnte – **keinen Verstoss gegen das Abkommen** dar: Denn die Bestimmung ist ersichtlich und klar nicht unmittelbar anwendbar,⁹⁰ so dass auch die durch das Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrechte von vornherein nicht beeinträchtigt werden können; gleiches gilt für die Verpflichtungen gegenüber den Vertragspartnern.
- Nimmt man die mögliche Ausgestaltung der Umsetzungsgesetzgebung in den Blick, so könnte sich insbesondere die Frage stellen, ob bereits das (verbindliche) **Vorsehen von Kontingenten** bzw. Höchstzahlen in einem Gesetzgebungsakt gegen das Abkommen verstösst oder erst – im Zuge ihrer Anwendung – die (im Einzelfall erfolgende) **Verweigerung von Aufenthaltsbewilligungen** bzw. die Nichtgewährung von Aufenthaltsrechten aufgrund einer Überschreitung der Kontingente. Relevant könnte dies etwa werden, wenn die Kontingente nicht

⁸⁷ Vgl. für das EU-Recht EuGH, Rs. 157/79 (Pieck), Rec. 1980, 2171, Rn. 13; EuGH, Rs. C-363/89 (Roux), Slg. 1991, I-273, Rn. 12; EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Slg. 1997, I-1035, Rn. 14 ff. Ebenso in Bezug auf das FZA BGE 136 II 329; BG, 2C_756/2009, Urt. v. 15.12.2009, E. 3.3.1; BGE 134 IV 57, E. 4.

⁸⁸ S. insoweit schon *Epiney*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 81 (119 ff.).

⁸⁹ D.I.

⁹⁰ S. schon oben B., C.III.

überschritten werden und zwar bestehen, aber zu keiner Verweigerung des Aufenthaltsrechts führen. M.E. sprechen die besseren Gründe für den zuerst genannten Ansatz, dies trotz der grundsätzlichen „Ergebnisorientiertheit“ völkerrechtlicher Verpflichtungen: Werden nämlich Kontingente auch für Personen, die Aufenthaltsrechte aus dem Freizügigkeitsabkommen ableiten können, formuliert, geht es letztlich um eine zusätzliche Voraussetzung für das Recht auf Aufenthalt: Einerseits sind die Voraussetzungen aus dem Abkommen zu erfüllen, andererseits darf das Kontingent nicht überschritten sein. Damit wird das Recht auf Aufenthalt relativiert, und den Berechtigten ein Aufenthaltsrecht lediglich im Falle der Nichterreichung von Kontingenten eingeräumt, was – auch wenn die Kontingente im Einzelfall nicht ausgeschöpft werden – nicht im Einklang mit den dem Abkommen zu entnehmenden Grundsätzen steht, wonach im Falle der Erfüllung abschliessend formulierter Voraussetzungen in jedem Fall ein Aufenthaltsrecht besteht. Weiter ist zu beachten, dass im Fall von verbindlichen Kontingenten – auch bei der „Chance“ ihrer Nichtausschöpfung – in jedem Fall eine Unsicherheit für die durch das Abkommen Berechtigten besteht, ob sie ihre Rechte auch tatsächlich durchsetzen können, was die Effektivität derselben und damit der abkommensrechtlichen Vorgaben beeinträchtigen könnte.

Hinzu kommt, dass eine solche Regelung wohl auch einen Verstoß gegen die sog. *stand still*-Klausel (Art. 13 FZA) impliziert, wonach die Vertragsparteien sich verpflichten, keine „neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei einzuführen“.

Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn – was kaum vorstellbar ist und hier daher auch nicht weiter vertieft werden soll – die Kontingente so hoch angesetzt sind, dass es von vornherein unmöglich ist (nicht nur unmöglich erscheint), sie jemals zu überschreiten.

Angesichts dieser Überlegungen dürfte auch allein die (faktische) Nichtanwendung von (an sich verbindlich vorgeschriebenen) Kontingenten auf Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie ihre Familienangehörigen, etwa in der Form, dass diesen auf Antrag trotz der Kontingente ein Aufenthaltsrecht gewährt bzw. eine Aufenthaltsbewilligung ausgestellt wird, nicht mit dem Abkommen in Einklang stehen: Denn auch hier entstünde eine Rechtsunsicherheit, und die Effektivität der Einräumung von Aufenthaltsrechten durch das Abkommen würde in Frage gestellt, wäre doch zu erwarten, dass durch das Abkommen berechnete Personen im Falle der Geltung solcher Rechtsvorschriften von der Wahrnehmung ihrer Aufenthaltsrechte abgeschreckt würden, was mit dem Grundsatz, dass diese Rechte durch das Abkommen gewährleistet sind, nicht im Einklang stünde und auch gegen dessen Zielsetzung verstiesse.

- Diese Grundsätze müssen auch dann gelten, wenn die Kontingente erst nach einer **längeren Übergangszeit** eingeführt werden sollen, dies unter der Voraussetzung, dass dies „**automatisch**“ – also ohne einen neuerlichen gesetzgeberischen Entscheid – erfolgt.⁹¹ Denn auch in diesem Fall werden die Freizügigkeitsrechte einer zusätzlichen Bedingung unterworfen; der Umstand, dass dies erst einige Jahre später geschehen wird, ändert hieran nichts. Gleiches muss für „Mehrjahreskontingente“ gelten, bei denen die „Grenze“ z.B. im Durchschnitt mehrerer Jahre errechnet wird.

Dieser Ansatz drängt sich auch vor dem Hintergrund der bereits erwähnten Rechtssicherheit auf: Sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber richten ihre Entscheidungen auch auf längerfristig zu erwartende Entwicklungen aus, so dass die sichere Perspektive verbindlicher Kontingente bereits im Vorfeld ihrer effektiven Einführung eine Verletzung des Abkommens darstellt.

⁹¹

Vgl. insoweit den Vorschlag von *Avenir Suisse* zur Umsetzung des Art. 121a BV. Hierzu oben B.

- Hingegen dürfte in der Konstellation, dass Kontingente bzw. Höchstzahlen nicht verbindlich, sondern lediglich als **Richtzahlen** festgeschrieben würden, grundsätzlich kein Verstoß gegen das Abkommen angenommen werden können: Denn diesfalls ginge es lediglich um (gesetzlich festgeschriebene) Zielsetzungen, die nichts an den Freizügigkeitsrechten als solchen änderten und auch deren Wirksamkeit als solche grundsätzlich nicht beeinträchtigten. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass der Zielcharakter derartiger Zahlen in der gesetzlichen Formulierung klar zum Ausdruck kommt, so dass klar wird, dass die durch das Abkommen eingeräumten Freizügigkeitsrechte nicht zusätzlichen Bedingungen unterworfen werden.
- Auch falls **gesetzliche Höchstzahlen** verbindlich festgelegt werden, **Unionsbürger und ihre Familienangehörigen** jedoch von diesen **ausgenommen** sind, wäre aus parallelen Gründen – unter der Voraussetzung einer hinreichend klaren Ausgestaltung der Regelung – eine Vereinbarkeit mit dem Abkommen zu bejahen. Denn die Effektivität der durch dieses gewährleisteten Rechte wird in diesem Fall gerade nicht beeinträchtigt, wäre doch gewährleistet, dass aufenthaltsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen dieses Recht auch ausüben dürfen und können.
- Fraglich könnte sein, ob eine Regelung, die für die Erteilung von Aufenthaltbewilligungen (auch) an Unionsbürger und ihre Familienangehörigen **verbindliche (jährliche) Kontingente** bzw. Höchstzahlen vorsieht, die jedoch bei Bedarf (d.h., wenn aufenthaltsberechtigte Unionsbürger oder ihre Familienangehörigen einen Antrag stellen und das Kontingent bereits ausgeschöpft ist) im **Laufe des Jahres erhöht werden können**, mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar wäre. M.E. käme es hier auf die Ausgestaltung einer solchen Regelung im Einzelfall an: Lässt diese klar erkennen, dass es letztlich um einen Ausschluss der EU-Ausländer und ihrer Familienangehörigen von den Kontingenten geht bzw. dass diese ihr Freizügigkeitsrecht in jedem Fall wahrnehmen können, spricht Vieles für die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Freizügigkeitsabkommen.

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass es theoretisch auch denkbar ist, dass die EU sich z.B. mit einer neuen „Ventilklausel“ (die vorsähe, dass bei Überschreiten bestimmter Zahlen Kontingente eingeführt werden könnten) einverstanden erklären könnte und das Abkommen entsprechend geändert würde, was der Schweiz ermöglichte, entsprechende Regelungen einzuführen bzw. Art. 121a BV in diesem Sinn umzusetzen, ohne gegen das Freizügigkeitsabkommen zu verstossen. Eine derartige Verhandlungsbereitschaft der EU erscheint jedoch wenig wahrscheinlich bzw. – jedenfalls aufgrund der bislang erfolgten Äusserungen – ausgeschlossen.⁹²

Rein aus politischer Sicht wäre es natürlich darüber hinaus denkbar, dass die EU sehr hohe Kontingente, die wahrscheinlich nicht erreicht würden, in dem Sinn „akzeptierte“, dass sie nicht weiter reagieren würde. An der rechtlichen Situation würde dies jedoch nichts ändern, ganz abgesehen davon, dass auch eine solche Reaktion derzeit wenig wahrscheinlich erscheint.

⁹² Vgl. z.B. Tagesanzeiger v. 9.3.2014. S. auch *Michael Ambühl*, in: NZZ am Sonntag v. 16.2.2014, 9.

b) Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Nach **Art. 2 FZA** dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert“ werden. Diese Bestimmung ähnelt sehr Art. 18 AEUV, wonach unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrags „in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“ ist, so dass die Annahme nahe liegt, Art. 2 FZA knüpfe an Art. 18 AEUV an, womit hier ein (zumindest teilweiser) Rückgriff auf unionsrechtliche Begriffe zu bejahen ist und die Bestimmung somit (auch auf der Grundlage von Art. 16 FZA) parallel wie im Unionsrecht auszulegen ist.⁹³

Weiter enthält das Abkommen eine Reihe **spezifischer Verbote der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit** für bestimmte „Kategorien“ von Personen (so z.B. in Art. 9 Anhang I FZA in Bezug auf Arbeitnehmer, in Art. 15 Anhang I FZA in Bezug auf Selbständige oder in Art. 19 FZA für Dienstleistungserbringer). Das Verbot des Art. 2 FZA soll offenbar darüber hinaus bei der Anwendung des Abkommens bzw. in seinem Anwendungsbereich – parallel zur Situation im AEUV – sicherstellen, dass auch dann nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminiert wird, wenn die durch das Abkommen gewährleisteten Rechte nicht unmittelbar beeinträchtigt sind, sondern es um sonstige Massnahmen im Zusammenhang mit der Anwendung des Abkommens geht. Nur diese Auslegung kann im Übrigen sicherstellen, dass Art. 2 FZA im Verhältnis zu den spezifischen Diskriminierungsverboten eine eigenständige Bedeutung zukommt. Damit kann Art. 2 FZA gerade dann relevant werden, wenn kein spezifisches Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit greift.⁹⁴

In **inhaltlicher Hinsicht** kann die Tragweite des Art. 2 FZA – entsprechendes gilt grundsätzlich für die spezifischen Diskriminierungsverbote – wie folgt zusammengefasst werden:

- Art. 2 FZA – der **unmittelbar anwendbar** ist mit der Folge, dass sich die Rechtsunterworfenen gegenüber Behörden und Gerichten unmittelbar auf diese Bestimmung berufen können⁹⁵ – ist (wie auch die Freizügigkeitsbestimmungen des Abkommens im Allgemeinen) nur im Falle des Vorliegens eines **grenzüberschreitenden Bezugs** anwendbar.⁹⁶

⁹³ In diese Richtung bereits *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 45 (65 ff.). Vgl. für eine Parallelität auch BGE 131 V 209; BG 129 I 392, E. 3.2; BG, 2A.7/2004, E. 3.3, 5.1; BG, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005, E. 3.3; BGE 136 II 241, E. 12; BGer, 2C_42/2007, E. 3.6. S. ansonsten ausführlich zu Art. 2 FZA *Epiney*, SJZ 2009, 25 ff.; *Boillet*, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, insbes. 99 ff.

⁹⁴ So auch BG, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005, E. 3.3, wo das Bundesgericht betont, dass Art. 2 FZA insofern eine eigenständige Bedeutung zukomme, als diese Bestimmung „revêt (...) une portée générale“, so dass sie auch dann von Bedeutung sei, wenn das Abkommen ansonsten kein Diskriminierungsverbot verankert. Ebenso BG 2C_42/2007, E. 3.6.

⁹⁵ BG, Urteil v. 12.9.2003, 2A.607/2002, E. 3.3; BGE 129 II 257, E. 3.3; BGE 129 I 392, E. 3.2.3; BG, 129 II 249, E. 3.3; *Martenet/Boillet*, SJER / ASDE 2007/2008, 311 (327 ff.).

⁹⁶ Vgl. insoweit ebenso BGE 129 II 249, E. 3 ff.; BGE 130 II 137, E. 3.1 ff.; BG, 2A.768/2006, E. 3.3; BG, 2A.351/2006, E. 2.3; BG 2A.659/2005, E. 6.1; BG 2P.224/2006, E. 3.3. Aus der Rechtsprechung des EuGH EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279. Ein grenzüberschreitender Bezug liegt auch dann vor,

- Erfasst sind (nur) **Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit**,⁹⁷ wobei auf die Staatsangehörigkeit selbst abgestellt werden kann (sog. formelle oder direkte Diskriminierungen) oder aber auf ein anderes Unterscheidungsmerkmal zurückgegriffen werden kann, im Ergebnis jedoch auch eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit „bewirkt“ wird, weil typischerweise oder im Wesentlichen Angehörige eines bestimmten Mitgliedstaates bevorzugt (bzw. benachteiligt) werden und damit die Gefahr einer entsprechenden Benachteiligung bzw. Bevorzugung bestimmter Staatsangehöriger einhergeht (sog. materielle oder indirekte Diskriminierung).⁹⁸ Typische Beispiele hierfür sind der Rückgriff auf den Wohnsitz⁹⁹ oder den Ausbildungsort¹⁰⁰, wobei eine (materielle) Diskriminierung auch dann vorliegen kann, wenn es um eine regionale Regelung geht, durch die neben Ausländern auch andere Inländer benachteiligt werden.¹⁰¹ Der Grundsatz des Einbezugs materieller Diskriminierungen in den Tatbestand des Art. 2 FZA (und in denjenigen der spezifischen Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit) dürfte unbestritten sein.¹⁰²
- Art. 2 FZA kann immer dann eine eigenständige Bedeutung zukommen, wenn keine **spezifischen Diskriminierungsverbote** greifen, wobei die Diskriminierung „bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ erfolgen muss, die Diskriminierung also im Zusammenhang mit den durch das Abkommen gewährleisteten Rechten stehen muss.¹⁰³
- Art. 2 FZA **verpflichtet** jedenfalls die Vertragsparteien, also die Europäische Union, die EU-Mitgliedstaaten und die Schweiz. Fraglich ist jedoch, ob und inwieweit darüber hinaus auch Private verpflichtet werden, was jedenfalls im Falle des Vorliegens kollektiver Regelungen (wie z.B. Tarifverträge oder Verbandsregeln) zu bejahen sein dürfte und im Übrigen in Art. 9 Anhang I FZA ausdrücklich insofern bejaht wird, als sich Arbeitnehmer allgemein auf das Diskriminierungsverbot berufen können.¹⁰⁴
- Nach der Rechtsprechung des EuGH können Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit durch zwingende Interessen des Allgemeinwohls **gerechtfertigt** werden,¹⁰⁵ ein Grundsatz, der auf Art. 2 FZA zu übertragen ist. Als zwingende Interessen des Allgemeinwohls kommen nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs alle öffentlichen Interessen mit Ausnahme solcher wirtschaftlicher

wenn Unionsbürger in der Schweiz geboren wurden und immer dort gelebt hatten, vgl. BG, 2C_625/2007, Urte. v. 2.4.2008.

⁹⁷ Im Einzelnen hierzu *Epiney*, SJZ 2009, 25 (29 f.).

⁹⁸ Zu diesem Grundsatz im EU-Recht *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 12 ff., mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁹⁹ EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191. Zur genauen dogmatischen Struktur der Rechtsfigur der materiellen Diskriminierung *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 12 ff.

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), Slg. 1998, I-7637.

¹⁰² *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 45 (65 ff.); *Hangartner*, AJP 2003, 257 (263). BG, Urteil 2P.305/2002, Urte. v. 27.11.2003; Eidgenössisches Versicherungsgericht, H 16/04, Urte. v. 14.7.2005, E. 5.2 ff.

¹⁰³ Im Einzelnen hierzu *Epiney*, SJZ 2009, 25 (30 f.).

¹⁰⁴ Umfassend zur Problematik *Martenet/Boillet*, SJER / ASDE 2007/2008, 311 ff.

¹⁰⁵ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-524/06 (Huber), Slg. 2008, I-9705.

Natur – bei denen es um die Wirtschaftslenkung oder die Verfolgung sonstiger wirtschaftspolitischer Anliegen geht,¹⁰⁶ wobei auch Massnahmen zur Kostendeckung öffentlicher Einrichtungen erfasst sind¹⁰⁷ – in Frage; soweit Private verpflichtet werden, können auch (sonstige) sachliche Gründe einschlägig sein. Weiter muss die Massnahme den Anforderungen der Verhältnismässigkeit, wobei insbesondere die Geeignetheit und die Erforderlichkeit von Bedeutung sind, genügen.

Im Zusammenhang mit Art. 121a BV ist von Bedeutung, dass es somit klar mit dem **Freizügigkeitsabkommen unvereinbar** wäre, beim Zugang zum Arbeitsmarkt oder bei der Einstellung einen **Vorrang für Schweizerinnen und Schweizer oder für Inländerinnen und Inländer** (letztere würden auch in der Schweiz wohnhafte Ausländerinnen und Ausländer einschliessen) vorzusehen.

Hingegen wären z.B. Massnahmen, die die „Wettbewerbsfähigkeit“ inländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verbessern sollen (etwa durch zusätzliche Ausbildungen), mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar, dies unter der Voraussetzung, dass der Zugang zu derartigen Massnahmen unter Beachtung der Vorgaben des Abkommens gewährleistet wäre.

3. Fazit

Im **Ergebnis** ist somit in unserem Zusammenhang insbesondere zweierlei festzuhalten:

- Das Freizügigkeitsabkommen steht zwar jeder Art **verbindlich vorgeschriebener Kontingente** bereits *per se* entgegen, auch wenn diese (noch) nicht konkret angewandt werden. Hingegen dürften (auf welche Weise auch immer) **gesetzlich verankerte politische Zielsetzungen** – unter der Voraussetzung, dass in der gesetzlichen Formulierung hinreichend klar zum Ausdruck kommt, dass die durch das Abkommen eingeräumten Freizügigkeitsrechte nicht zusätzlichen Bedingungen unterworfen werden – als solche grundsätzlich mit dem Abkommen in Einklang stehen. Damit könnten sich für die Umsetzung des Art. 121a BV durchaus Perspektiven ergeben.
- Ein **Vorrang für Schweizerinnen und Schweizer oder für Inländerinnen und Inländer** beim Zugang zum Arbeitsmarkt oder bei der Einstellung wäre nicht mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens zu vereinbaren.

¹⁰⁶ EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, I-563, Rn. 36; EuGH, Rs. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikon), Slg. 1997, I-3091, Rn 22 f.

¹⁰⁷ So dass etwa Vergünstigungen für in einer bestimmten Region wohnhafte Personen nicht mit dem Argument des Steueraufkommens gerechtfertigt werden können, vgl. EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721. Eine Rechtfertigung kommt aber für den Fall, dass bestimmte Personen, die von der Leistung profitieren, zur Deckung ihrer Kosten einen Beitrag leisten, in Betracht. Ein solcher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung muss aber unmittelbar sein; eine lediglich allgemeine Steuerpflicht o.ä. genügt nicht

III. Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a Abs. 1-3 BV im Lichte des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU

Im Lichte der bislang angestellten Überlegungen geht es im Folgenden um die Auslegung des Art. 121a BV, wobei die Frage, ob diese Bestimmung so ausgelegt werden kann, dass die Umsetzung nicht gegen die skizzierten Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens verstösst, im Vordergrund steht. Hierfür ist letztlich entscheidend, ob Art. 121a Abs. 1-3 BV zwingend (wie auch immer ausgestaltete und differenzierte) „fixe“ Kontingente bzw. Höchstzahlen für die Zahl der erteilten Bewilligungen für Ausländerinnen und Ausländer (verbunden mit einem Inländervorrang) verlangt (1.), bevor – auf dieser Grundlage – einige mögliche Varianten der Umsetzung der Art. 121a Abs. 1-3 BV skizziert werden (2.).

1. Zur Ausgestaltung der „Kontingente“ und „Höchstzahlen“ im Sinne des Art. 121a Abs. 2, 3 BV

Ausgangspunkt für die Auslegung des Art. 121a Abs. 1-3 BV ist – unter Heranziehung der hier massgeblichen allgemeinen Auslegungsgrundsätze¹⁰⁸ – die Erkenntnis, dass sowohl innerhalb dieser Bestimmung (in Verbindung mit der Übergangsbestimmung des Art. 197 Ziff. 11 BV) als auch im Verhältnis zu anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben gewisse **Zielkonflikte** bestehen dürften bzw. auf miteinander in einem gewissen Spannungsverhältnis stehende Grundsätze Bezug genommen wird. Hinzuweisen ist in erster Linie¹⁰⁹ auf folgende Aspekte:

- Sowohl der **Text des Art. 121a Abs. 2, 3 BV** als auch die Argumentation der Initiantinnen und Initianten im Vorfeld der Abstimmung¹¹⁰ deuten auf den ersten Blick darauf hin, dass im Rahmen der Umsetzung auf jeden Fall **„fixe“ Kontingente** für die insgesamt zu erteilenden Aufenthaltsbewilligungen in der Schweiz festzusetzen sind, und dies „jährlich“, also offenbar **Jahr für Jahr**. Denn nach Art. 121a Abs. 2 S. 1 BV ist die „Zahl der Bewilligungen“ durch „jährliche Höchstzahlen und Kontingente“ begrenzt, wobei die Höchstzahlen nach Art. 121a Abs. 2 S. 2 BV für „sämtliche Bewilligungen“ des Ausländerrechts gelten sollen. Für diese Auslegung spricht auch, dass die Schweiz die Zuwanderung „eigenständig“ steuern soll (Art. 121a Abs. 1 BV).
- Soweit der sog. **Inländervorrang** betroffen ist, spricht Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV davon, dass die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer „unter Berücksichtigung eines Vorrangs für Schweizerinnen und Schweizer“ festzulegen sind. Offenbar soll also bei der Festlegung der Kontingente für Erwerbstätige (die Bestimmung bezieht sich

¹⁰⁸ Hierzu oben D.I.

¹⁰⁹ S. ansonsten auch noch *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014, Rn. 14 ff., der auf das Spannungsverhältnis mit verschiedenen verfassungsrechtlichen Bestimmungen (Art. 5, 8, 9, 13, 27 BV) hinweist.

¹¹⁰ Hierzu oben B. Zur Rolle der Argumentation des Initiantinnen und Initianten für die Auslegung einer auf einer Volksinitiative beruhenden Verfassungsbestimmung oben D.I.

ausdrücklich nicht auf die im Einzelfall erteilte Aufenthaltsbewilligung) die Verfügbarkeit schweizerischer Arbeitskräfte „berücksichtigt“ werden.¹¹¹

- Soweit die **wirtschaftlichen Interessen der Schweiz** betroffen sind, spricht Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV davon, dass die Höchstzahlen und Kontingente auf die „gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz“ auszurichten sind. Offenbar – und in diese Richtung gehen auch die Stellungnahmen der Initiantinnen und Initianten vor und nach der Abstimmung – soll die Verfassungsbestimmung also nicht so umgesetzt werden, dass die **wirtschaftliche Entwicklung in der Schweiz beeinträchtigt** wird. Hierfür sprechen auch Art. 94 ff. BV, die Bund und Kantone u.a. auftragen, die Interessen der „schweizerischen Gesamtwirtschaft“ zu wahren und für günstige Rahmenbedingungen für die Wirtschaft zu sorgen haben (Art. 94 Abs. 2, 3 BV). Interessanterweise wurden im Anschluss an dieses Anliegen (auch durch die Initiantinnen und Initianten bzw. zumindest von diesen nahestehenden Personen) insbesondere im Nachgang zur Abstimmung, teilweise aber auch bereits im Vorfeld, auch Umsetzungsvarianten vertreten, die mit dem Wortlaut des Art. 121a Abs. 1-3 BV *a priori* nicht in Einklang stehen, wie z.B. der Ausschluss der Grenzgänger von den Kontingenten oder die Erstreckung des Vorrangs für Schweizerinnen und Schweizer auf in der Schweiz wohnhafte Personen (unter Einschluss der Ausländerinnen und Ausländer).
- Schliesslich ist auf das Verhältnis des Art. 121a BV zu (bestehenden) **völkerrechtlichen Verträgen** hinzuweisen: Nach Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV sind die Art. 121a BV widersprechenden Abkommen innerhalb von drei Jahren neu zu verhandeln und anzupassen. Angesichts der schier Zahl betroffener Verträge¹¹² und der (auch damit verbundenen) Komplexität solcher Neuverhandlungen und Anpassungen ist hier schon zu bezweifeln, ob dies überhaupt möglich ist. Unabhängig von dieser Frage schweigt sich die Bestimmung aber darüber aus, was im Falle des Scheiterns oder im Falle der Unmöglichkeit der Neuverhandlung passieren soll.¹¹³ M.E. wird man die neuen Verfassungsbestimmungen keinesfalls so auslegen können, dass im Falle des Verstreichens der drei Jahre und der (aus welchen Gründen auch immer) nicht erfolgten Anpassung der relevanten völkerrechtlichen Verträge diese zwingend zu kündigen seien: Hierfür sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, ganz abgesehen davon, dass Art. 5 Abs. 4 BV zu entnehmen ist, dass Bund und Kantone das Völkerrecht „beachten“ und die Verfassung grundsätzlich vom Vorrang des Völkerrechts ausgeht.¹¹⁴ Bleiben aber die völkerrechtlichen Abkommen in Kraft, so wird man mit dem Spannungsfeld zwischen diesen und Art. 121a BV umzugehen haben.

Dies gilt jedenfalls, soweit keine Umsetzung erfolgte. Verstösst die Umsetzung gegen einen völkerrechtlichen Vertrag könnte sich allerdings auf der Grundlage des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit die Frage stellen, ob die Verträge nicht gekündigt werden müssen, eine Problematik, der in diesem Rahmen nicht nachgegangen werden kann. Hier sei nur festgehalten, dass zumindest allein die Annahme einer Initiative, die in einem Spannungsverhältnis mit einem für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag steht, jedenfalls nicht automatisch einen Auftrag

¹¹¹ Interessanterweise spricht der französische Text der Initiative von „respect du principe de la préférence nationale“, was tendenziell etwas „stärker“ formuliert ist als der deutsche Ausdruck „Berücksichtigung“.

¹¹² S.o. B.

¹¹³ S. auch schon oben B.

¹¹⁴ Vgl. eingehend, m.w.N., zur Stellung des Völkerrechts in der schweizerischen Rechtsordnung *Epiney*, Jusletter v. 16.12.2013.

zur Kündigung des betreffenden Abkommens bedeutet, kann doch prinzipiell nicht davon ausgegangen werden, dass die Stimmberechtigten mit der Annahme einer Initiative, die gegen bestimmte Vorgaben eines völkerrechtlichen Vertrages verstösst, auch die Kündigung eines gesamten Vertragswerks einleiten wollten. Dies gilt insbesondere bei eher umfassenden und komplexen Vertragswerken mit universeller oder regional umfassender Geltung.¹¹⁵

Die Auslegung des Art. 121a BV hat vor diesem Hintergrund im Sinne der **praktischen Konkordanz** diesen verschiedenen Zielsetzungen sowie den Spannungsfeldern Rechnung zu tragen, so dass die verschiedenen Inhalte möglichst weitgehend (aber mitunter möglicherweise nicht vollständig) zum Zuge kommen können. Insgesamt dürfte eine Berücksichtigung aller in Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV zum Ausdruck gekommenen Zielsetzungen und Grundsätze sowie eine Berücksichtigung anderer verfassungsrechtlicher Prinzipien in Anwendung dieses Grundsatzes eher **dagegen sprechen**, dass die neuen Verfassungsbestimmungen zwingend – im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung – die Einführung eigentlicher **starrer jährlicher Kontingente** für die Gesamtzahl der ausländerrechtlichen Bewilligungen verlangen, dies trotz des Wortlauts der Vorschrift:¹¹⁶

- Jährlich festgelegte „fixe“ Kontingente widersprächen *per se* den nach Art. 121a Abs. 3 S. 1 sowie Art. 94 Abs. 2, 3 BV zu berücksichtigendem **gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz**, denn ein derartiges System könnte in keiner Weise auf die sich möglicherweise ändernden Bedürfnisse der Wirtschaft reagieren. Aufgrund der Unsicherheit, genügend Arbeitskräfte rekrutieren zu können, wären auch darüber hinaus wohl (ggf. gravierende) wirtschaftliche Nachteile zu gewärtigen.
- Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Fixierung derartiger „starrer“ Kontingente für wirklich alle ausländerrechtlichen Bewilligungen auch darüber hinaus aufgrund der **internationalen wirtschaftlichen Verflechtungen der Schweiz** gravierende wirtschaftliche Nachteile mit sich brächte: So enthalten nicht nur zahlreiche Freihandelsverträge gewisse Freizügigkeitsrechte, die nicht unter dem Vorbehalt der Kontingentierung stehen dürfen,¹¹⁷ sondern auch zahlreiche Abkommen mit internationalen Organisationen mit Sitz oder Niederlassungen in der Schweiz wären hier betroffen. Es erscheint wenig realistisch, dass alle diese Abkommen im Sinne einer von vornherein erfolgenden fixen quantitativen Beschränkung der zu erteilenden Bewilligungen modifiziert werden könnten. Führt man gleichwohl solche Kontingente ein, so wäre wohl mit einem Wegzug zahlreicher Organisationen zu rechnen.
- Vor allem aber erscheint es aufgrund der in dieser Beziehung klaren Reaktionen der Europäischen Union¹¹⁸ ausgeschlossen, dass diese (und ihre Mitgliedstaaten) dazu bereit wären, das **Freizügigkeitsabkommen** so zu ändern, dass durch starre Kontingente der Grundsatz der Personenfreizügigkeit in Frage gestellt würde. Ganz abgesehen davon haben die bisherigen Erfahrungen gezeigt, dass die EU in Bezug auf die Reichweite und die Dynamik der Anlehnung an das EU-Recht in Marktzugangsabkommen (wie das hier in Frage stehende Freizügigkeitsabkommen) eher „ambitiöser“ geworden ist, so dass Vieles gar dafür spricht, dass die EU

¹¹⁵ Ähnlich *Künzli*, ZSR 2009 I, 47 (67 ff.); *Schefer/Zimmermann*, LeGes 2011, 343 (354 f.). In diese Richtung auch *Kiener/Krüsi*, ZBl 2009, 237 (249 f.).

¹¹⁶ Vgl. aber auch den etwas strengeren Ansatz von *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014, Rn. 22 ff., obwohl auch er den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hervorhebt.

¹¹⁷ Hierzu *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, insbesondere Rn. 36.

¹¹⁸ Vgl. z.B. Tagesanzeiger v. 9.3.2014. S. auch *Michael Ambühl*, in: NZZ am Sonntag v. 16.2.2014, 9.

Neuverhandlungen nur auf der Grundlage des geltenden Rechts und damit der Unionsbürgerrichtlinie (die noch einiges weiter geht als das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der Schweiz) in Angriff nehmen könnte.

Die Einführung starrer Kontingente würde somit quasi zwangsläufig gegen das Freizügigkeitsabkommen verstossen.¹¹⁹ Müsste oder würde man (die EU oder die Schweiz) das Freizügigkeitsabkommen kündigen, fielen die gesamten „Bilateralen I“ dahin, mit der Folge, dass hiervon auch wirtschaftlich sehr bedeutende Abkommen (insbesondere dasjenige über die technischen Handelshemmnisse) betroffen wären.¹²⁰ Aber auch ohne eine Kündigung wäre bei einem Verstoss gegen das Abkommen mit empfindlichen Gegenmassnahmen der Europäischen Union zu rechnen, die auch in anderen, für die Schweiz wirtschaftlich bedeutenden Bereichen (z.B. im Rahmen des Freihandelsabkommens oder des Abkommens über die technischen Handelshemmnisse) erfolgen könnten.

Darüber hinaus ist zu erwarten, dass das Interesse der EU an neuen Abkommen mit der Schweiz oder an der Erneuerung bestehender Abkommen wenig ausgeprägt sein wird bzw. bereits jetzt ist. So sieht die EU derzeit davon ab, das Forschungsabkommen – das regelmässig und zufälligerweise 2014 erneuert werden muss und die Teilnahme der Schweiz an den EU-Forschungsprogrammen gewährleistet – zu unterzeichnen, sollte die Schweiz ihrerseits nicht das bereits paraphierte Protokoll über den Einbezug Kroatiens in die Personenfreizügigkeit unterzeichnen und ratifizieren.¹²¹

- Hinzu kommt, dass eine Reihe von Aufenthaltsbewilligungen aufgrund **menschenrechtlicher Verpflichtungen** zu gewähren ist und nicht davon auszugehen ist, dass diese gekündigt werden sollen (sofern dies überhaupt möglich sein sollte, was bei zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts zu verneinen ist). Insofern dürfte die Festsetzung von „starren“ Kontingenten bzw. ihre Massgeblichkeit für die Aufenthaltsberechtigung bestimmter Personen in der Schweiz auch teilweise nicht durchführbar sein.
- Im Übrigen dürfte sich aus Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV **keine Pflicht zur Kündigung des Freizügigkeitsabkommens** ableiten lassen bzw. die Abstimmung kann nicht als eine „Absage“ an den „Bilateralen Weg“ ausgelegt werden, so dass jedenfalls im Falle des (zu erwartenden) Scheiterns einer Neuverhandlung des Freizügigkeitsabkommens im Sinne eines Vorsehens fixer Kontingente im Abkommen (etwa über eine neu ausgestaltete „Ventilklausel“) Vieles dafür spricht, dass die Umsetzung die Vorgaben des Abkommens wahren muss.

Insgesamt wäre somit im Falle der Einführung starrer Kontingente aufgrund des bestehenden Freizügigkeitsabkommens mit **gravierenden wirtschaftlichen Nachteilen** zu rechnen. Dies stünde aber mit dem erklärten Ziel des Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV sowie der Art. 94 ff. BV, den gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen, im Widerspruch.

Bemerkenswert ist insofern auch, dass insbesondere nach der Abstimmung von verschiedenen Seiten geltend gemacht wird bzw. wurde, Art. 121a Abs. 1-3 BV seien so umzusetzen, dass die wirtschaftlichen Interessen der Schweiz nicht beeinträchtigt würden, woraus u.a. abgeleitet wird, bestimmte Personengruppen (z.B. Grenzgänger, gewisse in der Forschung beschäftigte Personen oder Beschäftigte bei Internationalen Organisationen und ihre Familienangehörigen) seien von dem gesamten System auszunehmen. Manche gehen

¹¹⁹ Hierzu oben D.II.2.a).

¹²⁰ Vgl. zu den Folgen einer Kündigung des Abkommens im Einzelnen *Heselhaus/Hänni*, SZER 2013, 19 (55 ff.).

¹²¹ Hierzu auch schon oben C.

gar noch weiter und fordern eine Umsetzung im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen (womit starre Kontingente von vornherein ausgeschlossen wären).¹²²

Hinzu kommt, dass die Einführung in jeder Beziehung starrer Kontingente für alle ausländerrechtlichen Bewilligungen zwangsläufig in **Konflikt mit diversen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz** geriete, die aber grundsätzlich zu beachten sind, zumal die Abstimmung und die Verfassungsbestimmung keine Absage an den „Bilateralen Weg“ implizieren.

Vor diesem Hintergrund kann somit **nicht davon ausgegangen** werden, dass Art. 121a Abs. 1-3 BV **zwingend die Verankerung jährlicher fixer Kontingente**, die die Zahl aller ausländerrechtlicher Bewilligungen rechtlich verbindlich beschränken, verlangt.¹²³

Gegen diesen Ansatz kann auch nicht geltend gemacht werden, die Schweiz müsse die Einwanderung „eigenständig“ steuern (Art. 121a Abs. 1 BV), womit „Zuwanderungsrechte“ aufgrund völkerrechtlicher Abkommen in Widerspruch stünden. Denn völkerrechtliche Verträge sind keine von aussen aufgezwungenen „Diktate“, sondern werden nach den hierfür in der Verfassung vorgesehenen (demokratischen) Verfahren ausgehandelt und abgeschlossen.¹²⁴ Insofern steht die Bindung an einen völkerrechtlichen Vertrag nicht der „Eigenständigkeit“ der Zuwanderungspolitik entgegen, ebensowenig wie die staatliche Souveränität durch die Bindung der Staaten an das Völkerrecht in Frage gestellt wird.

Auch Art. 121a Abs. 3 S. 2 BV, wonach massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen „insbesondere“ das Gesuch eines Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage sind, steht dem hier vertretenen Ansatz von vornherein nicht entgegen: Denn die Aufzählung ist explizit nicht abschliessend, so dass andere Kriterien – wie z.B. ein durch einen völkerrechtlichen Vertrag gewährleistetetes Recht – ebenfalls herangezogen werden können, so dass diese Kriterien (wie auch schon grösstenteils auf der Grundlage der bestehenden Rechtslage) z.B. nur für gewisse Drittstaatsangehörige zum Zuge kommen könnten.

Allerdings muss die Ausführungsgesetzgebung auf die eine oder andere Weise dem Anliegen des Art. 121a BV, die „Nettoeinwanderung“ in irgendeiner Form zu begrenzen, Rechnung tragen und dieses Ziel – zumindest teilweise – auf eine andere Art und Weise erreichen als über die Festlegung „absoluter“ Höchstzahlen. Insofern können die Vorgaben des Art. 121a Abs. 1-3 BV – soweit die Frage nach der Fixierung von „Kontingenten“ betroffen ist – dahingehend konkretisiert werden, dass einerseits **keine fixen Zahlen für alle ausländerrechtlichen Bewilligungen** jährlich gesetzlich festgeschrieben werden müssen, andererseits aber die Bezugnahme auf Kontingente und Höchstzahlen in der Bestimmung impliziert, dass auf die eine oder andere Art eine **(zahlenmässige) Beschränkung der ausländerrechtlichen Bewilligungen** zu gewährleisten ist. Insofern erscheint eine Umsetzung des Art. 121a Abs. 1-3 BV, die die Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens beachtet, nicht ausgeschlossen.

Hieran ändert auch die Bezugnahme auf den Vorrang für Schweizerinnen und Schweizer in Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV nichts: Denn einmal ist hier nur von „Berücksichtigung“ die Rede, so dass diese auf verschiedene Art und Weise sichergestellt werden kann und wohl nicht zwingend einen Verstoss gegen das Freizügigkeitsabkommen impliziert.¹²⁵ Zum anderen ist dieser Vorrang auf die Kontingente und Höchstzahlen bezogen, so dass er für den Fall, dass keine solchen „fixen“ Zahlen festgesetzt werden, auch gegenstandslos würde.

¹²² S.o. B.

¹²³ A.A. jedoch *Bundesamt für Justiz*, Angenommene Volksinitiative, Ziff. 6, das (zu) eng auf den Wortlaut abstellt. Offener und i.Erg. in eine ähnliche Richtung wie hier hingegen *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014, Rn. 29 ff.

¹²⁴ S. insofern auch die Bemerkungen bei *Heselhaus/Hänni*, SZER 2013, 19 (26 f.). Vgl. aber auch die andere Akzentsetzung bei *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014, Rn. 4 ff.

¹²⁵ S.o. D.II.2.b).

2. Zu möglichen Varianten der Umsetzung des Art. 121a BV

Wenn somit nach dem Gesagten Art. 121a Abs. 1-3 BV nicht zwingend eine Ausführungsgesetzgebung verlangt, die fixe jährlich festgelegte Kontingente vorsieht, jedoch sichergestellt werden sollte, dass eine zahlenmässige Limitierung der Zuwanderung in irgendeiner Form ermöglicht werden soll, fragt es sich, welche Umsetzungsmodelle hier in Frage kommen könnten, die zudem mit dem **Freizügigkeitsabkommen in Einklang** stehen. Daher soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, einige mögliche Varianten bzw. Modelle für die Umsetzung des Art. 121a Abs. 1-3 BV zu skizzieren, dies mit dem Ziel zu illustrieren, auf welche Weise dem Anliegen der Verfassungsbestimmung Rechnung getragen werden könnte, ohne das Freizügigkeitsabkommen zu verletzen.

Im Anschluss an die bisherigen Ausführungen gehen dabei alle Varianten davon aus, dass es keine starren, jährlich festgelegten Höchstzahlen für die insgesamt erteilten Aufenthaltsbewilligungen in der Schweiz gibt. Ausgehend von dieser Prämisse sowie den bereits entwickelten Spielräumen, die das Freizügigkeitsabkommen nach der hier vertretenen Ansicht einräumt (insbesondere der Umstand, dass allein das Ziel einer Beschränkung der Einwanderung als solches wohl mit dem Abkommen vereinbar ist),¹²⁶ sollen insgesamt fünf Varianten kurz skizziert und bewertet werden.

Allerdings ist hier nicht der Ort, im Einzelnen die verschiedenen Modelle oder gar gesetzlichen Bestimmungen genau darzustellen oder auszuformulieren; vielmehr geht es lediglich um das Aufzeigen von Modellen, die dann selbstredend noch im Einzelnen ausgestaltet und konkretisiert werden sollen. Auch erheben die ausgewählten Varianten keinen Anspruch auf Vollständigkeit; sicherlich gibt es noch weitere Möglichkeiten, und die verschiedenen Modelle können auch miteinander kombiniert werden.

Ausgespart bleibt im Folgenden noch die Variante, die Umsetzung vollständig den Kantonen zu überlassen, was von Art. 121a BV nicht *a priori* ausgeschlossen wird, jedoch wohl komplexe Fragen der Abstimmung der verschiedenen kantonalen Regelungen untereinander und mit den bestehenden bundesrechtlichen Bestimmungen im Bereich des Ausländer- und Asylrechts aufwürfe.

a) Mehrjahresziele und Massnahmenpläne

Dieses Modell geht davon aus, dass in einem ersten Schritt für die „**Nettozuwanderung**“ **über mehrere Jahre** (z.B. 10 Jahre) **Zielwerte** definiert werden, die ihrerseits unterschiedlich ausgestaltet sein können (z.B. im Durchschnitt mehrerer Jahre keine Überschreitung bestimmter Zahlen oder eine Plafonierung der Einwohnerzahl in der Schweiz auf eine bestimmte Zahl innerhalb eines bestimmten Zeitraums).

Zeigt sich – wofür ggf. eine Art Monitoring vorgesehen werden müsste – im Laufe der Jahre oder zum festgesetzten Zeitpunkt, dass das Ziel nicht erreicht wird bzw. werden kann, wäre ein **Massnahmenplan** vorzulegen, der aufzeigt, durch welche Massnahmen – z.B. im Bereich der Raumplanung, der Standortförderung oder des Steuerrechts – das vordefinierte Ziel erreicht werden könnte. Diese Massnahmen müssten wohl sowohl solche auf Bundes- als auch auf Kantonebene umfassen, so dass eine entsprechende Koordination vorzusehen wäre.

Dieser Ansatz besticht einerseits durch eine gewisse Eleganz und Flexibilität. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass insbesondere die Massnahmenpläne sehr komplexe rechtliche (und wohl auch politische) Fragen aufwürfen, die von der Frage nach der Koordination solcher Massnahmen über diejenige der Beurteilung ihrer (potentiellen) Wirksamkeit bis hin zu kompetenzrechtlichen Aspekten und Aspekten der Umsetzung reichen.

¹²⁶ S.o. D.II.2.a).

b) **Jährliche oder mehrjährige Richtwerte und Ausschöpfen des Handlungsspielraums**

Näher bei einem eigentlichen „Kontingentsystem“ ist die Idee, entweder pro Jahr oder über mehrere Jahre **Richt- oder Zielwerte für die Zahl der Aufenthaltsbewilligungen bzw. der Nettozuwanderung** zu formulieren. Ist absehbar, dass diese Zahlen überschritten werden, wäre der **Handlungsspielraum** gegenüber Personen, die nicht durch das Freizügigkeitsabkommen berechtigt sind und denen auch nicht aus anderen völkerrechtlichen Verträgen bzw. aufgrund menschenrechtlicher Verpflichtungen ein Aufenthaltsrecht zukommt, **„auszunutzen“**. Konkret könnte dies z.B. bedeuten, dass keine „Kontingentsflüchtlinge“ aufgenommen werden, dass der Familiennachzug für nicht durch das Freizügigkeitsabkommen berechnigte Personen (ggf. auch für Angehörige von Schweizerinnen und Schweizern) soweit wie möglich beschränkt wird und / oder dass grundsätzlich gar keine Aufenthaltsbewilligungen mehr an nicht durch das Freizügigkeitsabkommen berechnigte Drittstaatsangehörige erteilt werden. Das Ausländergesetz müsste entsprechend in geeigneter Weise angepasst werden.

Diese Variante ginge somit davon aus, dass die Einschränkung der Zuwanderung im Wesentlichen durch die Limitierung derjenigen Personengruppen, denen aufgrund des Freizügigkeitsabkommens (oder anderer (völker-)rechtlicher Vorgaben) kein Aufenthaltsrecht zukommt, erreicht werden soll. Allerdings ist zu beachten, dass damit wohl nur beschränkte Effekte erzielt werden können, da der Grossteil der Zuwanderung heute aus der EU kommt. Im Übrigen wäre danach zu fragen, ob eine solche Beschränkung der Zuwanderung politisch erwünscht ist, träfe sie doch auch und gerade besonders vulnerable Gruppen.

c) **„Flankierende Massnahmen“ mit Wirkungsprüfung**

Die durchaus beachtliche „Nettozuwanderung“ in die Schweiz in den vergangenen Jahren dürfte sehr vielfältige und komplexe Ursachen haben. Daher könne man in Erwägung ziehen, eine **Palette von Massnahmen** zu entwickeln, die grundsätzlich die **Zuwanderung beschränken** könnte. Zu denken wäre etwa an die Förderung der Berufstätigkeit von Frauen bzw. Müttern, eine Ausweitung der Weiterbildungsmöglichkeiten sowie raumplanerische oder steuerliche Massnahmen. Die Effektivität der Massnahmen wäre in periodischen Abständen einer Wirkungsprüfung zu unterziehen.

Zu betonen ist hier, dass derartige Massnahmen selbst mit dem Freizügigkeitsabkommen (und den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz) im Einklang stehen müssten, so dass z.B. Prämien für die Einstellung von Schweizerinnen und Schweizern oder von in der Schweiz wohnhaften Personen nicht zulässig wären, da sie gegen das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verstiesse, was angesichts der grundsätzlichen Drittwirkung des Diskriminierungsverbots im Bereich der Beschäftigung (Art. 9 FZA) auch für lediglich auf privater Ebene (etwa durch Branchenverbände) vorgesehene derartige Massnahmen gälte.¹²⁷

Vor dem Hintergrund des Art. 121a BV ist bei diesem Modell darauf hinzuweisen, dass keine eigentlichen Zielwerte festgesetzt werden (wobei das Modell jedoch durch solche ergänzt werden könnte). Im Übrigen erscheint es auf den ersten Blick durchaus lohnend, in

¹²⁷ Vgl. aber den in diese Richtung gehenden Vorschlag von *Avenir Suisse*, hierzu Tagesanzeiger v. 17.1.2013; NZZ v. 1.3.2014, 25.

diese Richtung nachzudenken, wobei jedoch zu beachten ist, dass die Zuwanderung natürlich auch auf der Attraktivität der Schweiz und der verhältnismässig guten wirtschaftlichen Situation beruhen dürfte und es wohl nicht im Interesse der Schweiz sein dürfte, grundsätzlich die Standortattraktivität für Unternehmen, die Lebensqualität für Individuen sowie die wirtschaftliche Situation zu senken bzw. zu verschlechtern. Insofern müssten die Massnahmen also sorgfältig entwickelt und ausgewählt werden.

d) Fixe (jährliche) Kontingente mit Anwendungseinschränkungen

Dieses Modell arbeitet mit **gesetzlich verbindlich festgesetzten (jährlichen oder mehrjährigen) fixen Kontingenten** für die Zahl der zu erteilenden Aufenthaltsbewilligungen. Jedoch würde von vornherein vorgesehen, dass diese Kontingente **keine Anwendung** auf Personen fänden, die durch das **Freizügigkeitsabkommen** zum Aufenthalt berechtigt sind. M.a.W. würden diese Personen von den Kontingenten ausgenommen.

Hier wären in Bezug auf die Effektivität ähnliche Überlegungen anzustellen wie in Bezug auf die Variante der Richtwerte mit Ausschöpfung des Handlungsspielraums,¹²⁸ dürfte doch der quantitative Spielraum hier relativ eng sein. Auch wäre hier zu überlegen, wie die Kontingente festgelegt werden sollen und wie mit Personen umzugehen ist (bei Überschreitung der Kontingente), denen aufgrund menschenrechtlicher Verpflichtungen ein Aufenthaltsrecht zusteht.

e) Fixe (jährliche) Kontingente mit Erhöhungsmöglichkeit

Bei dieser Variante würden zwar **gesetzlich verbindlich (jährliche oder mehrjährige) Kontingente** für die Zahl der zu erteilenden Aufenthaltsbewilligungen festgelegt. Wird diese Zahl jedoch deshalb (voraussichtlich) überschritten, weil „zu viele“ durch das Freizügigkeitsabkommen berechtigte Personen ihren Anspruch auf Aufenthalt geltend machen, werden die **Kontingente erhöht**, so dass jedenfalls das Aufenthaltsrecht dieser Personen (wobei in Bezug auf sonstige völkerrechtliche Verpflichtungen wohl ein ähnliches System zum Zuge kommen müsste) gewährleistet wäre.

Bei dieser Variante wäre vor dem Hintergrund der Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens durch eine entsprechend klare Formulierung in den gesetzlichen Grundlagen sicherzustellen, dass das durch das Abkommen gewährleistete Aufenthaltsrecht in der Tat keinen zusätzlichen (über das Abkommen hinausgehenden) Bedingungen unterworfen ist. Letztlich näherte sich dieses Modell damit der unter d) vorgestellten Variante an, da eine solche hinreichend klare Regelung wohl bedingte, dass eine Art Automatismus der Erhöhung der Kontingente vorgesehen würde, womit die durch das Freizügigkeitsabkommen Berechtigten im Ergebnis durch die Kontingente nicht erfasst würden.

¹²⁸ Oben D.III.2.b).

E. Zusammenfassende Thesen und Schlussbetrachtung

I. Zusammenfassung

Im Folgenden sollen die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung in Thesenform zusammengefasst werden, wobei jeweils für weitergehende Nachweise und Begründungen abschnittsweise auf die einschlägigen Kapitel verwiesen wird.

- Art. 121a Abs. 4 BV bezieht sich nicht nur auf die **Ratifikation** eines (neuen) völkerrechtlichen Vertrages, sondern auch auf dessen **Unterzeichnung und (innerstaatliche) Genehmigung**.¹²⁹
- Das Protokoll über den Einbezug Kroatiens in das Personenfreizügigkeitsabkommen wird schon deshalb nicht von Art. 121a BV erfasst, weil es sich **nicht um einen neuen völkerrechtlichen Vertrag** handelt, der neue Freizügigkeitsrechte verankert, sondern lediglich der persönliche Anwendungsbereich des bestehenden Abkommens erweitert wird.¹³⁰
- **Art. 121a Abs. 4 BV ist wegen fehlender Bestimmtheit als nicht unmittelbar anwendbar** anzusehen, so dass diese Bestimmung als solche nicht der Unterzeichnung, Genehmigung und Ratifizierung neuer Verträge entgegenstehen kann.¹³¹
- Der Umstand, dass im **Vorfeld der Abstimmung** grossmehrheitlich von einem **Verstoss der „Masseneinwanderungsinitiative“ gegen das Freizügigkeitsabkommen** ausgegangen wurde, bedeutet nicht zwingend, dass die zu Verfassungsrecht gewordene Bestimmung dann auch tatsächlich in diesem Sinn auszulegen wäre. Diese Frage ist vielmehr unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente und in Anwendung der für die **Verfassungsauslegung massgeblichen Grundsätze** auszulegen.¹³²
- Das Freizügigkeitsabkommen steht zwar jeder Art **verbindlich vorgeschriebener Kontingente** bereits *per se* entgegen, auch wenn diese (noch) nicht konkret angewandt werden. Hingegen dürften (auf welche Weise auch immer) **gesetzlich verankerte politische Zielsetzungen** – unter der Voraussetzung, dass in der gesetzlichen Formulierung hinreichend klar zum Ausdruck kommt, dass die durch das Abkommen eingeräumten Freizügigkeitsrechte nicht zusätzlichen Bedingungen unterworfen werden – als solche grundsätzlich mit dem Abkommen in Einklang stehen. Damit könnten sich für eine Umsetzung des Art. 121a BV im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen durchaus Perspektiven ergeben.¹³³
- Ein **Vorrang für Schweizerinnen und Schweizer oder für Inländerinnen und Inländer** beim Zugang zum Arbeitsmarkt oder bei der Einstellung wäre nicht mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens zu vereinbaren.¹³⁴
- Die Vorgaben des Art. 121a Abs. 1-3 BV – soweit die Frage nach der Fixierung von „Kontingenten“ betroffen ist – können dahingehend konkretisiert werden, dass

¹²⁹ C.I.
¹³⁰ C.II.
¹³¹ C.III.
¹³² D.I.
¹³³ D.II.2.a).
¹³⁴ D.II.2.b).

einerseits **keine fixen Zahlen für alle ausländerrechtlichen Bewilligungen** jährlich gesetzlich festgeschrieben werden müssen, andererseits aber die Bezugnahme auf Kontingente und Höchstzahlen in der Bestimmung impliziert, dass auf die eine oder andere Art eine **(zahlenmässige) Beschränkung der ausländerrechtlichen Bewilligungen** zu gewährleisten ist.¹³⁵

- Für eine Umsetzung des Art. 121a BV unter Beachtung des Freizügigkeitsabkommens in diesem Sinn kommen **verschiedene Varianten** in Betracht.¹³⁶

II. Schlussbemerkung

Insgesamt konnte die Untersuchung aufzeigen, dass Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV zwar gewisse **Spannungsfelder** sowohl innerhalb der Zielsetzung dieser Verfassungsbestimmungen selbst als auch zwischen diesen und anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben aufweist sowie das Verhältnis zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz klärungsbedürftig ist. Entgegen einem ersten Anschein folgt daraus jedoch gerade nicht, dass die neue Verfassungsbestimmung zwingend so umzusetzen wäre, dass (jährliche) fixe Kontingente definiert werden, die keinesfalls überschritten werden dürften, was mit zahlreichen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz – u.a. und insbesondere mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU – nicht zu vereinbaren wäre. Vielmehr spricht eine am Grundsatz der praktischen Konkordanz ausgerichtete Auslegung des Art. 121a BV dafür, dass es rechtlich zulässig und möglich ist, die Bestimmung so umzusetzen, dass die **völkerrechtlichen Vorgaben beachtet** werden und gleichzeitig dem **Ziel der Verfassungsbestimmung, die „Nettoeinwanderung“ zahlenmässig zu beschränken**, Rechnung getragen werden kann.

Zwar ist nicht zu verkennen, dass dieser Ansatz nicht dem Willen der (meisten) Initiantinnen und Initianten und wohl auch nicht dem Verständnis der Initiative durch die Bundesbehörden vor der Abstimmung entspräche. Eine Verfassungsbestimmung ist aber nicht nach dem Willen der Initiantinnen und Initianten oder der Behörden, sondern auf der Grundlage der anerkannten juristischen Methoden auszulegen, und eine vertiefte Analyse nach der Annahme einer Initiative kann hier durchaus zu anderen Schlüssen führen als die Mehrheitsmeinung während der Abstimmungskampagne.

Die entscheidende Frage geht vor diesem Hintergrund dahin, ob der **politische Wille** vorhanden ist, auch tatsächlich eine Umsetzungsvariante zu wählen, die mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass das in materieller Hinsicht kaum beschränkte Initiativrecht des Volkes impliziert, dass mitunter in einem gewissen inneren Spannungsverhältnis stehende Bestimmungen, die zudem auch mit anderen Verfassungsbestimmungen (so hier z.B. die in Art. 5 Abs. 4 BV verankerte Pflicht, das Völkerrecht zu beachten) in Konflikt geraten können, in die Verfassung eingefügt werden können. Damit werden im Zusammenhang mit der Ausführungsgesetzgebung mitunter komplexe rechtliche Fragen aufgeworfen, ist doch zu entscheiden, auf welche Weise diese Spannungsfelder und Zielkonflikte im Einzelnen aufzulösen sind. Das derzeit in der Schweiz geltende System geht dabei davon aus, dass es letztlich dem Parlament obliegt, die sich hier als notwendig erweisenden Entscheidungen zu treffen.

¹³⁵ D.III.1.

¹³⁶ D.III.2.

Dies impliziert – angesichts der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene in Bezug auf das Verhältnis von Bundesgesetzen zur Verfassung (Art. 190 BV) – übrigens auch, dass die Auslegung der relevanten Verfassungsbestimmungen durch das Parlament zu erfolgen hat und nicht gerichtlich überprüft werden kann. Man mag dieses System aus verschiedenen Gründen kritisieren: So wird denn auch die Verankerung zusätzlicher materieller Schranken für die Verfassungsrevision (auch und gerade im Zusammenhang mit für die Schweiz besonders bedeutenden völkerrechtlichen Verträgen) gefordert, dies – die beiden Aspekte dürften in einem inneren Zusammenhang stehen – häufig auch im Zusammenhang mit der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit auch im Verhältnis von Bundesgesetzen zur Verfassung.¹³⁷ Wie auch immer man Vorschläge in diese Richtung bewertet, bleibt festzuhalten, dass das gegenwärtige System – das gewisse Inkohärenzen in der Verfassung (auch in Bezug auf das Verhältnis von nationalem Recht und Völkerrecht) in Kauf nimmt (unter Einschluss von „toten“ Verfassungsbestimmungen), dies einerseits im Interesse ausgebauter Volksrechte und andererseits wohl auch vor dem Hintergrund der Schwierigkeiten der Verankerung weiterer materieller Schranken – grundsätzlich nur dann dauerhaft funktionieren kann, wenn die mit ihm einhergehenden möglichen Inkohärenzen und Spannungsfelder nicht überhand nehmen, was letztlich auch von einem verantwortungsvollen Gebrauch des Initiativrechts durch die genügend einflussreichen politischen Kräfte sowie einem gewissen Vertrauen der Bevölkerung in die sog. „Eliten“ abhängt. Insofern lebt auch dieser Aspekt der Demokratie von Voraussetzungen, die sie nur bedingt gewährleisten kann.

Insgesamt ist zu hoffen, dass Regierung und Parlament einen Weg finden werden, Art. 121a BV im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen umzusetzen und diese Absicht auch möglichst bald kommunizieren können. M.E. dürfte dies die einzige Möglichkeit sein, die **Beziehungen Schweiz – EU** so zu gestalten, dass die **schweizerischen Interessen in vertretbarer Weise gewahrt** werden können; ein „Rückschritt“ in die Zeit vor den Bilateralen I wäre aus wirtschaftlicher und politischer Sicht desaströs. Immerhin sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass Gegenstand der Abstimmung eben nicht die Kündigung der Bilateralen I war.

¹³⁷ Vgl. die Zusammenfassung der Diskussion (m.w.N.) bei *Tschannen*, Staatsrecht, § 44, Rn. 27 f.; *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1800a ff. S. sodann die vertiefenden Ausführungen bei *Hertig Randall*, ZSR 2010 II, 221 ff.

A. Introduction et problématique

Le 9 février 2014, le peuple et les cantons ont accepté l'**initiative « contre l'immigration de masse »**¹³⁸, qui prévoit l'introduction des art. 121a et 197 ch. 9¹³⁹ dans la Constitution fédérale. L'article 121a Cst. n'est, en principe, pas directement applicable.¹⁴⁰ Cela résulte, d'une part, de la formulation très large de la disposition et, d'autre part, de son alinéa 5, qui prescrit que les modalités sont réglées par la loi.¹⁴¹

Etant donné que les nouvelles dispositions constitutionnelles présentent un certain potentiel de conflit avec une série d'obligations internationales, que la Suisse s'est engagée à respecter, il convient d'examiner leur portée juridique exacte, respectivement **les possibilités de leur mise en œuvre conformément auxdites obligations internationales**. De plus, et avant l'adoption et l'entrée en vigueur de la législation d'application (ce qui prendra nécessairement un certain temps), il faut déterminer si, et éventuellement dans quelle mesure, les nouvelles dispositions constitutionnelles limitent déjà à l'heure actuelle la marge de manœuvre de la Suisse en matière de politique extérieure, l'art. 121a al. 4 Cst. prescrivant qu'**aucun (nouveau) traité de droit international contraire à l'art. 121a Cst. ne doit être conclu**.

Sur la base d'un bref aperçu de la teneur des art. 121a et 197 ch. 11 Cst. et des arguments présentés avant la votation par les partisans et les opposants (B.), la présente contribution se propose d'examiner ces questions de manière détaillée. Toutefois, les thèmes abordés se limitent à certains aspects précis de la portée des dispositions constitutionnelles mentionnées, l'objectif n'étant dès lors pas leur analyse exhaustive. Ainsi, en ce qui concerne les effets juridiques de l'art. 121a al. 4 Cst. (C.), nous mettons l'accent sur la question de savoir si cette disposition impose à la Suisse de ne pas signer ou ratifier le Protocole sur l'extension de l'ALCP entre la Suisse et l'UE¹⁴² à la Croatie (qui a été paraphé, mais pas encore signé).¹⁴³ Quant à la possibilité de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. conformément aux obligations internationales de la Suisse (D.), il sera examiné si, et éventuellement de quelle manière, la législation d'application peut être conçue, afin de ne pas être contraire à l'Accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE, une question qui a une portée particulièrement significative dans la pratique. Finalement, les principaux résultats de l'analyse sont résumés sous forme de thèses et une brève remarque finale conclut cet avis de droit (E.).

¹³⁸ Initiative populaire « contre l'immigration de masse ».

¹³⁹ Art. 197 ch. 9 dans l'énoncé de l'initiative populaire « contre l'immigration de masse », mais introduit dans la Cst. sous le ch. 11 de l'art. 197.

¹⁴⁰ Au sujet de l'art. 121a al. 4 Cst., sous C.

¹⁴¹ Voir aussi *Heselhaus/Hännli*, RSDIE 2013, 19 (25), qui parlent, dans ce contexte, que l'article est sujet à interprétation (« interpretationsbedürftig »). L'applicabilité directe est également niée par *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter du 17.3.2014, n. 39.

¹⁴² Accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681 ; JO L 114/2002, 6 ss.

¹⁴³ Cf. Protocole à l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que partie contractante, de la République de Croatie, à la suite de son adhésion à l'Union européenne, voir la version paraphée, à l'adresse suivante : www.bfm.admin.ch/content/ (consulté le 10.3.2014).

La présente analyse est basée sur une expertise réalisée par l'auteure à la demande du Conseil d'Etat du canton de Vaud. Elle a déjà fait, pour l'essentiel, l'objet d'une publication (en version allemande) dans la revue Jusletter du 2 juin 2014. Le contenu de cette expertise a été établi de manière indépendante : l'auteure n'a pas été contrainte à un résultat déterminé ou influencée par un avis préconçu. Il lui a été demandé de répondre, de manière indépendante, aux questions qui lui ont été posées.

Les questions devant être examinées ont été formulées de la manière suivante :

« L'avis de droit traite de la portée juridique de l'article 121a et de l'article 197 ch. 9 Cst. Plus précisément, deux questions seront traitées en détail :

- a) Est-ce que l'on peut déduire de ces articles une obligation pour la Confédération de ne pas signer et de ne pas ratifier le protocole qui prévoit l'extension de l'Accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE à la Croatie?
- b) Est-ce qu'il est concevable (et si oui de quelle manière) de mettre en œuvre l'article 121a en respectant les obligations découlant dudit Accord? »

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud, en particulier Madame la Conseillère d'Etat *Anne-Catherine Lyon*, est remercié pour la confiance témoignée à l'auteure et la collaboration très agréable et constructive qui en a résulté.

Mes remerciements vont également à Messieurs *Markus Kern*, docteur en droit, *Roland Mayer*, secrétaire général suppléant de la CdC, *Robert Mosters*, Rechtsassessor, et *Benedikt Pirker*, docteur en droit, pour la relecture du manuscrit et pour leurs précieuses remarques.

La langue originale de la contribution est l'allemand ; la version française est dès lors une traduction.

B. Les art. 121a et 197 ch. 11 Cst. – Aperçu et argumentation avant et après la votation¹⁴⁴

L'**initiative « contre l'immigration de masse »** a été lancée par les initiates et les initiateurs en raison, d'après eux, de **l'immigration nette trop élevée** des étrangères et des étrangers ces dernières années (y compris les frontaliers et les résidents de courte durée). L'objectif consistait, respectivement consiste, à réduire l'immigration, en premier lieu à cause des problèmes (réels ou prétendus) liés à la croissance démographique, notamment la consommation des ressources, une certaine « pression sur les salaires », la disponibilité des logements, l'accès aux prestations sociales et la capacité du système de transport.

L'**art. 121a Cst.** (sous la note marginale « Gestion de l'immigration ») est composé de **cinq alinéas**, qui doivent être lus avec la disposition transitoire prévue à l'**art. 197 ch. 11 Cst.** :

- Selon l'art. 121a al. 1 Cst., **la Suisse « gère » l'immigration** des étrangères et des étrangers « de manière autonome ».
- L'**art. 121a al. 2 Cst.** contient, d'une part, le **principe de limitation** du « nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse » par « des **plafonds** et des **contingents** annuels », qui valent pour toutes les autorisations accordées en vertu du droit des étrangers, y compris le domaine de l'asile. D'autre part, cet alinéa introduit une disposition potestative (« **Kann-Bestimmung** ») : le droit au séjour durable, au regroupement familial et aux prestations sociales « peut » être limité.

Cette dernière phrase de l'alinéa 2 n'a pas de portée juridique autonome, étant donné que de telles limitations sont déjà possibles en application des dispositions actuelles.¹⁴⁵ Les obligations internationales – qui imposent des limites à de telles mesures (p.ex. l'art. 8 CEDH concernant le regroupement familial, l'ALCP en relation avec l'exclusion des citoyens de l'UE de certaines prestations sociales ou les traités [bilatéraux] d'établissement en ce qui concerne les séjours durables) – doivent cependant être respectées.

- L'**art. 121a al. 3 Cst.** énumère les critères en fonction desquels les contingents et les plafonds annuels doivent être fixés. Cet alinéa ne concerne pourtant **que les étrangères et les étrangers exerçant une activité lucrative**. Ainsi, les plafonds et les contingents doivent être déterminés selon les « **intérêts économiques globaux de la Suisse** » et cela « dans le respect » du **principe de la préférence nationale**, les frontaliers et les frontaliers étant inclus. Les critères déterminants pour l'octroi d'autorisations de séjour sont en particulier la demande d'un employeur, la capacité d'intégration et une source de revenus suffisante et autonome.
- Selon l'**art. 121a al. 4 Cst.**, aucun (nouveau) **traité international contraire** à cet article **ne doit être conclu**. Si des **traités internationaux existants** s'avéreraient contraires à l'art. 121a Cst., l'**art. 197 ch. 11 Cst.** prévoit que ces derniers doivent être renégociés et adaptés dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de cette disposition. L'art. 197 ch. 11 Cst. ne précise toutefois pas ce qu'il se passerait si une telle adaptation n'était pas possible.

¹⁴⁴ La présentation suivante – ainsi que l'aperçu des arguments présentés avant la votation – repose pour l'essentiel sur le Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire contre l'immigration de masse du 7.12.2012, FF 2013 279.

¹⁴⁵ Cf. par rapport à cette disposition aussi *Uebersax*, Jusletter du 14.4.2014, n. 51 ss.

- Enfin, **l'art. 121a al. 5 Cst.** prescrit que la **loi règle les modalités**. Cette disposition s'explique par le fait que l'art. 121a al. 1 à 3 Cst. n'est pas assez précis pour être directement applicable.¹⁴⁶ Si la législation d'application n'entre pas en vigueur dans les trois ans à compter de l'acceptation de cette disposition par le peuple et par les cantons, le Conseil fédéral édicte provisoirement, selon **l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst.**, les dispositions d'application nécessaires par voie d'ordonnance.

Ce bref aperçu¹⁴⁷ des nouvelles dispositions constitutionnelles permet déjà de se rendre compte de « **l'ouverture** » et du **besoin de précision** du contenu de l'art. 121a Cst. et cela malgré qu'il en ressort, à la première lecture, une obligation « limpide » d'introduire des contingents « rigides », concrétisés par des plafonds chiffrés du nombre de nouvelles autorisations de séjour pour les étrangères et les étrangers : ainsi, la manière dont les contingents peuvent être déterminés, « en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse », n'est déjà pas clairement établie. En effet, un système de contingents rigides, en tant que tel, va à l'encontre des intérêts économiques globaux de la Suisse, étant donné qu'il empêcherait toute flexibilité (sauf si le nombre fixé est si élevé qu'il ne sera jamais atteint). En particulier, le rapport entre l'art. 121a Cst. et les traités internationaux existants – qui, selon l'art. 5 al. 4 Cst., doivent être « respectés » – n'est pas clairement défini : ces traités – il ne s'agit pas seulement de l'ALCP, qui fait l'objet de la présente analyse, mais cela concerne également, d'une part, les obligations qui découlent des droits de l'homme (notamment des art. 3, 8 CEDH et 33 de la Convention relative au statut des réfugiés), et d'autre part, d'un certain nombre d'autres traités comportant des aspects relatifs à la libre circulation (tels que des traités d'établissement, des accords conclus avec des organisations internationales et des accords de libre-échange)¹⁴⁸ – doivent être renégociés ou adaptés. Si cela échouait (en particulier parce que les partenaires internationaux ne veulent pas ou parce qu'une adaptation n'est pas ou ne paraît pas réaliste), les traités ne devraient pas nécessairement être dénoncés et resteraient en vigueur. Il en résulte, ou en résulterait, un conflit d'objectifs entre, d'une part, l'art. 121a Cst. et sa législation d'application et, d'autre part, les traités internationaux devant être respectés selon l'art. 5 al. 4 Cst. Il se pose alors la question de savoir comment cette situation doit être résolue et, en particulier, si cet aspect doit être pris en considération dans l'interprétation de l'art. 121a Cst. Ce sujet sera traité plus loin.¹⁴⁹

Avant la votation du 9 février 2014, un grand nombre **d'arguments** a été avancé en faveur et contre l'acceptation de l'initiative. Les aspects suivants ont une importance particulière d'un point de vue juridique :

- Aussi bien le comité d'initiative que le Conseil fédéral sont apparemment partis de l'idée que les nouvelles dispositions constitutionnelles impliquaient des plafonds fixes pour l'immigration annuelle, respectivement pour le nombre annuel d'autorisations délivrées (y compris pour les frontaliers et les résidents de courte durée).
- En même temps, il a été souligné, et il l'est encore d'ailleurs, que les modalités d'un tel système de contingents (par exemple en ce qui concerne des catégories d'autorisations différentes, la priorisation de certaines catégories de personnes ou de

¹⁴⁶ Dans le même sens *Heselhaus/Hänni*, RSDIE 2013, 19 (33) ; *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter du 17.3.2014, n. 39.

¹⁴⁷ Voir en particulier encore sous D.III.

¹⁴⁸ Par exemple, *Vincent Chetail*, in : *Le Temps* du 10.3.2014, qui compte 58 traités qui pourraient être touchés par l'introduction de contingents « rigides ».

¹⁴⁹ Sous D.

critères déterminants d'admission) et les compétences pour le faire n'étaient pas déterminées par le texte constitutionnel.

- Le Conseil fédéral affirmait que l'initiative se heurtait en plusieurs points à l'ALCP et qu'elle n'était pas conciliable avec l'idée même de libre circulation des personnes ; c'est pourquoi, il lui apparaissait impossible d'adapter l'ALCP à ces dispositions.¹⁵⁰ Sur ce point, le Conseil fédéral a constaté sans surprise que l'Accord devrait « selon toute vraisemblance » être dénoncé en cas d'acceptation de l'initiative.¹⁵¹
- Selon l'argumentaire du comité d'initiative,¹⁵² la Suisse a besoin de main d'œuvre étrangère et l'économie (y compris les secteurs publics, comme par exemple le secteur de la santé) pourra toujours recruter la main d'œuvre nécessaire, même sur la base de l'article 121a Cst. et de la législation d'application. De plus et dans la même ligne, il est souligné que les contingents peuvent être adaptés à la situation économique, dans la mesure où l'initiative « n'impose pas de chiffres rigides, mais offre une souplesse suffisante ».¹⁵³
- Le comité d'initiative affirme que les articles 121a et 197 ch. 11 Cst. n'impose pas la dénonciation de l'ALCP ; une nouvelle négociation suffit. Par conséquent, il semble partir du principe que l'ALCP ne devrait pas être dénoncé.
- Finalement, en ce qui concerne les demandeurs d'asile, il est largement admis que le système doit être organisé, de manière à tenir compte des obligations internationales (ce qui ne ressort pas vraiment du texte même de l'article 121a al. 2 et 3 Cst.).

L'interprétation du texte de l'initiative avant la votation, en particulier en ce qui concerne la possible flexibilité des contingents ou des plafonds, n'apparaît pas tout à fait cohérente – également du côté des initiants – : l'initiative prévoyait, d'une part, la gestion autonome et la nécessité de fixer des plafonds (apparemment rigides) concernant l'immigration (nette), respectivement un nombre maximal d'autorisations de séjour, et d'autre part, la possibilité d'un système souple (conformément aux besoins de l'économie ou dans le respect de certaines obligations internationales) était soulignée.

Après la votation, cette tendance à la « relativisation » s'est poursuivie (en particulier en ce qui concerne les contingents fixes et la préférence nationale des Suissesses et des Suisses) :

- Des prises de position, intervenues après la votation (également de la part des personnes proches du comité d'initiative), soutiennent que certaines catégories de personnes ne seraient pas touchées par les plafonds (comme par exemples les frontaliers, les membres de la famille des employés des organisations internationales, les résidents de courte durée ou les chercheurs des hautes écoles).¹⁵⁴
- Pour le secrétaire d'Etat *Yves Rossier*, le défi consiste à appliquer l'article 121a Cst. sans violer l'Accord sur la libre circulation.¹⁵⁵ Cette déclaration va à l'encontre du Message du Conseil fédéral, qui affirmait que l'initiative se heurtait clairement à l'ALCP, et que ce dernier devrait probablement être dénoncé en cas d'acceptation de l'initiative.
- Après avoir discuté de la mise en œuvre de l'article 121a Cst., des représentants des milieux politiques et économiques ont affirmé qu'ils souhaitaient poursuivre la voie

¹⁵⁰ Expressément, FF 2013 323 ss.

¹⁵¹ FF 2013 306.

¹⁵² A l'adresse suivante : www.immigration-massive.ch (consulté le 10.3.2014).

¹⁵³ Argumentaire, www.immigration-massive.ch, 44 (consulté le 10.3.2014).

¹⁵⁴ Cf. par exemple *Le Temps* du 21.2.2014 ; *Le Temps* du 2.3.2014 ; *NZZ am Sonntag* du 2.3.2014, 11 ; *NZZ* du 14.3.2014, 9. D'un point de vue juridique sur la problématique *Uebersax*, Jusletter du 14.4.2014, n. 29 ss.

¹⁵⁵ Cf. *Le Temps* du 20.2.2014.

bilatérale avec l'UE. Lors de la communication publique avant et après cette rencontre, le terme de « contingents » n'a pas été utilisé, et une partie au moins des participants ont envisagé une mise en œuvre conforme à l'ALCP.¹⁵⁶

- *Avenir Suisse* est également favorable à une mise en œuvre de l'initiative dans le respect de l'ALCP. Elle propose concrètement de limiter l'augmentation de la population résidente suisse à un certain nombre (par exemple à 9 millions) durant les dix prochaines années. Si ce nombre devait être atteint, des mesures prédéterminées, dont apparemment des contingents fixes, devraient « automatiquement » être mises en place, afin de garantir le respect de l'objectif.¹⁵⁷ Il est douteux qu'un tel modèle soit effectivement conforme à l'ALCP.¹⁵⁸
- La préférence nationale en faveur « des Suissesses et des Suisses » doit, d'après un certain nombre de prises de position, également être appliquée aux étrangères et aux étrangers qui vivent sur le territoire suisse, ceci sur la base du principe de l'égalité devant la loi ;¹⁵⁹ il est intéressant de constater que cet avis est également partagé par les initiants,¹⁶⁰ alors qu'il est en contradiction avec le texte de l'article 121a Cst.

A ce stade de l'analyse, aucun jugement juridique n'est porté sur ces éléments, déclarations et arguments (exposés de manière non exhaustive) ; ces derniers pourraient toutefois s'avérer importants lors de l'interprétation des articles 121a et 197 ch. 11 Cst. Par ailleurs, ils illustrent qu'aussi bien les initiantes et les initiants que les représentants des milieux politiques et économiques ne veulent pas appliquer l'article 121a Cst. de manière strictement littérale (au moins pas sur tous les points), mais qu'ils souhaitent également que le contexte juridique (les traités internationaux et la Constitution) et les (différents) objectifs de l'initiative soient pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer la marge de manœuvre de la mise en œuvre de l'article 121a Cst.

¹⁵⁶ Cf. NZZ du 14.3.2014, 9.

¹⁵⁷ Cf. NZZ du 28.2.2014 ; NZZ du 1.3.2014.

¹⁵⁸ Cf. à ce sujet sous D.II.2.a).

¹⁵⁹ Cf. p.ex. NZZ du 22.2.2014, 23.

¹⁶⁰ NZZ du 14.3.2014, 9.

C. La portée de l'art. 121a al. 4 Cst. – sous l'angle de la signature et de la ratification du Protocole concernant l'extension de l'ALCP à la Croatie

Comme exposé ci-dessus,¹⁶¹ l'art. 121a al. 4 Cst. prévoit qu'aucun traité international contraire à l'art. 121a Cst. ne peut être conclu. Le but de cette disposition est d'**éviter tout conflit avec de (nouveaux) traités internationaux**. L'interprétation de cette disposition soulève différentes questions, parmi lesquelles trois aspects semblent être d'une importance particulière : les conditions requises pour que l'interdiction prévue dans cette disposition s'applique, en d'autres termes, la manière dont la notion de « conclusion » d'un (nouveau) traité international doit être comprise (I.), les conditions qui doivent être remplies pour être en présence d'un « nouveau » traité international (II.) et, finalement, la question de l'applicabilité directe de la disposition (III.).

I. La « conclusion » d'un traité international

L'art. 121a al. 4 Cst. stipule qu'aucun traité international contraire à l'art. 121a Cst. ne doit être « conclu ». La portée de cette « interdiction » dépend donc (aussi) de ce qu'il faut entendre par la « **conclusion** » d'un **nouveau traité international**.

L'art. 121a al. 4 Cst. ne peut *a priori* se référer qu'à un nouvel accord international. En effet, seuls les nouveaux traités internationaux peuvent être « conclus » ; des traités en vigueur existent déjà et sont dès lors, de ce fait, contraignants pour la Suisse. La relation systématique des art. 121a al. 4 et 197 ch. 11 al. 1 Cst. suggère également cette approche, dans la mesure où cette dernière disposition fait expressément référence à des traités internationaux déjà existants et obligatoires pour la Suisse (seuls ces derniers peuvent être « à nouveau » négociés et adaptés).

Selon les principes généraux du droit international, définis dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne)¹⁶² et qui font d'ailleurs partie du droit international coutumier (en tout cas, en ce qui concerne les principes pertinents dans le cas d'espèce),¹⁶³ un Etat n'est lié, en règle générale, qu'après la **ratification** d'un traité international, de telle manière que ni le paraphe, ni la signature d'un traité n'engage l'Etat, en tant que partie contractante.¹⁶⁴ Dès lors, l'hypothèse selon laquelle l'art. 121a al. 4 Cst. interdit uniquement la ratification de nouveaux traités internationaux, mais pas leur signature pourrait être envisagée.¹⁶⁵ Si l'on suit ce raisonnement, la notion de « conclusion » d'un traité international

¹⁶¹ Sous A. et B.

¹⁶² Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, RS 0.111.

¹⁶³ A propos du caractère de droit international coutumier des principes définis dans la Convention de Vienne, *Graf Vitzthum*, in : Graf Vitzthum/Proelß, *Völkerrecht*, 1^{ère} partie, n. 114.

¹⁶⁴ Cf. sur ce point et avec d'autres références, *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, *Völkerrecht*, 16 ss.

¹⁶⁵ Apparemment l'avis du Conseil fédéral, cf. FF 2013 305, dont la justification est peu plausible. Il est fait référence à l'art. 141a al. 1 Cst. féd, qui prescrit qu'avec l'arrêté portant approbation, d'éventuelles modifications seraient soumises ou pourraient être soumises au peuple et aux cantons. Cela est peu convaincant, car l'art. 141a al. 1 Cst. se rapporte uniquement aux traités internationaux, dont l'approbation est soumise à un référendum obligatoire. En ce qui concerne les traités, qui peuvent entrer en conflit avec l'art. 121a Cst., il s'agira, en règle générale, de traités soumis au référendum facultatif, respectivement de traités, qui peuvent être approuvés

n'engloberait ni la procédure d'approbation par le Parlement ni celle de soumission au référendum facultatif, la force obligatoire internationale résultant uniquement de la ratification (par le Conseil fédéral). La portée de l'article 121a al. 4 Cst. serait donc limitée à l'interdiction de la ratification de nouveaux traités contraires à l'art. 121a Cst. par le Conseil fédéral.

Il faut toutefois souligner que la « conclusion » d'un traité international, dans le sens de cette disposition, intervient déjà lors de la signature, lorsque le Conseil fédéral est habilité à ratifier seul (cf. art. 166 al. 2 Cst. et art. 24 al. 2, 3 LParl, art. 7a LOGA). Dans un tel cas, la signature entraîne l'entrée en vigueur du traité aussi au niveau international. Dans le domaine de l'immigration, une telle compétence du Conseil fédéral ne devrait être admise que dans des cas exceptionnels.¹⁶⁶

Une telle approche formaliste ne saurait convaincre : lorsqu'il est d'emblée clair¹⁶⁷ qu'un traité international ne peut pas être ratifié, cela n'a pas de sens de signer l'accord, d'autant plus qu'il résulte de l'art. 18 de la Convention de Vienne – article consacrant le principe de l'« interdiction de frustration », en vertu duquel l'Etat doit s'abstenir de tout acte qui priverait le traité, signé sous réserve de ratification, de son objet et de son but – certains « effets anticipés » consécutifs à la signature, qui peuvent aller jusqu'à l'application *de facto* de certaines dispositions du traité. De la même manière, une approbation parlementaire ou un référendum sont dénués de sens, lorsque le traité approuvé ne doit de toute façon pas être ratifié. Dans la mesure où le but de l'art. 121a al. 4 Cst. consiste à éviter que des traités internationaux incompatibles avec l'art. 121a Cst. ne deviennent contraignants pour la Suisse, cette disposition doit dès lors s'appliquer, non seulement à la réelle « conclusion » du traité, qui s'accompagne de la force obligatoire internationale, mais aussi déjà au **processus respectivement aux stades de procédure en amont, qui visent une telle conclusion**. De plus, le fait que le terme de « conclusion » ne soit pas une notion spécifique de la procédure de conclusion des traités (comme l'approbation ou la ratification, cf. art. 166 al. 2 et 184 al. 2 Cst.) constitue un argument supplémentaire en faveur de cette opinion.

Par conséquent, il résulte de ce qui précède que l'art. 121a al. 4 Cst. – dans son champ d'application – **s'oppose non seulement à la ratification, mais aussi à la signature et à l'approbation des traités visés par cette disposition**. En revanche, cette disposition ne s'applique en aucun cas déjà aux négociations. En effet, à ce stade, les conséquences ne peuvent pas être déterminées de manière claire, de sorte qu'il est impossible de se prononcer sur une éventuelle incompatibilité avec l'art. 121a Cst. D'ailleurs, il semble que le paraphe d'un traité – à savoir l'adoption du texte, de sorte qu'il ne peut être modifié que par de nouvelles négociations – ne doit pas être considéré comme une « conclusion », car c'est seulement sur la base du texte paraphé que, dans les faits, la question de sa compatibilité avec

par le Parlement seul. Il faut rappeler que, en relation avec les traités internationaux, seule l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales (art. 140 al. 1 let. b Cst.) est soumise à un référendum obligatoire ; le référendum facultatif, quant à lui, entre en ligne de compte, entre autres, pour les traités internationaux qui contiennent « des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales » (art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst.). Cette condition sera souvent remplie dans le domaine de l'immigration ou en ce qui concerne des accords relatifs à la libre circulation des personnes.

166 Sur les compétences du Conseil fédéral pour conclure des traités de droit international de manière indépendante (sans autorisation parlementaire), avec d'autres références, Kälin/Epiney/Caroni/Künzli, *Völkerrecht*, 101 ss ; Tschannen, *Staatsrecht* § 47, n. 16 ss.

167 Sur la question de la condition matérielle d'une incompatibilité avec l'art. 121a Cst. et de l'applicabilité directe, voir C.III. ci-dessous.

l'art. 121a Cst. peut être examinée. En outre, il ne résulte aucun effet juridique de l'adoption du texte pour les Etats concernés – contrairement à la signature.¹⁶⁸

L'art. 121a Cst., respectivement l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst., fixe un délai de trois ans pour l'adoption de la législation d'application, de sorte que c'est seulement à ce moment-là que la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. sera clarifiée. Cet aspect ne va pas à l'encontre de l'opinion présentée ci-dessus. En effet, il ne concerne pas la question de la définition du terme de « conclusion » d'un traité international, mais celle de déterminer si la disposition est suffisamment précise pour être directement applicable.¹⁶⁹

Par conséquent, il est constaté que l'art. 121a al. 4 Cst. concerne non seulement la **ratification** d'un (nouveau) traité de droit international, mais aussi la **signature et l'approbation** (de droit interne) de ce dernier.

A titre indicatif, il convient de relever que la position du Conseil fédéral (et du Parlement) concernant cette question, ne paraît pas toujours totalement cohérente : alors qu'il était expressément soutenu que le Protocole additionnel à l'ALCP concernant la Croatie ne pourrait pas ou ne devrait pas, sur la base de l'art. 121a al. 4 Cst., être signé, cette disposition n'est toutefois pas considérée comme un motif empêchant la signature et l'approbation de l'accord de libre-échange avec la Chine¹⁷⁰ – accord qui contient pourtant des droits relatifs à la libre circulation, qui ne sont soumis à aucun contingent.¹⁷¹

II. Les traités internationaux concernés

Comme cela a déjà été mentionné,¹⁷² l'art. 121a al. 4 Cst. se réfère uniquement **aux nouveaux traités internationaux**, qui ne sont pas encore entrés en vigueur pour la Suisse. Il ressort de cette disposition que la conclusion de nouveaux traités internationaux contraires à l'art. 121a Cst. doit être empêchée.

Dans ce contexte, deux éléments sont déterminants, afin d'appréhender la portée de cette disposition :

- En premier lieu, il doit s'agir d'un **traité international**. Il faut comprendre cette notion (de droit international) comme un échange de manifestations de volonté réciproques et concordantes, régi par le droit international, entre deux ou plusieurs Etats ou d'autres sujets de droit international, par lequel les parties contractantes

¹⁶⁸ D'un autre avis, en ce qui concerne l'adoption et les négociations, *Office fédéral de la justice*, Angenommene Volksinitiative, ch. 9.3, selon lequel l'adoption du texte d'un traité potentiellement en contradiction avec l'art. 121a al. 1-3 Cst. ainsi que les négociations qui précèdent l'adoption du texte sont couvertes par l'art. 121a al. 4 Cst. En ce qui concerne les négociations, cette approche paraît peu convaincante puisque leur résultat n'est justement pas encore connu ; ainsi, il n'est en général pas possible, à ce stade, de déterminer si oui ou non il y a une incompatibilité avec l'art. 121a al. 1-3 Cst. D'après nous, l'adoption du texte ne devrait pas être considérée comme une « conclusion » au sens de l'art. 121a al. 4 Cst., puisque – comme déjà mentionné – à ce stade, seulement le texte d'un accord potentiel est fixé, et c'est seulement sur cette base qu'un éventuel conflit avec l'art. 121a al. 1-3 Cst. peut être constaté. L'objection de l'OJ selon laquelle le principe de la bonne foi respectivement de l'Estoppel s'opposerait à l'adoption du texte ne saurait convaincre puisque la Suisse peut toujours mentionner l'éventualité d'un conflit avec l'art. 121a al. 1-3 Cst. et qu'elle devrait éventuellement renoncer à une signature.

¹⁶⁹ Voir sous C.III.

¹⁷⁰ Cf. uniquement www.humanrights.ch/de/Schweiz/Aussenwirtschaftspolitik/ (consulté le 28.3.2014).

¹⁷¹ Cf. *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter du 17.3.2014, n. 36.

¹⁷² Voir C.I.

s'engagent à un comportement déterminé.¹⁷³ Un traité de droit international existe indépendamment de sa désignation qui peut varier. Ainsi, des traités internationaux sont souvent intitulés d'une autre manière (p.ex. protocole, convention, accord ou pacte).

- Deuxièmement, il doit s'agir d'un **nouveau** traité international. Cette condition ne pose pas de problème, lorsque la Suisse souhaite conclure avec un ou plusieurs autres sujets de droit international un « véritable » nouvel accord, comme par exemple l'Accord de libre-échange avec la Chine. La situation juridique est cependant plus délicate, lorsqu'il s'agit de modifier un accord existant – modifications qui sont en général également considérées comme des traités internationaux. Dans ces cas-là, le sens et le but de l'art. 121a al. 4 Cst. devraient être déterminants : si lesdites modifications imposent de véritables nouvelles obligations, qui pourraient ne pas être en conformité avec l'art. 121a Cst., l'art. 121a al. 4 Cst. devrait être applicable. Dans le cas contraire, il n'y a aucune raison d'interdire leur conclusion. En effet, dans une telle situation, il n'en résulterait pas de nouvelles obligations internationales, pouvant entrer en conflit avec l'art. 121a Cst. Pour déterminer si, et dans quelle mesure, l'art. 121a al. 4 Cst. doit être appliqué aux modifications d'un accord déjà existant, il faut analyser, dans chaque cas concret, le contenu du traité concerné.¹⁷⁴

Le **Protocole d'intégration de la Croatie** à l'ALCP présente sans aucun doute les caractéristiques susmentionnées **d'un traité international**.

A première vue, on pourrait admettre que le Protocole impose de **nouvelles obligations** pouvant éventuellement être en contradiction avec l'art. 121a Cst., étant donné qu'il étend, ou plus précisément devrait étendre, l'ALCP à la Croatie, de sorte que les citoyennes et les citoyens croates puissent l'invoquer et soient inclus dans son champ d'application personnel. Le Protocole prévoit d'ailleurs une période transitoire en faveur de la Suisse (qui permet le plafonnement des autorisations de séjour des citoyennes et des citoyens croates sur une période relativement longue). Il faut cependant relever que le Protocole représente, d'un point de vue matériel, (seulement) une modification de l'Accord sur la libre circulation et contient des périodes transitoires. En revanche, **aucune nouvelle « véritable » obligation** n'est créée ; les droits en matière de libre circulation des citoyennes et des citoyens de l'Union européenne découlent de l'Accord sur la libre circulation lui-même. En d'autres termes, le Protocole n'implique qu'une **extension du champ d'application personnel de l'Accord sur la libre circulation**, qui intervient dans le cadre de l'élargissement de l'Union. Les obligations matérielles, quant à elles, découlent de l'Accord sur la libre circulation, qui a été conclu antérieurement et qui est déjà entré en vigueur. Le Protocole, quant à lui, partage le sort de l'ALCP de sorte qu'il ne serait en vigueur qu'aussi longtemps que l'Accord lui-même. Par ailleurs, le contenu matériel du Protocole prévoit avant tout des limitations de la liberté de circulation des citoyennes et des citoyens croates par rapport aux droits des autres citoyens européens, même si cela n'est valable que pour une période transitoire. Partant, il ne s'agit pas d'un traité international qui impose de nouvelles obligations à la Suisse, si bien qu'il ne tombe pas sous le coup de l'art. 121a al. 4 Cst.

D'autres arguments plaident en faveur de l'opinion présentée ci-dessus :

- La nécessité de conclure le Protocole résulte du fait que l'Accord sur la libre circulation – au contraire de la plupart des autres accords bilatéraux – a été conclu comme un accord dit mixte, qui implique, en tant

¹⁷³ Cf. *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, *Völkerrecht*, 16 ; voir aussi la définition de l'art. 2 al. 1 let. a de la Convention de Vienne, qui ne concerne toutefois que les traités conclus entre des États.

¹⁷⁴ A propos de l'applicabilité directe de l'art. 121a al. 4 Cst., voir sous C.III.

que partie contractante, aussi bien l'UE que les Etats membres. Cela est dû à des questions de compétences relevant du droit de l'UE.¹⁷⁵ Si l'Accord avait été conclu seulement par l'UE (respectivement par la CE en tant que son prédécesseur), son champ d'application, selon le principe de l'adaptation aux nouvelles frontières,¹⁷⁶ se serait « automatiquement » étendu au nouvel Etat membre, comme cela est le cas pour un grand nombre d'accords bilatéraux.¹⁷⁷ Il est toutefois peu convaincant de soutenir que la portée d'une disposition constitutionnelle dépend de la réponse à une question relevant du droit de l'UE, devant être résolue par l'UE de manière interne (il appartient à l'UE de décider, si un accord doit être conclu de façon mixte ou non).

- Dans la même idée, il convient de relever que l'extension du territoire national d'un des Etats membres ne conduirait pas à l'application de l'art. 121a al. 4 Cst., le principe de l'adaptation aux nouvelles frontières étant applicable dans une telle situation. Les implications d'une extension du territoire national d'un des Etats membres sur l'immigration pourraient être potentiellement plus grandes qu'en cas de conclusion du Protocole sur la participation de la Croatie à l'Accord sur la libre circulation, notamment étant donné qu'aucun délai transitoire ne serait prévu.
- Enfin, le sens et le but manifestes de l'art. 121a al. 4 Cst.– comme cela a déjà été dit – consistent à empêcher la conclusion de nouveaux traités contraires à l'art. 121a Cst. Si un traité ne contient pas de telles contradictions matérielles, dans la mesure où les obligations juridiques matérielles sont déjà fixées dans le « traité de base », il n'y a pas de raison d'avoir recours à l'art. 121a al. 4 Cst. : le « problème de compatibilité » existe indépendamment de la conclusion du nouveau traité international, qui ne fait qu'adapter l'Accord existant sur quelques points. Ainsi, la question de l'adaptation de l'Accord sur la libre circulation à l'art. 121a al. 4 Cst. ou – au contraire – de la mise en œuvre conforme à l'Accord sur la libre circulation se pose dans tous les cas, indépendamment de son extension à la Croatie.

En conclusion, il peut être affirmé que le Protocole d'extension à la Croatie de l'ALCP n'est pas affecté par l'art. 121a al. 4 Cst., parce qu'il ne s'agit pas d'un nouveau traité de droit international, qui fixe de nouveaux droits en matière de libre circulation, mais uniquement de l'extension du champ d'application personnel de l'Accord déjà existant.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Cf. à propos du traité mixte dans le droit de l'UE et sur la problématique, avec d'autres références, *Epiney*, FS Wolfrum, Bd. II, 1909 (1915 ss).

¹⁷⁶ A propos de ce principe *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, *Völkerrecht*, 47.

¹⁷⁷ Par ailleurs, l'arrêté d'approbation des Bilatérales I, en 1999, prévoit que chaque extension géographique du champ d'application de l'ALCP doit être l'objet d'une décision fédérale soumise au référendum. Cf. art. 2 let. b de l'Arrêté fédéral portant approbation des accords sectoriels entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne ainsi que, le cas échéant, ses Etats membres ou la Communauté européenne de l'énergie atomique, du 8 octobre 1999, RO 2002 1527.

¹⁷⁸ D'un avis contraire apparemment *Office fédéral de la justice*, *Angenommene Volksinitiative*, ch. 9.2, qui recourt de manière formaliste à la notion de traité international sans analyser le problème mentionné ici.

III. L'applicabilité directe de l'art. 121a al. 4 Cst.

Indépendamment de la problématique du champ d'application de l'art. 121a al. 4 Cst. discutée ci-dessus, la question de l'applicabilité directe de la disposition se pose, pour autant que l'on souhaite invoquer cette dernière avant l'adoption de la législation d'exécution. En effet, l'art. 121a al. 4 Cst., en tant que tel, peut s'opposer à la conclusion de nouveaux traités internationaux avant l'adoption des dispositions d'exécution, uniquement si la disposition est **directement applicable**.

L'applicabilité directe est en général examinée en lien avec les droits des individus, qui invoquent des dispositions de traités internationaux ou de la Constitution.¹⁷⁹ La problématique est toutefois parallèle à la détermination des conditions, auxquelles une autorité peut directement appliquer une disposition d'un traité international ou de la Constitution.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'applicabilité directe des dispositions constitutionnelles suppose que **les faits générateurs et leurs conséquences juridiques soient énoncés de manière suffisamment précise** pour que chacun puisse en tenir compte dans son comportement.¹⁸⁰ Ces critères doivent être appliqués à la lumière du principe de la légalité.

A première vue, **l'art. 121a al. 4 Cst.** remplit ces conditions : les faits générateurs (contradiction à l'art. 121a Cst.) et les conséquences juridiques (pas de « conclusion » desdits traités internationaux)¹⁸¹ sont mentionnés et paraissent clairs.¹⁸² Il faut toutefois relever – comme nous le verrons en détail¹⁸³ – que le système général de l'art. 121a Cst. ne peut pas être directement applicable (ce qui ressort déjà de l'art. 121a al. 5 Cst.),¹⁸⁴ et qu'il est formulé de manière extrêmement ouverte. En particulier, la **marge de manœuvre de concrétisation du législateur** est si étendue que le fonctionnement du système n'apparaît pas clairement à la simple lecture de la disposition. Compte tenu de cette grande marge de manœuvre, les faits générateurs de l'art. 121a al. 4 Cst. – la violation par un traité international de l'art. 121a Cst. – restent trop indéterminés pour être directement appliqués. En effet, lorsque les exigences légales susceptibles d'être enfreintes ne sont pas déterminées clairement, leur violation ne peut pas être détectée de manière fiable, ce qui s'oppose à l'applicabilité directe de la disposition.

On pourrait faire valoir qu'au moins un certain « contenu minimal » de l'art. 121a Cst. est suffisamment déterminé et qu'ainsi une applicabilité directe peut être admise à son égard. En particulier, il pourrait être envisagé, que, dans tous les cas, le principe de la libre circulation des personnes n'est pas conforme *per se* à l'art. 121a Cst., qui exige la fixation de contingents et de plafonds pour toutes les sortes d'autorisations de séjour des étrangères et

¹⁷⁹ Cf. par exemple *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, *Völkerrecht*, 127 ss.

¹⁸⁰ Cf. par exemple ATF 125 I 361, consid. 4a ; ATF 139 I 16, consid. 4.3.2. Pour la doctrine, par exemple, *Hangartner*, RDS 2007 I, 137 ss ; *Tschannen*, *Staatsrecht*, § 4, n° 6 ss.

¹⁸¹ Voir ci-dessus C.I.

¹⁸² L'applicabilité directe de la disposition est acceptée par *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter du 17.3.2014, n. 56, qui soutiennent qu'un Accord, comme celui avec la Chine, qui interdit la régulation par des plafonds conformément à l'art. 121a al. 4 Cst, ne doit plus être conclu. Le Parlement a néanmoins autorisé cet Accord et la ratification devrait intervenir sous peu, cf. seulement www.humanrights.ch/de/Schweiz/Aussenwirtschaftspolitik/ (consulté le 28.3.2014).

¹⁸³ Sous D.III.

¹⁸⁴ Egalement *Heselhaus/Hänni*, RSDIE 2013, 19 (33) ; *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter du 17.3.2014, n. 39.

des étrangers. Mais cet argument ne convainc pas non plus, dans la mesure où même ce qui apparaît, à première vue, comme l'essence de l'art. 121a Cst., n'est pas clairement identifiable. En effet, la disposition comporte de nombreuses contradictions internes et ne détermine ni les contingents ni les personnes auxquelles ils seraient applicables. Même son contenu minimal ne peut dès lors pas être établi de façon fiable, de sorte qu'un réel test de compatibilité – par ailleurs exigé par l'art. 121a al. 4 Cst. – n'est pas possible.¹⁸⁵

Un aspect systématique doit également être mis en évidence : le mandat législatif de l'art. 121a al. 5 Cst. intervient après l'art. 121a al. 4 Cst. Cet ordre démontre que ledit mandat concerne aussi l'art. 121a al. 4 Cst. Par ailleurs, le contenu matériel de l'art. 121a al. 1 à 3 Cst. n'est pas directement applicable (selon l'opinion apparemment unanime) ; dès lors, il semble peu cohérent d'admettre l'applicabilité directe de l'art. 121a al. 4 Cst., impliquant un véritable examen de compatibilité du contenu des al. 1 à 3 de l'art. 121a Cst., alors que ces derniers doivent être considérés comme insuffisamment précis pour être d'applicabilité directe.

Par ailleurs, le Tribunal fédéral semble parfois très prudent dans l'acceptation de l'applicabilité directe des dispositions constitutionnelles. Ainsi, il a considéré, en relation avec l'art. 121 al. 3 Cst. (qui concerne l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels), que cette disposition n'était pas d'applicabilité directe. En effet, une norme ouverte qui nécessite d'être concrétisée par le législateur ne peut être appliquée directement en raison de son manque de clarté. Le Tribunal fédéral a exposé en détail que l'art. 121 al. 3 Cst. énumérait différents comportements punissables, qui faisaient partiellement référence aux dispositions du Code pénal, mais qu'il utilisait aussi des termes très ouverts, non techniques et approximatifs, qui nécessitaient d'être concrétisés par le législateur. Certains faits générateurs semblaient certes être formulés de manière suffisamment précise ; néanmoins, la criminalité propre à entraîner l'interruption du séjour sur la base de l'art. 121 al. 3 Cst. nécessite d'être délimitée et évaluée de manière systématique et globale, ce qui reste à accomplir. L'on ne saurait isoler seulement une partie de la disposition sans introduire le risque d'une contradiction entre l'ancien et le nouveau système.¹⁸⁶ Des considérations similaires peuvent être formulées en ce qui concerne l'art. 121a al. 4 Cst.

En conclusion, de nombreuses raisons tendent à faire penser que l'art. 121a al. 4 Cst., à cause de son manque de précision, ne doit pas être considéré comme directement applicable. Par conséquent, cette disposition – en tant que telle – ne peut pas s'opposer à la signature, à l'approbation ou à la ratification de nouveaux traités.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Cf., en relation avec l'indétermination du contenu de l'art. 121a Cst., sous D.III., dans laquelle la possible mise en œuvre de la disposition par une loi sera discutée.

¹⁸⁶ ATF 139 I 16, consid. 4.2.3 et 4.3.

¹⁸⁷ D'un avis contraire *Office fédéral de la justice*, Angenommene Volksinitiative, ch. 9.5 ; *Uebersax*, Jusletter du 14.4.2014, n. 63 ss.

D. La possibilité de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. conformément à l'Accord sur la libre circulation des personnes

L'art. 121a Cst. n'est **pas directement applicable**. Cela ressort déjà, d'une part, de l'art. 121a al. 5 Cst., qui prescrit que les « modalités » sont réglées par la loi, et d'autre part, de l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst., qui donne mandat au Conseil fédéral, 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 Cst. par le peuple et les cantons, de les édicter provisoirement par voie d'ordonnance.¹⁸⁸ Cet article ne peut dès lors pas être appliqué en tant que tel – comme beaucoup d'autres dispositions constitutionnelles –, mais nécessite l'adoption d'une **législation d'application**.

L'adoption de la législation d'application doit être décidée par la voie politique et par le Parlement en tant que législateur (ou, dans le cadre de l'art. 197 ch. 11 al. 2 Cst., par le Conseil fédéral). Dans l'accomplissement de cette tâche, le Parlement et le Conseil fédéral doivent respecter les **prescriptions constitutionnelles**, comme cela est imposé par le principe de la hiérarchie des normes, selon lequel la Constitution l'emporte sur les lois et les ordonnances et qu'elle doit être respectée par le Parlement et le Conseil fédéral.

L'art. 190 Cst. n'y change rien : selon cette disposition, les lois fédérales et le droit international doivent être appliqués, et cela même, dans la pratique, lorsqu'ils sont contraires à la Constitution (selon la conception des autres autorités ou du pouvoir judiciaire). L'art. 190 Cst. ne concerne pas la hiérarchie des normes, mais sa **mise en œuvre** (partiellement déficiente, en raison de l'art. 190 Cst.) et la répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et, en particulier, le Tribunal fédéral, de telle manière que cette disposition s'explique avant tout par une certaine vision de la séparation des pouvoirs.¹⁸⁹ Il en ressort que l'art. 190 Cst. ne comprend **pas de règles sur la hiérarchie des normes**, mais désigne seulement les normes qui doivent être appliquées en cas de conflit entre les lois fédérales et le droit international, d'une part, et la Constitution, d'autre part. On ne peut dès lors en déduire aucune indication sur la relation entre les lois fédérales et le droit international.¹⁹⁰

Ainsi, il se pose la question de savoir dans quelle mesure, dans quel sens et dans quel degré de précision **l'art. 121a Cst. détermine** le contenu de la législation d'application de cette disposition. Par la suite, nous allons nous concentrer sur la question (importante) de savoir si, d'un point de vue constitutionnel, l'application de l'art. 121a Cst. violera nécessairement l'ALCP – tel qu'il est formulé actuellement – ou s'il existe une **possibilité d'adopter une législation d'application compatible avec l'ALCP**. L'analyse de cette problématique porte tout d'abord sur les principes déterminants pour l'interprétation d'une disposition constitutionnelle (I.) ; ensuite, les dispositions centrales de l'ALCP éventuellement concernées et leur portée juridique seront esquissées (II.), avant qu'il ne soit procédé à l'interprétation de l'art. 121a Cst. (III.).

¹⁸⁸ Voir aussi sous C.III.

¹⁸⁹ Sur le but de l'art. 190 Cst., *Looser*, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, 525 ss, avec des références aux arguments et aux critères d'interprétation.

¹⁹⁰ *Looser*, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, 530 s. ; *Tschannen*, Staatsrecht, § 9, n. 27 ; *Aubert/Mahon*, Commentaire, Art. 190, n. 9 ; *Kiener/Kälin*, Grundrechte, 20 ; *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht, n. 1918 ; *Reich*, ZaöRV 2008, 979 (995) ; voir également, avec d'autres références de l'ancienne doctrine, *Epiney*, ZBl. 1994, 537 (549 ss). Pour la jurisprudence, par exemple, ATF 117 Ib 367, consid. 2e ; ATF 124 II 480, consid. 3a ; ATF 125 II 417, consid. 4d ; ATF 136 II 241, consid. 16.1.

I. L'interprétation de dispositions constitutionnelles introduites à la suite de l'acceptation d'une initiative populaire

Comme cela a été relevé précédemment,¹⁹¹ le Conseil fédéral était d'avis, **avant la votation**, – conformément à plusieurs avis de droit¹⁹² –, que **l'art. 121a Cst. était contraire à l'ALCP**. Le comité d'initiative semblait également du même avis, même si leur position contenait quelques contradictions (qui se sont d'ailleurs renforcées depuis la votation) provoquant une certaine insécurité.¹⁹³

Cependant, l'interprétation d'une disposition, introduite dans la Constitution à la suite de l'acceptation d'une initiative ne doit pas nécessairement correspondre aux avis exprimés avant la votation – même s'ils proviennent du Conseil fédéral, qu'ils sont partagés par la plupart des acteurs politiques et confirmés par le corps scientifique. Les dispositions constitutionnelles doivent, au contraire, être interprétées **en accord avec les principes d'interprétation juridiques reconnus**, telles qu'ils ont été concrétisés pour la Constitution.¹⁹⁴ L'interprétation d'une disposition constitutionnelle présente des difficultés particulières, lorsqu'elle n'est pas, en elle-même, totalement cohérente respectivement lorsqu'elle contient certaines contradictions, et/ou qu'elle se heurte à d'autres dispositions constitutionnelles ou qu'elle est carrément incompatible avec ces dernières.

Dans de telles situations, il faut tout d'abord partir du principe que les **normes (constitutionnelles) sont équivalentes**. L'on ne saurait alors appliquer de manière schématique le principe de la *lex posteriori* : car souvent – voire dans tous les cas – la disposition adoptée postérieurement ne doit pas nécessairement être préférée aux dispositions antérieures divergentes, sinon ces dernières devraient être annulées de manière récurrente. Dans ce contexte, le **principe de l'interprétation systématique** – dont la notion de **concordance pratique** (selon laquelle les différentes dispositions doivent être interprétées, de telle manière que chacune d'elles atteigne son efficacité maximale)¹⁹⁵ représente une variante spécifique – joue un rôle central : les différentes dispositions doivent être interprétées en tenant compte des autres dispositions de même rang. Il faut éviter autant que possible les interprétations contradictoires, de sorte que les différentes dispositions (en partie antinomiques) puissent chacune déployer leur efficacité maximale. Il convient également de souligner qu'il n'y a, en principe, pas de normes « claires », mais que chaque interprétation et application de la loi résulte d'une interprétation (plus ou moins complexe). En ce qui concerne spécialement la Constitution, elle doit certes être vue comme un ensemble d'un point de vue juridique ; toutefois, il s'agit d'un certain « assemblage » qui n'a pas été rédigé en une fois mais s'est développé au fil des années, si bien que les différentes dispositions constitutionnelles ne sont pas toujours articulées entre elles. Il n'existe pourtant aucune hiérarchie entre ces dernières.¹⁹⁶ L'interprétation de la Constitution en général et, particulièrement des dispositions qui s'y trouvent en raison de l'acceptation d'une initiative populaire, peut dès lors s'avérer complexe et toute solution « simple » est en

¹⁹¹ Sous B.

¹⁹² Voir en particulier *Kaddous*, Avis de droit, septembre 2013 ; *Heselhaus/Hännli*, RSDIE 2013, 19 ss.

¹⁹³ Voir B.

¹⁹⁴ Méthode littérale, systématique, téléologique et historique, la pondération exacte des différentes méthodes d'interprétation de la Constitution ne sera pas approfondie dans cette analyse. A propos de l'interprétation de la Constitution, par exemple et avec d'autres références, *Tschannen*, Staatsrecht, § 4.

¹⁹⁵ A propos de ce principe d'interprétation, ATF 139 I 16, consid. 4.2.1, et les références citées.

¹⁹⁶ Cf. ATF 139 I 16, consid. 4.2.1, ainsi que les références citées.

principe exclue. En particulier, il serait contraire aux principes mentionnés de déterminer la portée d'une disposition constitutionnelle – si elle a été adoptée à la suite d'une initiative populaire – conformément à la volonté des initiantes et des initiants. Lorsque la volonté des initiantes et des initiants représente également un élément d'interprétation – parmi beaucoup d'autres –, elle doit être pondérée selon les circonstances du cas d'espèce.¹⁹⁷

L'importance de ces principes a été illustrée de manière particulièrement claire lors de l'interprétation par le Tribunal fédéral de l'art. 121 al. 2 à 6 Cst., qui a été introduit dans la Constitution à la suite de l'acceptation de l'initiative sur le renvoi des criminels étrangers :¹⁹⁸ il a notamment relevé que cette disposition pouvait entrer en conflit aussi bien avec plusieurs droits fondamentaux qu'avec les engagements internationaux de la Suisse (en particulier avec la CEDH, mais aussi l'ALCP) et cela impliquait qu'elle se heurtait aux valeurs fondamentales reconnues en Suisse et consacrées par le droit constitutionnel et par les traités internationaux, car elle faisait naître, à première vue, une « expulsion automatique ». Selon la CEDH et sur la base des art. 5 al. 2 et 36 Cst., la pesée des intérêts et l'appréciation fondées sur les circonstances du cas d'espèce sont indispensables dans un Etat de droit. Pour cette raison, l'art. 121 al. 3 Cst. est « dans son ensemble » une disposition sujette à appréciation, qui laisse une liberté de concrétisation au législateur et dont les rapports avec d'autres dispositions et principes constitutionnels doivent être élucidés par le législateur. Cette marge d'appréciation concerne non seulement les faits constitutifs mais aussi les conséquences juridiques, car les deux aspects ne peuvent pas être dissociés dans le système global des sanctions que le droit des étrangers associe aux comportements punissables déterminants. Il est intéressant de relever que cette approche est contraire à l'avis préconisé par la grande majorité de la doctrine ainsi que par le Conseil fédéral et le Parlement avant la votation, à savoir que l'initiative prévoyait une sorte « d'automatisme de renvoi » (auquel le Tribunal fédéral se réfère dans son jugement).¹⁹⁹ Cela n'a pas empêché le Tribunal fédéral de soutenir une autre approche se basant sur les principes susmentionnés.

Si l'on généralise l'approche adoptée par le Tribunal fédéral (convaincante par son raisonnement et son résultat), les principes constitutionnels principaux au moins – comme l'art. 5 Cst. consacrant le principe de l'activité de l'Etat régi par le droit – ne doivent pas être mis en cause par des dispositions résultant d'initiatives isolées, d'autant plus que ces principes pourraient être dénués de leur contenu suite à plusieurs initiatives. Il semble dès lors que les initiatives populaires peuvent mettre en cause, respectivement relativiser, des principes fondamentaux constitutionnels uniquement lorsque non seulement un tel nouvel article constitutionnel est introduit, mais qu'également une réserve correspondante dans les autres dispositions constitutionnelles concernées est prévue, au moins lorsque les principes constitutionnels centraux ou des règles structurelles fondamentales sont touchés.

Dès lors, l'approche du Tribunal fédéral concernant la validité des initiatives cantonales, leur comptabilité avec le droit fédéral et la prise en considération de la volonté des initiantes et des initiants²⁰⁰ ne peut pas être transposée à l'interprétation des dispositions constitutionnelles qui résultent d'initiatives populaires. En réalité, il s'agit d'une autre question, à savoir celle de l'application de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.) à une situation concrète, qui doit d'abord être effectuée compte tenu du seul texte ; par ailleurs, le Tribunal fédéral souligne également dans ce cas le caractère objectif de l'interprétation, dans le cadre duquel les préoccupations des initiantes et des initiants doivent également être prises en considération.

Enfin, il convient de souligner que le droit constitutionnel suisse – en particulier, mais pas seulement, en raison du droit d'initiative presque illimité (d'un point de vue matériel) et de l'absence de contrôle constitutionnel des lois fédérales – tolère certaines incohérences dans la Constitution (aussi bien entre les différentes dispositions constitutionnelles que dans la relation entre le droit national et le droit international), y compris des dispositions constitutionnelles « mortes » (car inappliquées). Ces incohérences doivent certes être minimisées autant que possible en recourant au principe de concordance pratique ; cela ne permet

¹⁹⁷ Voir également, à ce sujet, la formulation très claire d'*Hangartner*, PJA 2013, 698 (700), qui écrit ce qui suit : « Dass die Initianten einer Volksinitiative kein Monopol auf die Auslegung des von ihnen initiierten Verfassungstextes haben (...), ist im Übrigen klar. Jeder Rechtstext, von wem er auch ausgeht, ist unter Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsgesichtspunkte zu interpretieren und wird autoritativ von jenen Instanzen ausgelegt, die das Recht anwenden. »

¹⁹⁸ Cf. ATF 139 I 16, consid. 4.

¹⁹⁹ ATF 139 I 16, consid. 4.1, et les autres références citées.

²⁰⁰ Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 28.8.2013, 1C_127/2013, consid. 7.2. A propos de l'interprétation des initiatives en général, ATF 129 I 392, 395.

toutefois pas de les éliminer complètement. Certaines dispositions constitutionnelles ne peuvent, par conséquent, pas être totalement réalisées à cause d'autres dispositions ou prescriptions constitutionnelles.

En **conclusion**, le fait qu'il a été majoritairement admis avant la votation que l'initiative violait l'ALCP ne signifie pas nécessairement que la disposition constitutionnelle qui en résulte devrait être interprétée dans ce sens. Pour répondre à cette question, l'ensemble des éléments pertinents doit être pris en considération et les principes déterminants pour l'interprétation de la Constitution doivent être appliqués.²⁰¹

II. Les dispositions pertinentes de l'ALCP entre la Suisse et l'UE : une esquisse

Le principe fondamental, respectivement la « philosophie », de l'art. 121a Cst. se heurte quelque peu aux principes de l'ALCP conclu entre la Suisse et l'UE. Cette disposition n'est cependant pas directement applicable.²⁰² Pour cette raison, nous allons – sur la base d'un bref aperçu de l'Accord (1.) – présenter les prescriptions de l'ALCP, avec lesquelles l'art. 121a Cst. pourrait *a priori* être en contradiction (2.), avant de tirer une conclusion (3.), en vue de répondre à la question traitée ci-dessous²⁰³ de savoir si l'art. 121a Cst. impose l'adoption d'une législation d'application contraire à l'ALCP.

1. L'ALCP : aperçu et caractéristiques

L'ALCP confère – sous certaines conditions – aux citoyens de l'UE et aux membres de leur famille des **droits de séjour en Suisse**. L'Accord règle également un certain nombre d'aspects relatifs à la **situation juridique** de ces personnes en Suisse.²⁰⁴ Nous n'allons pas décrire ici de manière détaillée les caractéristiques de l'ALCP ;²⁰⁵ toutefois, il convient de rappeler certains éléments centraux de l'Accord :²⁰⁶

- L'Accord a pour **objectif** de transposer les principes fondamentaux de libre circulation des personnes existants déjà entre les Etats membres de l'UE, à la relation entre les Etats membres et la Suisse (cela sur la base de la situation juridique au moment de la signature de l'Accord, les annexes II et III concernant la sécurité sociale et la reconnaissance des diplômes peuvent être modifiées par le Comité mixte

²⁰¹ Voir sous D.III.

²⁰² Voir sous B., C.III.

²⁰³ D.III.

²⁰⁴ Les Suissesses et les Suisses ont les mêmes droits vis-à-vis des Etats membres de l'UE.

²⁰⁵ A propos de l'ALCP, par exemple, *Benesch*, Freizügigkeitsabkommen, *passim* ; *Kälin*, ZAR 2002, 123 ss ; *Kälin*, in : Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, 11 ss ; *Imhof*, ZESAR 2007, 155 ss, 217 ss ; *Hailbronner*, EuZ 2003, 48 ss ; *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht/Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 45 ss ; *Epiney/Mosters*, in : Auslegung und Anwendung von « Integrationsverträgen », 57 ss ; *Borghi*, Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, *passim* ; *Delli*, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?, *passim* ; *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 101 ss, 155 ss ; *Boillet*, L'interdiction de discrimination, *passim* ; *Grossen/de Coulon*, in : Bilaterale Verträge I & II, 135 ss ; *Schnell*, Arbeitnehmerfreizügigkeit, *passim* ; die Beiträge in *Epiney/Metz/Mosters* (éd.), Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU.

²⁰⁶ Le chapitre suivant repose en partie sur *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 3 (4 ss).

selon l'art. 18 ALCP). Certains aspects ponctuels sont toutefois exclus (par exemple la limitation aux prestations de services de courte durée ou l'exclusion du concept de citoyenneté européenne).

- Ainsi, une grande partie de l'Accord fait référence, de manière littérale ou dans son esprit, aux **concepts juridiques de l'UE** et à leurs garanties.
- D'un point de vue matériel, l'Accord garantit, sur la base de la **liberté du travailleur et de la liberté d'établissement** des citoyens européens, une situation juridique semblable à celle de l'UE ; cela vaut également pour les prestations de services de courte durée. **La liberté de circulation des personnes sans activité lucrative** est garantie de la même manière qu'au sein de l'UE²⁰⁷, à savoir à la condition d'avoir souscrit une assurance maladie et de posséder des moyens d'existence autonomes suffisants. Cela est également valable pour le regroupement familial et pour les conditions de vie, d'emploi et de travail. La libre circulation doit donc être garantie le plus largement possible.
- Selon l'art. 16 al. 2, 1^{ère} phrase, ALCP, dans la mesure où l'application du présent Accord implique des « notions de droit communautaire », il sera tenu compte de la « jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature ». **La jurisprudence de la CJUE** postérieure à la signature a également un impact considérable, au moins factuel, sur l'interprétation de l'ALCP.²⁰⁸ Du point de vue juridique aussi, il semble pertinent de prendre en considération la jurisprudence postérieure.²⁰⁹
- En ce qui concerne les principes applicables pour l'**interprétation de l'Accord** (qui se conforment aux règles de droit international en raison du caractère international de l'Accord), il est admis que les dispositions de l'ALCP, qui reprennent des garanties du droit de l'UE (de manière littérale ou [seulement] selon leur sens), sont interprétées conformément à leur signification en droit de l'UE. En effet, l'Accord vise – comme déjà mentionné – à garantir les mêmes droits et obligations que le droit de l'Union. En d'autres termes, l'ALCP tend à garantir, dans son champ d'application, une situation juridique parallèle à celle en vigueur au sein de l'UE. Cela signifie qu'il faut appliquer, pour l'interprétation de l'Accord, un « principe d'interprétation conforme » – au moins sur la base de la jurisprudence de la CJUE jusqu'au 21.06.1999 –, lorsque l'Accord fait référence à des concepts de droit de l'UE.²¹⁰ Une situation juridique différente peut être envisagée, dans le cadre de l'Accord, uniquement lorsqu'il est évident que l'on est en présence d'un concept différent de celui du droit de l'UE ou qu'il s'agit d'une autre situation juridique. La jurisprudence du Tribunal fédéral va clairement dans ce sens, alors que celle de la

²⁰⁷ Sur la base de la Directive 2004/38 relative au droit des citoyens et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (JO 2004 L 158, 77, à propos de cette Directive, *Epiney*, in : Die neuen Europäer, 115, 167 ss) certaines divergences doivent être répertoriées, étant donné que les innovations contenues dans la Directive 2004/38 ne sont pas (encore) applicables à la Suisse. A ce propos, *Kaddous*, RSDIE 2006, 213 ss.

²⁰⁸ Voir en particulier la « prise en considération » du jugement *Metock* (CJUE, aff. C-127/08, *Metock*, Rec. 2008, I-6241) dans l'ATF 136 II 5, dans lequel le Tribunal fédéral affirme que la jurisprudence postérieure à la signature de l'Accord doit être prise en considération, à moins que des raisons impératives ne s'y opposent.

²⁰⁹ Egalement ATF 136 II 5. A propos de cette problématique, *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 169 ss ; *Epiney*, ZBJV 2005, 1 ss ; *Maiani*, RDS 2011 I, 27 ss.

²¹⁰ Cf. ATF 130 II 113, consid. 6.2 ss.

CJUE semble un peu plus réservée sur ce point, bien qu'elle ne soit probablement pas encore consolidée.²¹¹

- En Suisse²¹², l'ALCP a en tant que tel, depuis son entrée en vigueur, une **validité interne** – sur la base du système moniste de la Constitution –, sans qu'un quelconque acte de transformation n'ait été nécessaire.²¹³ En principe, il a la priorité sur le droit interne de n'importe quel rang.²¹⁴ Si les conditions d'**applicabilité directe** (règlement de la situation juridique d'un particulier, justiciabilité, respectivement clarté suffisante et obligation des autorités nationales) en Suisse – sur la base de l'interprétation internationale de l'Accord – sont remplies,²¹⁵ les dispositions de l'ALCP sont directement applicables, de telle manière qu'elles peuvent être invoquées par les particuliers. Etant donné que les dispositions de l'Accord concernant le statut de séjour des citoyens européens accordent des droits, dont la clarté suffisante est d'ailleurs largement définie par la jurisprudence de la CJUE et qui s'adressent aux autorités, il faut considérer que, en principe, toutes les dispositions de l'Accord, qui concernent les droits des particuliers (c'est-à-dire la plupart des dispositions matérielles de l'Accord) sont directement applicables.²¹⁶

Quant à la portée exacte des obligations (de droit international) découlant de l'ALCP, il convient de souligner que le **droit international** – au contraire du droit de l'UE – impose uniquement aux Etats l'obligation de suivre ses prescriptions, mais pas la manière dont ils doivent le faire. **Aucune prescription au sujet de la place du droit international dans le droit interne** ne peut dès lors en être déduite. Par conséquent, aussi bien l'approche moniste que dualiste peuvent être adoptée et rien ne permet d'affirmer la priorité du droit international par rapport au droit interne.²¹⁷ Les obligations internationales sont en principe des « obligations de résultats », dans le sens où il y a violation du droit international uniquement lors d'un comportement contraire aux obligations découlant du droit international, et non pas déjà lorsque la situation juridique interne n'est pas compatible avec le droit international. Cependant, ces principes n'excluent pas que le droit international s'oppose, par exemple en raison de l'effectivité, à certaines dispositions nationales, de sorte que déjà une disposition légale en tant que telle peut être contraire aux devoirs internationaux. La portée exacte de l'obligation internationale en cause doit être déterminée dans chaque cas d'espèce en application des méthodes d'interprétation du droit international. Il ressort toutefois de ce qui précède qu'il ne peut en aucun cas être déduit « automatiquement » d'une situation juridique interne contraire au droit international une violation du droit international.

²¹¹ Cf. en détail, avec d'autres références à la jurisprudence, *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 157 ss.

²¹² A propos de la position des « Bilatérales » dans le droit de l'UE *Epiney/Meier/Egbuna-Joss*, in : *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 903 (910 ss) ; voir également *Kaddous*, in : *Accords bilatéraux II Suisse – UE*, 63 ss.

²¹³ Cf. sur la place des accords bilatéraux dans le droit suisse, avec d'autres références, *Thürer/Hillemanns*, in : *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 39 (42 ss).

²¹⁴ Cf. à propos de la relation entre le droit international et le droit national, avec d'autres références, *Epiney*, Jusletter du 16.12.2013 ; en ce qui concerne l'ALCP également *Epiney*, in : *Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012*, 81 (107 ss).

²¹⁵ A ce propos et en relation avec les accords bilatéraux, *Wüger*, SJER / ASDE 2004/2005, 287 ss ; cf. également *Grossen/de Coulon*, in : *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 135 (142) ; *Hangartner*, RDS 2007 I, 137 ss.

²¹⁶ Aussi *Thürer/Hillemanns*, in : *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 39 (47) ; *Filliez*, in : *Accords Bilatéraux Suisse – UE*, 183 (193 ss) ; Message du Conseil fédéral, FF 1999 5739.

²¹⁷ Cf. de manière approfondie et avec d'autres références, *Epiney*, ZBl. 1994, 537 ss.

A cet égard, la situation en droit international est différente de celle du droit de l'UE : ce dernier est directement en vigueur dans les Etats membres et peut – sous certaines conditions – être appliqué directement, respectivement provoquer des effets directs.²¹⁸ De plus, la jurisprudence de la CJUE consacre le principe de la primauté du droit de l'Union sur le droit national.²¹⁹ Enfin – et sur cette base – la CJUE²²⁰ a déduit de l'art. 4 al. 3 TUE (principe de coopération loyale) que la validité d'une disposition du droit national contraire au droit de l'UE représente *per se* une violation de celui-ci, indépendamment du fait que la disposition concernée soit appliquée ou non.

Comme cela a déjà été mentionné, l'ALCP s'inspire largement du droit de l'UE ; toutefois il s'agit sans doute d'un **traité international** et il correspond même à du droit international « classique », si bien que les principes d'interprétation présentés valent également pour l'Accord, nonobstant le fait que de bonnes raisons laissent penser que les prescriptions matérielles doivent être interprétées conformément au droit de l'UE. En effet, la question des **effets et de la portée « institutionnelle » des obligations** de l'Accord est à distinguer de celle concernant la portée matérielle de ses prescriptions. En ce qui concerne la première question, les caractéristiques particulières du droit de l'UE (validité et applicabilité directe, primauté et obligation d'abroger du droit national contraire au droit de l'Union) ne sauraient être appliquées à l'ALCP en raison du caractère international de l'Accord.²²¹

2. En particulier : les droits de séjour et l'interdiction de discrimination

L'art. 121a Cst. vise manifestement une réduction, respectivement un plafonnement, de l'immigration des étrangères et des étrangers ; il est d'ailleurs prévu que la Suisse gère l'immigration de manière autonome. Il se réfère à des plafonds et à des contingents qui doivent être définis dans le respect du principe de la préférence nationale des Suissesses et des Suisses.²²² Il ressort de ce qui précède que deux « catégories » de dispositions de l'ALCP sont concernées par l'art. 121a Cst et sa législation d'application : **les droits de séjour des citoyens de l'UE et des membres de leur famille** (a) ainsi que **l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité** (b).

Bien entendu, d'autres dispositions ou principes de l'Accord peuvent également entrer en ligne de compte.²²³ Dans ce cadre, une liste détaillée de tous les droits des citoyens européens, respectivement de toutes les obligations de la Suisse, ne sera pas dressée. En principe, les droits de séjour et les interdictions de discrimination constituent des formes différentes des mêmes principes, si bien que les questions concernant la conformité à l'Accord de contingents (rigides) et de règles préférentielles pour les nationaux se posent de manière parallèle dans les différentes situations. D'autres principes pourraient être applicables à la clause *stand still* (art. 13 ALCP), cette dernière ne devrait cependant pas avoir de signification propre dans notre contexte.

²¹⁸ A propos de ces principes et avec d'autres références, *Epiney/Mosters/Rieder*, *Europarecht* I, 101 ss.

²¹⁹ CJUE, aff. 6/64 (Costa/ENEL), Rec. 1964, 1141. Cf. de la jurisprudence postérieure, par exemple, CJUE, aff. 106/77 (Simmenthal), Rec. 1978, 629 ; CJUE, aff. C-224/97 (Ciola), Rec. 1999, I-2517 ; CJUE, aff. 2/06 (Kempter), Rec. 2008, I-411.

²²⁰ CJUE, aff. C-303/89 (Kommission/Frankreich), Rec. 1991, I-2903.

²²¹ Quant aux implications de cette approche pour la thématique de cet avis de droit cf. ci-dessous D.II.2.a).

²²² Cf. déjà sous B.

²²³ Cf. la liste de *Kaddous*, *Avis de droit*, 18 ss ; *Heselhaus/Hänni*, *RSDIE* 2013, 19 (33 ss).

a) Les droits de séjour des citoyennes et des citoyens de l'UE et des membres de leur famille

L'ALCP reconnaît aux citoyennes et aux citoyens de l'UE, ainsi qu'aux membres de leur famille, sous certaines conditions – qui varient selon les catégories de personnes (essentiellement les travailleurs, les indépendants, les prestataires de services, les membres de la famille, les personnes n'exerçant pas d'activité économique et les personnes ayant le droit de demeurer) – des **droits de séjour** (ainsi que, en relation avec ces droits de séjour, des droits d'entrée).

Il ressort de la systématique de l'ALCP que – à l'instar de la situation en droit de l'UE – **les conditions pour l'octroi d'un droit de séjour sont formulées de manière exhaustive dans l'Accord**, de telle manière qu'il n'est pas possible d'imposer des conditions supplémentaires. Une autorisation de séjour n'a dès lors qu'une valeur déclaratoire.²²⁴

Par ailleurs, le caractère exhaustif des conditions de séjour exclut en principe que des obligations spécifiques, qui vont au-delà des formalités d'annonce prévues par l'Accord, soient imposées aux citoyens européens ayant le droit de séjour. De telles obligations représentent en réalité **des conditions supplémentaires pour le séjour**, qui impliquent une violation du droit en cas de non-respect, même si le droit de séjour n'est pas en lui-même lié à leur observation.²²⁵

Il s'ensuit que le séjour doit être garanti aux citoyennes et aux citoyens européens, lorsqu'ils remplissent les conditions (exhaustives) stipulées dans l'Accord. En particulier, la **fixation préalable de plafonds et un refus automatique de l'autorisation de séjour** ne seraient pas compatibles avec l'Accord.

Toutefois, ces principes ne répondent pas encore à la question de savoir quels **types de règles**, respectivement quel **contenu**, seraient incompatibles avec l'Accord. Cela doit être clarifié en fonction des effets des obligations de l'Accord, en tant que droit international, discutés ci-dessus.²²⁶ Ainsi, la portée des droits de l'Accord **garantissant un droit de séjour** peut être précisée de la manière suivante (les situations énumérées ci-dessous n'étant pas exhaustives) :

- Dans tous les cas, il est, ou serait, incompatible avec l'Accord de **refuser le droit de séjour** à un citoyen européen ou à un membre de sa famille qui remplit les conditions de l'ALCP y relatives, parce qu'un contingent a été introduit et épuisé (mais également pour d'autres raisons, sauf si les limites énoncées dans l'Accord lui-même sont applicables).
- En elle-même, **l'entrée en vigueur de l'art. 121a Cst. ne représente pas de violation de l'Accord** – même lorsque son principe de base se heurte à l'ALCP –, étant donné que la disposition n'est manifestement pas directement applicable.²²⁷ Cela a pour conséquence qu'il ne peut pas porter atteinte aux droits de séjour garantis par l'Accord ; cela vaut également pour les obligations envers les autres parties au traité.
- En ce qui concerne la législation d'application, il convient de se demander si le fait de **prévoir des contingents** et des plafonds dans un acte législatif contrevient déjà à

²²⁴ Cf. pour le droit de l'UE, CJUE, aff. 157/79 (Pieck), Rec. 1980, 2171, n. 13 ; CJUE, aff. C-363/89 (Roux), Slg. 1991, I-273, Rn. 12 ; CJUE, aff. C-344/95 (Commission/Belgique), Rec. 1997, I-1035, n. 14 ss. Également en relation avec l'ALCP: ATF 136 II 329 ; TF, 2C_756/2009, arrêt du 15.12.2009, consid. 3.3.1 ; ATF 134 IV 57, consid. 4.

²²⁵ Voir déjà *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 81 (119 ss).

²²⁶ D.I.

²²⁷ Voir sous B., C.III.

l'Accord ou si – lors de son application – seul **le refus de l'autorisation de séjour** (dans un cas d'espèce), respectivement la non-garantie des droits de séjour en raison d'un dépassement du contingent, est contraire à l'Accord. Cela pourrait avoir une importance si les contingents ne sont pas dépassés et qu'ils n'amènent dès lors à aucun refus de droit de séjour. La première approche semble être la plus adéquate, malgré le fait que les obligations internationales sont en principe « axées sur le résultat ». En effet, les contingents étant également applicables aux personnes qui peuvent déduire leur droit de séjour de l'ALCP, il s'agit finalement d'une condition supplémentaire : d'une part, les conditions de l'Accord doivent être remplies et, d'autre part, les contingents ne doivent pas avoir été dépassés. Le droit de séjour est alors relativisé, en ce sens qu'il n'est accordé que dans les cas où les contingents ne sont pas atteints, ce qui n'est pas en conformité avec les principes généraux de l'Accord – même si, dans un cas d'espèce, les contingents n'ont pas été atteints –, qui prévoit que si les conditions exhaustives sont remplies, le droit de séjour doit dans tous les cas être accordé. Il convient également de relever que, dans tous les cas, des contingents obligatoires – même s'ils ne sont pas atteints – provoquent une incertitude quant à la réelle exécution des droits des bénéficiaires selon l'Accord, ce qui pourrait léser l'effectivité même de l'Accord et, partant, également ses prescriptions.

Une telle règle implique également une violation de la clause de *stand still* (art. 13 ALCP), d'après laquelle « les parties contractantes s'engagent à ne pas adopter de nouvelles mesures restrictives à l'égard des ressortissants de l'autre partie dans les domaines d'application du présent accord ».

Une autre approche pourrait toutefois être adoptée, si – ce qui n'est guère envisageable et ne sera dès lors pas approfondi ici – des contingents tellement élevés étaient fixés de telle manière qu'il serait impossible (pas seulement que cela semble improbable) de les dépasser.

Eu égard à ce qui précède, il ne devrait également pas être conforme à l'Accord de prévoir la non-application (*de facto*) des contingents (contraignants) pour les citoyennes et les citoyens de l'UE et les membres de leur famille, en ce sens qu'un droit de séjour est garanti ou une autorisation de séjour est délivrée sur demande et malgré les contingents : il en résulterait aussi ici une insécurité juridique et la remise en question de l'effectivité de l'octroi des droits de séjour en vertu de l'Accord. Les personnes bénéficiant d'un droit de séjour selon l'Accord seraient dissuadées d'exercer leurs droits, ce qui est contraire au principe selon lequel les droits sont garantis par l'Accord, et qui va à l'encontre de son objectif.

- Ces principes sont également applicables lorsque les contingents doivent être introduits après une **longue période de transition**, à la condition que cela se fasse « **de manière automatique** » – sans une nouvelle décision du législateur.²²⁸ Dans un tel cas, les droits de libre circulation seraient également soumis à une condition supplémentaire ; le fait que cela se passe quelques années plus tard n'y change rien. Cela vaut également pour les contingents pluriannuels, selon lesquels la « limitation » doit être calculée par exemple sur la moyenne de plusieurs années.

Cette approche s'impose également sous l'angle de la sécurité juridique : aussi bien le travailleur que l'employeur prennent des décisions (aussi) en fonction de l'évolution attendue à long terme, de telle manière que la perspective certaine de contingents obligatoires avant même leur application effective représente déjà une violation de l'Accord.

²²⁸

Cf. la proposition d'*Avenir Suisse* concernant l'application de l'art. 121a Cst. Sous B.

- En revanche, dans l'hypothèse où les contingents et les plafonds ne seraient pas contraignants, mais constitueraient **de simples valeurs indicatives**, il n'y aurait pas de violation de l'Accord : car il s'agirait uniquement d'objectifs (légaux), qui n'auraient pas d'influence particulière sur les droits de séjour et sur leur effectivité. Il faudrait cependant que la nature de ces chiffres soit clairement formulée dans la loi et qu'il soit évident que les droits de séjour découlant de l'Accord ne seraient pas soumis à des conditions supplémentaires.
- La solution qui prescrit la fixation de **plafonds légaux** contraignants, desquels **les citoyens européens et les membres de leur famille** sont toutefois **exemptés**, semble, pour des raisons semblables, être conforme à l'Accord – à la condition d'une formulation suffisamment claire de la disposition légale. En effet, l'effectivité des droits garantis ne serait pas mise en péril, dans la mesure où les citoyens bénéficiant d'un droit de séjour et les membres de leur famille pourraient pleinement les exercer.
- Enfin, on pourrait se demander s'il est compatible avec l'ALCP de prévoir, pour l'attribution des autorisations de séjour (également) aux citoyens européens et aux membres de leur famille, des contingents (annuels) contraignants ou des plafonds, qui, selon les besoins (c'est-à-dire lorsque les citoyens européens au bénéfice d'un droit de séjour déposent une demande et que les contingents sont déjà atteints) **peuvent être augmentés au cours de l'année**. La réponse à cette question dépend de la stipulation concrète d'une telle règle : s'il s'agit en fin de compte d'une exclusion des étrangers européens et des membres de leur famille des contingents et de la garantie absolue de leur droit de libre circulation, de nombreuses raisons permettent de se prononcer en faveur de la compatibilité d'une telle disposition avec l'ALCP.

A titre indicatif, il convient encore de signaler, qu'il est aussi théoriquement concevable que l'UE accepte par exemple une nouvelle « clause de ventilation » (qui prévoirait que, lors du dépassement d'un certain nombre de migrants européens, des contingents seraient introduits). L'Accord serait adapté et la Suisse pourrait introduire et appliquer ce principe et, partant, aussi mettre en œuvre l'art. 121a Cst. dans ce sens sans que l'ALCP ne soit violé. Il paraît cependant peu probable voire exclu – dans tous les cas sur la base des déclarations faites jusqu'à ce jour²²⁹ – que l'UE soit disposée d'entamer des négociations allant dans ce sens. D'un point de vue purement politique, il serait naturellement concevable que l'UE « accepte » des contingents très élevés, qui ne seraient probablement jamais atteints, ou plutôt ne s'y opposerait pas. Cela ne changerait toutefois rien à la situation juridique, sans compter qu'une telle réaction paraît à l'heure actuelle également peu probable.

b) L'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité

Selon l'**art. 2 ALCP**, les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, « dans l'application et conformément aux dispositions des Annexes I, II et III de cet Accord, discriminés en raison de leur nationalité ». Cette disposition ressemble beaucoup à l'art. 18 TFUE, selon lequel « dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité », de telle manière que l'on peut partir de l'idée que l'art. 2 ALCP reprend l'art. 18 TFUE. Dès lors, l'art. 2 ALCP fait référence (au moins partiellement) aux notions de droit de l'Union,

²²⁹ Cf. par exemple Tagesanzeiger du 9.3.2014. Voir également *Michael Ambühl*, in : NZZ am Sonntag du 16.2.2014, 9.

qui doivent être interprétées (également sur la base de l'art. 16 ALCP) de manière parallèle au droit de l'UE.²³⁰

L'Accord contient une série **d'interdictions spécifiques de discrimination en raison de la nationalité** pour certaines « catégories » de personnes (par exemple l'art. 9 de l'Annexe I ALCP concernant les travailleurs, l'art. 15 de l'Annexe I ALCP relatif aux indépendants ou l'art. 19 ALCP pour les prestataires de services). L'interdiction de l'art. 2 ALCP doit garantir lors de l'application de l'Accord, respectivement dans son champ d'application – de manière parallèle à la situation du TFUE – qu'il n'y ait pas de discrimination fondée sur la nationalité, lorsque les droits garantis par l'Accord ne sont pas directement atteints, mais que des mesures en relation avec l'application de l'Accord soient prises. Seule cette interprétation peut garantir à l'art. 2 ALCP une signification autonome par rapport aux interdictions spécifiques de discrimination. C'est pourquoi l'art. 2 ALCP peut avoir une portée propre, lorsqu'il n'existe pas d'interdiction spécifique de discrimination en raison de la nationalité.²³¹

D'un point de vue matériel, la portée de l'art. 2 ALCP – il en va de même pour les interdictions spécifiques de discrimination – peut être résumée de la manière suivante :

- L'art. 2 ALCP – qui est **directement applicable** et duquel les particuliers peuvent se prévaloir vis-à-vis des autorités et des tribunaux²³² – est applicable uniquement dans les situations **à caractère transfrontalier** (comme les dispositions de libre circulation de l'Accord en général).²³³
- (Seules) sont comprises les **discriminations en raison de la nationalité**.²³⁴ A cette fin, l'art. 2 ALCP interdit aussi bien les discriminations formelles (ou directes) que les discriminations matérielles (ou indirectes). Les premières sont fondées directement sur la nationalité. A l'inverse, les discriminations matérielles appliquent d'autres critères de distinction, tout en arrivant en fait au même résultat que les discriminations formelles parce qu'elles portent typiquement préjudice aux ressortissants de certains Etats membres.²³⁵ Il y a discrimination matérielle lorsqu'on a par exemple recours au lieu de résidence²³⁶ ou au lieu de formation²³⁷ comme signe

²³⁰ Dans ce sens déjà *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 45 (65 ss). Cf. à propos de ce parallélisme aussi ATF 131 V 209 ; ATF 129 I 392, consid. 3.2 ; TF, 2A.7/2004, consid. 3.3, 5.1 ; TF, 2A.325/2004, arrêt du 25.8.2005, consid. 3.3 ; ATF 136 II 241, consid. 12 ; TF, 2C_42/2007, consid. 3.6. Voir à propos de l'art. 2 ALCP *Epiney*, RSJ 2009, 25 ss ; *Boillet*, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, en particulier 99 ss.

²³¹ Egalement TF, 2A.325/2004, arrêt du 25.8.2005, consid. 3.3, dans lequel le Tribunal fédéral affirme que l'art. 2 ALCP a une portée autonome et que la disposition « revêt (...) une portée générale », de telle manière qu'elle peut s'appliquer aussi dans des situations pour lesquelles l'Accord ne prévoit aucune interdiction spécifique de discrimination d'après la nationalité. Cf. dans le même sens TF, 2C_42/2007, consid. 3.6.

²³² TF, arrêt du 12.9.2003, 2A.607/2002, consid. 3.3 ; ATF 129 II 257, consid. 3.3 ; ATF 129 I 392, consid. 3.2.3 ; ATF 129 II 249, consid. 3.3 ; *Martenet/Boillet*, SJER / ASDE 2007/2008, 311 (327 ss).

²³³ Cf. ATF 129 II 249, consid. 3 ss ; ATF 130 II 137, consid. 3.1 ss ; TF, 2A.768/2006, consid. 3.3 ; TF, 2A.351/2006, consid. 2.3 ; TF, 2A.659/2005, consid. 6.1 ; TF, 2P.224/2006, consid. 3.3. Cf. de la jurisprudence de la CJUE, CJUE, aff. C-148/02 (Garcia Avello), Rec. 2003, I-11613 ; CJUE, aff. C-60/00 (Carpenter), Rec. 2002, I-6279. Un élément transfrontalier existe même si les citoyens européens sont nés en Suisse et y ont toujours vécu, cf. TF, 2C_625/2007, arrêt du 2.4.2008.

²³⁴ Pour plus de détails, *Epiney*, RSJ 2009, 25 (29 f.).

²³⁵ A propos de ce principe en droit européen, *Epiney*, in : Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, n. 12 ss, avec d'autres références.

²³⁶ CJUE, aff. C-388/01 (Kommission/Italie), Rec. 2003, I-721.

distinctif. Elle peut aussi survenir, lorsque des règles régionales sont édictées, à travers lesquelles des étrangers et les autres nationaux sont défavorisés.²³⁸ La prise en compte de la discrimination matérielle dans le champ d'application de l'art. 2 ALCP (et des interdictions spécifiques de discrimination en raison de la nationalité) semble incontestée.²³⁹

- L'art. 2 ALCP peut avoir une portée propre, lorsqu'**aucune interdiction spécifique** de discrimination n'intervient. La discrimination doit avoir lieu « dans l'application et conformément aux dispositions des Annexes I, II et III de cet Accord » et ainsi être liée aux droits garantis par l'Accord.²⁴⁰
- L'art. 2 ALCP **oblige** les parties contractantes, c'est-à-dire l'Union européenne, les Etats membres et la Suisse. On peut se poser la question de savoir si, et dans quelle mesure, les personnes privées doivent respecter l'art. 2 ALCP : ces dernières doivent en tout cas respecter l'interdiction de discrimination lorsqu'on est en présence de règles collectives (par exemple des conventions collectives ou des règles d'association). Par ailleurs, l'art. 9 de l'Annexe I ALCP admet explicitement un effet horizontal direct de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité pour les relations entre travailleurs et employeurs.²⁴¹
- Selon la jurisprudence de la CJUE, les discriminations en raison de la nationalité peuvent être **justifiées** par des raisons impérieuses d'intérêt public.²⁴² Ce principe est aussi applicable dans le cadre de l'art. 2 ALCP. Sont considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt public, selon la jurisprudence de la CJUE, tous les intérêts publics à l'exception des motifs économiques. Ces derniers concernent avant tout la gestion économique ou la poursuite d'intérêts de politique économique²⁴³ ainsi que les mesures de couverture des coûts des services publics ;²⁴⁴ dans la mesure où les personnes privées sont destinataires de l'art. 2 ALCP, d'autres intérêts objectifs peuvent entrer en ligne de compte. La mesure doit également satisfaire les exigences de proportionnalité et en particulier les principes d'aptitude et de nécessité.

Dans le contexte de l'art. 121a Cst., il est évident, qu'il ne serait **pas compatible avec l'ALCP de privilégier les Suissesses et les Suisses ou les nationaux** (les étrangères et les étrangers résidant en Suisse seraient inclus) lors de l'accès au marché du travail ou du recrutement.

En revanche, des mesures visant par exemple à améliorer la « compétitivité » des travailleuses et des travailleurs nationaux (p.ex. par des formations supplémentaires), seraient compatibles avec l'ALCP, à la condition que l'accès à de telles mesures soit garanti conformément aux dispositions de l'Accord.

²³⁷ CJUE, aff. C-224/98 (d'Hoop), Rec. 2002, I-6191. A propos de la structure dogmatique exacte de la discrimination matérielle *Epiney*, in : Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, n. 12 ss.

²³⁸ CJUE, aff. C-388/01 (Commission/Italie), Rec. 2003, I-721 ; CJUE, aff. C-274/96 (Bickel), Rec. 1998, I-7637.

²³⁹ *Epiney*, Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 45 (65 ss) ; *Hangartner*, PJA 2003, 257 (263) ; TF, 2P.305/2002, arrêt du 27.11.2003 ; Tribunal fédéral des assurances, H 16/04, arrêt du 14.7.2005, consid. 5.2 ss.

²⁴⁰ En détail, *Epiney*, RSJ 2009, 25 (30 s.).

²⁴¹ A propos de cette problématique *Martenet/Boillet*, SJER / ASDE 2007/2008, 311 ss.

²⁴² Cf. par exemple CJUE, aff. C-224/98 (D'Hoop), Rec. 2002, I-6191 ; CJUE, aff. C-274/96 (Bickel), Rec. 1998, I-7637 ; CJUE, aff. C-524/06 (Huber), Rec. 2008, I-9705.

²⁴³ CJUE, aff. C-324/93 (Evans), Rec. 1995, I-563, n. 36 ; CJUE, aff. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikon), Rec. 1997, I-3091, n. 22 s.

²⁴⁴ CJUE, aff. C-324/93 (Evans), Rec. 1995, I-563, n. 36 ; CJUE, aff. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikon), Rec. 1997, I-3091, n. 22 s.

3. Résumé

En conclusion, deux points peuvent être retenus dans le présent contexte :

- L'ALCP s'oppose déjà *per se* à des **contingents contraignants et prédéterminés** de toute nature, même lorsqu'ils ne sont pas (encore) appliqués dans la pratique. En revanche, des **objectifs politiques ancrés dans la loi** devraient être en conformité avec l'ALCP – à la condition qu'il soit formulé de manière suffisamment claire que les droits de libre circulation accordés par l'ALCP ne sont pas soumis à des conditions supplémentaires. Des perspectives de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. peuvent donc en résulter.
- Une **préférence des Suissesses et des Suisses ou des nationaux** à l'accès au marché du travail ou lors du recrutement serait incompatible avec les dispositions de l'ALCP.

III. La portée juridique de l'art. 121a al. 1 à 3 à la lumière de l'ALCP Suisse – UE

Compte tenu de ce qui précède, il convient à présent d'interpréter l'art. 121a Cst. et de déterminer si la mise en œuvre de ce dernier conformément aux dispositions de l'ALCP est possible. Il est tout d'abord décisif d'examiner si l'art. 121a al. 1 à 3 Cst. impose, de manière absolue, des contingents et des plafonds « fixes » (quelle qu'en soit la forme) relatifs au nombre d'autorisations délivrées aux étrangères et aux étrangers (liées à une préférence nationale) (1.), avant que, sur cette base, quelques variantes possibles de mise en œuvre de l'art. 121a al. 1 à 3 Cst. ne soient esquissées (2.).

1. La mise en place d'un système de « contingents » et de « plafonds » au sens de l'art. 121a al. 2 et 3 Cst.

En ce qui concerne l'interprétation de l'art. 121a al. 1 à 3 Cst. – conformément aux principes régissant l'interprétation d'une telle disposition constitutionnelle²⁴⁵ –, le point de départ est le constat que cette disposition (en relation avec la disposition transitoire de l'art. 197 ch. 11 Cst.) contient des **objectifs** en partie **antinomiques** et qu'elle se heurte aussi à certains autres principes constitutionnels. Dans ce contexte, il convient de relever en premier lieu²⁴⁶ les éléments suivants :

- Autant le **texte de l'art. 121a al. 2 et 3 Cst.** que l'argumentation des initiantes et des initiants avant la votation²⁴⁷ laissent penser, à première vue, que lors de la mise en œuvre, des **contingents « fixes »** devraient être établis pour la délivrance d'autorisations de séjour en Suisse, et cela « annuellement », c'est-à-dire **d'année en année**. En effet, selon l'art. 121a al. 2, 1^{ère} phrase, Cst., le « nombre d'autorisations » est limité par des « plafonds et des contingents annuels ». Ces limitations valent, selon l'art. 121a al. 2, 2^{ème} phrase, Cst., pour « toutes les autorisations » délivrées en

²⁴⁵ Voir sous D.I.

²⁴⁶ Cf. par ailleurs aussi *Uebersax*, Jusletter du 14.4.2014, n. 14 ss, qui met en exergue une certaine tension avec différentes dispositions constitutionnelles (art. 5, 8, 9, 13, 27 Cst.).

²⁴⁷ Voir B. A propos du rôle de l'argumentation des initiantes et des initiants pour l'interprétation d'une disposition constitutionnelle introduite à la suite d'une initiative constitutionnelle, voir sous D.I.

vertu du droit des étrangers. Le fait que la Suisse gère l'immigration « de manière autonome » (art. 121a al. 1 Cst.) renforce également cette position.

- En ce qui concerne la **préférence nationale**, l'art. 121a al. 3, 1^{ère} phrase, Cst. prévoit que les plafonds et les contingents annuels pour les étrangères et les étrangers exerçant une activité lucrative doivent être fixés « dans le respect du principe de la préférence nationale ». La disponibilité de la main d'œuvre suisse doit manifestement aussi être « prise en considération » lors de la fixation des contingents (la disposition ne concerne pas l'autorisation délivrée dans un cas d'espèce) concernant les personnes exerçant une activité lucrative.²⁴⁸
- En lien avec les **intérêts économiques de la Suisse**, l'art. 121a al. 3, 1^{ère} phrase, Cst. stipule que les plafonds et les contingents doivent être fixés en fonction des « intérêts économiques globaux de la Suisse ». La mise en œuvre de cette disposition constitutionnelle doit dès lors manifestement prendre en considération le **développement économique de la Suisse** qui ne devrait pas être freiné ; cette position a également été défendue par les initiantes et les initiants avant et après la votation. La prise en compte des intérêts économiques est par ailleurs aussi prévue par les art. 94 ss Cst. ; ainsi, la Confédération et les cantons doivent sauvegarder les « intérêts de l'économie nationale » et ils veillent à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée (art. 94 al. 2, 3 Cst.). Il est par ailleurs intéressant de constater, en particulier avant la votation mais aussi partiellement après, que certaines variantes d'application qui ont été présentées (également du côté des initiantes et des initiants), n'étaient *a priori* pas compatibles avec le texte de l'art. 121a al. 1 à 3 Cst., comme par exemple l'exclusion des frontaliers des contingents ou l'extension de la préférence nationale aux personnes résidant en Suisse (y compris les étrangères et les étrangers).
- Enfin, il faut mettre en évidence la relation entre l'art. 121a Cst. et les **traités internationaux** (existants) : selon l'art. 197 ch. 11 al. 1 Cst., les traités internationaux contraires à l'art. 121a Cst. doivent être renégociés et adaptés dans un délai de trois ans à compter de l'acceptation dudit article par le peuple et les cantons. Compte tenu du nombre élevé de traités couverts par cet article²⁴⁹ et de la complexité de telles renégociations et adaptations, on peut déjà douter que cela soit possible. Indépendamment de cette question, la disposition ne dit pas ce qu'il faut faire en cas d'échec ou d'impossibilité de la renégociation.²⁵⁰ Dans tous les cas, l'on ne saurait déduire des nouvelles dispositions constitutionnelles que les traités internationaux concernés devraient obligatoirement être dénoncés s'ils n'ont pas pu être adaptés avant le délai d'expiration de trois ans (quelles qu'en soient les raisons) : aucun élément ne permet d'arriver à cette conclusion, sans compter que l'art. 5 al. 4 Cst. indique que la Confédération et les cantons « respectent » le droit international et que la Constitution consacre en principe la primauté du droit international.²⁵¹ Les traités internationaux restent dès lors en principe en vigueur et il faudra gérer les « tensions » qui existent entre ces derniers et l'art. 121a Cst.

²⁴⁸ Il faut relever la différence entre le texte français de l'initiative qui parle de « respect du principe de préférence nationale », ce qui semble plus « fort » que la version allemande qui utilise la notion de « Berücksichtigung ».

²⁴⁹ Voir ci-dessus B.

²⁵⁰ Voir également ci-dessus B.

²⁵¹ Cf., en détail, avec d'autres références, sur la position du droit international dans l'ordre juridique suisse, *Epiney*, Jusletter du 16.12.2013.

Ce qui précède vaut dans tous les cas s'il n'y a pas (encore) de législation d'application de l'art. 121a Cst. Si la mise en œuvre viole des traités internationaux, la dénonciation desdits traités devrait éventuellement être envisagée, en vertu du principe constitutionnel de la sécurité du droit. Cette problématique ne peut pas être examinée dans la présente analyse. Il convient toutefois de relever que la seule acceptation d'une initiative, qui se trouve en contradiction avec l'un des traités internationaux qui lie la Suisse, n'implique pas une obligation automatique de dénoncer le traité concerné. En effet, l'on ne saurait déduire du seul fait que les votants, par l'acceptation d'une initiative qui se heurte à certaines dispositions d'un traité international, voulaient aussi se prononcer en faveur de la dénonciation de l'ensemble du traité. Cela vaut en particulier pour des traités complexes à l'échelle universelle ou régionale englobant une multitude de dispositions.²⁵²

L'interprétation de l'art. 121a Cst. doit dès lors prendre en compte, selon le principe de la **concordance pratique**, les objectifs variés des différentes dispositions et les tensions qui existent entre elles et faire en sorte que chaque disposition puisse être appliquée autant que possible (ce qui implique aussi qu'une « application complète » d'une disposition précise n'est peut-être pas toujours possible). Globalement, les objectifs et les principes découlant des articles 121a et 197 ch. 11 Cst., ainsi que les principes de droit constitutionnel **s'opposent** – dans le cadre de la législation d'application – à l'introduction obligatoire de **contingents annuels rigides** valant pour l'ensemble des autorisations de séjour, et cela malgré le texte de la disposition :²⁵³

- L'introduction de contingents annuels « fixes » se heurteraient *per se* **aux intérêts économiques (globaux) de la Suisse**, qui, selon l'art. 121a al. 3, 1^{ère} phrase, et l'art. 94 al. 2, 3 Cst., doivent être pris en compte. En effet, un tel système ne permettrait pas de réagir aux besoins de l'économie qui évoluent. En raison de l'incertitude liée au recrutement d'une main d'œuvre suffisante, on peut s'attendre à des désavantages économiques importants, voire graves.
- Ensuite, la fixation de tels contingents « rigides » pour toutes les autorisations de séjour apporterait de graves inconvénients économiques, également en raison **de la dépendance économique internationale de la Suisse**. Ainsi, de nombreux traités de libre-échange stipulent (entre autres) des droits de libre circulation qui ne doivent pas être soumis à des contingents quelconques ;²⁵⁴ de plus, il convient de rappeler que des traités conclus avec des organisations internationales, qui ont leur siège ou leur succursale en Suisse, seraient également touchés. Il apparaît peu réaliste de pouvoir modifier tous ces traités en permettant d'introduire une limitation quantitative fixe des autorisations délivrées. Si de tels contingents étaient tout de même introduits, de nombreuses organisations quitteraient probablement la Suisse.
- Au regard des réactions claires de l'UE²⁵⁵ à ce sujet, il semble exclu que l'UE et ses Etats membres soient prêts à modifier l'**ALCP** en remettant en question le principe de la libre circulation par l'introduction de contingents rigides. Les expériences précédentes ont démontrées, au contraire, que l'UE est devenue plutôt plus « ambitieuse » en ce qui concerne la portée et le dynamisme de la reprise de l'acquis de l'Union dans des accords bilatéraux en matière d'accès au marché (comme l'ALCP). Ainsi, les négociations avec l'UE ne pourraient éventuellement être menées que sur la base du droit de l'Union en vigueur et, partant, de la Directive relative au

²⁵² Egalement *Künzli*, RDS 2009 I, 47 (67 ss) ; *Schefer/Zimmermann*, LeGes 2011, 343 (354 s.). Dans le même sens aussi *Kiener/Krüsi*, ZBl. 2009, 237 (249 s.).

²⁵³ Cf. toutefois l'approche quelque peu plus stricte de *Uebersax*, Jusletter du 14.4.2014, n. 22 ff., bien qu'aussi cet auteur insiste sur la marge de manœuvre du législateur.

²⁵⁴ A ce propos, *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter du 17.3.2014, en particulier n. 36.

²⁵⁵ Cf. par exemple *Tagesanzeiger* du 9.3.2014. Voir aussi *Michael Ambühl*, in : NZZ am Sonntag du 16.2.2014, 9.

droit des citoyens européens (qui va, en matière des droits de libre circulation des personnes, encore plus loin que l'ALCP).

L'introduction de contingents rigides contrevient dès lors quasiment inévitablement à l'ALCP.²⁵⁶ Si l'on devait dénoncer l'ALCP ou s'il était dénoncé (par l'UE ou par la Suisse), l'ensemble des « Bilatérales I » tomberaient, ce qui aurait pour conséquence de toucher des accords économiquement très importants (en particulier en ce qui concerne les obstacles techniques au commerce).²⁵⁷ Même si l'ALCP n'est pas dénoncé, l'UE prendrait, en cas de violation du traité, très probablement des contre-mesures – le cas échéant aussi dans d'autres domaines économiquement importants pour la Suisse (par exemple dans le cadre des accords de libre échange ou de l'accord sur les obstacles techniques au commerce) – qui auraient des conséquences négatives considérables pour la Suisse.

De plus, il faut s'attendre à ce que l'intérêt de l'UE à conclure de nouveaux accords avec la Suisse ou à renouveler des accords existants soit très faible. C'est pourquoi, l'UE fait déjà actuellement dépendre la signature de l'Accord sur la recherche – qui doit être régulièrement renouvelé (et ceci par hasard en 2014) et qui garantit la participation de la Suisse aux programmes de recherche –, à la signature et à la ratification par la Suisse du Protocole déjà paraphé sur l'extension de l'ALCP à la Croatie.²⁵⁸

- En outre, un certain nombre d'autorisations de séjour doivent être délivrées sur la base d'**obligations découlant des droits de l'homme** et l'on ne saurait partir de l'idée que celles-ci puissent être dénoncées (pour autant que cela soit possible ce qui n'est pas le cas pour des dispositions internationales contraignantes). Partant, des contingents « rigides », qui seraient déterminants pour la régularisation du séjour de certaines personnes en Suisse, ne pourraient même pas partiellement être introduits.
- Enfin, **aucune obligation de résiliation de l'ALCP** ne peut être déduite des art. 121a et 197 ch. 11 Cst. En d'autres termes, la votation ne doit pas être interprétée comme un « refus » de la « voie bilatérale ». Par conséquent, en cas d'échec (attendu) d'une renégociation de l'ALCP concernant l'introduction de contingents fixes dans l'Accord (p.ex. par une nouvelle « clause de ventilation »), la législation d'application devrait, le cas échéant, tout de même respecter les prérogatives de l'Accord.

Dans l'ensemble, l'introduction de contingents « rigides » dans le cadre de l'ALCP causerait **d'importants inconvénients économiques** à la Suisse. Cela serait en contradiction avec l'objectif indiqué à l'art. 121a al. 3, 1^{ère} phrase, Cst. et découlant aussi des art. 94 ss Cst., à savoir la prise en considération des intérêts économiques globaux de la Suisse.

Il est intéressant de relever dans ce contexte qu'en particulier après la votation beaucoup de voix se sont levées pour se prononcer en faveur d'une mise en œuvre de l'art. 121a al. 1 à 3 Cst. de manière à éviter que les intérêts économiques de la Suisse ne soient désavantagés. Partant, il est proposé d'exclure certains groupes de personnes (par exemple les frontaliers, les chercheurs ou les employés des organisations internationales et les membres de leur famille) des contingents. D'autres vont encore plus loin et exigent une mise en œuvre en complète conformité avec l'ALCP (dans laquelle les contingents rigides seraient alors d'emblée exclus).²⁵⁹

²⁵⁶ A ce propos, sous D.II.2.a).

²⁵⁷ Cf. sur les conséquences de la résiliation de l'Accord, en particulier *Heselhaus/Hänni*, RSDIE 2013, 19 (55 ss).

²⁵⁸ A ce propos, ci-dessus, C.

²⁵⁹ Voir B.

Aux réflexions qui précèdent s'ajoute que l'introduction de contingents rigides pour toutes les autorisations de séjour des étrangers entrerait inévitablement **en conflit avec diverses obligations internationales** que la Suisse doit respecter, d'autant plus que la votation et la disposition constitutionnelle ne constituent pas en soi un refus de la « voie bilatérale ».

Il ressort de ce qui précède qu'**on ne peut pas partir du principe** que l'art. 121a al. 1 à 3 Cst. impose **de manière contraignante des contingents annuels fixes**, qui limitent obligatoirement le nombre d'autorisations délivrées aux étrangers.²⁶⁰

Certes, on pourrait faire valoir que la Suisse doit, d'après l'art. 121a al. 1 Cst., gérer l'immigration « de manière autonome » et que des « droits en matière d'immigration » consacrés par un accord international seraient d'emblée incompatibles avec cette idée de « gestion autonome ». Mais cet argument n'est pas convaincant. En effet, les traités internationaux ne sont pas des « diktats » imposés de l'extérieur, mais sont négociés et conclus selon un processus (démocratique) prévu dans la Constitution,²⁶¹ si bien que le fait d'être lié par un traité international ne s'oppose pas à « l'autonomie » de la politique d'immigration, de la même manière que la souveraineté nationale n'est pas remise en question par l'engagement de l'Etat à respecter le droit international.

L'art. 121a al. 3, 2^{ème} phrase, Cst., qui prescrit que les critères déterminants pour l'octroi d'autorisations de séjour sont « en particulier » la demande d'un employeur, la capacité d'intégration et une source de revenus suffisante et autonome, ne contredit pas non plus l'approche défendue ici. En effet, l'énumération n'est pas exhaustive, de telle manière que d'autres critères – comme par exemple un droit garanti par un traité international – peuvent également entrer en ligne de compte ; ainsi, ces critères pourraient par exemple n'être valables que pour certains ressortissants d'Etats tiers (comme c'est déjà le cas en grande partie sur la base de la législation en vigueur).

Toutefois la législation d'application doit, d'une manière ou d'une autre, tenir compte de l'objectif de l'art. 121a Cst. de limiter « l'immigration nette » et prévoir dès lors d'autres moyens pour atteindre ce but que par la fixation de plafonds « absolus ». Sur ce point, les prescriptions de l'art. 121a al. 1 à 3 Cst. – qui concernent la question de la fixation de « contingents » – peuvent dès lors être concrétisées de la manière suivante : d'une part, il n'est **pas nécessaire** d'arrêter dans la loi **un nombre fixe d'autorisations de séjour pour les étrangers**. L'évocation de contingents et de plafonds dans la disposition implique toutefois, d'autre part, qu'une **limitation (chiffrée) des autorisations** doit quand même être atteinte d'une manière ou d'une autre. Par conséquent, une application de l'art. 121a al. 1 à 3 Cst., dans le respect des prescriptions de l'ALCP, ne paraît pas d'emblée exclue.

La référence à la préférence des Suissesses et des Suisses à l'art. 121a al. 3, 1^{ère} phrase, Cst. n'y change rien. En effet, cette disposition – au vue de la formulation différente en français et en allemand – prévoit seulement une « prise en considération », de telle manière qu'elle peut être garantie de plusieurs manières et n'implique pas forcément une violation de l'ALCP.²⁶² D'autre part, cette préférence concerne les contingents et les plafonds, de telle manière qu'elle serait sans objet dans le cas où de tels nombres « fixes » ne seraient pas arrêtés.

²⁶⁰ D'un avis contraire *Office fédéral de la justice*, Angenommene Volksinitiative, ch. 6, qui recourt de manière trop exclusive au libellé de la disposition. Cf. toutefois l'approche plus souple et allant dans le même sens que les réflexions exposées ici chez *Uebersax*, Jusletter du 14.4.2014, n. 29 ss.

²⁶¹ Voir à ce sujet les remarques de *Heselhaus/Hänni*, RSDIE 2013, 19 (26 s.) ; cf. toutefois aussi *Uebersax*, Jusletter du 14.4.2014, n. 4 ss.

²⁶² Voir ci-dessus, D.II.2.b).

2. Quant aux variantes possibles de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst.

Comme cela a déjà été dit, l'art. 121a al. 1 à 3 Cst. n'impose pas nécessairement l'adoption d'une législation d'exécution, qui prévoit des contingents annuels fixes. Néanmoins, il faut s'assurer qu'une limitation chiffrée de l'immigration soit possible sous une quelconque forme. Dans le présent chapitre, il s'agit, sur cette base, d'esquisser quelques modèles d'application **conformes à l'ALCP**. Nous allons dès lors présenter plusieurs variantes ou modèles possibles d'application de l'art. 121a al. 1 à 3 Cst., dans le but d'illustrer de quelle manière les exigences imposées par la disposition constitutionnelle peuvent être mises en œuvre, sans que l'ALCP ne soit violé.

Compte tenu des développements qui précèdent, nous ne tiendrons compte que des variantes qui excluent la fixation de contingents annuels rigides pour les autorisations de séjour délivrées en Suisse. Partant de cette idée et de la marge de manœuvre donnée par l'ALCP (en particulier le fait que l'objectif de limitation de l'immigration en tant que tel est compatible avec l'Accord),²⁶³ nous pouvons brièvement présenter et évaluer cinq variantes.

Les différents modèles ou les dispositions légales ne peuvent toutefois pas être présentées de manière détaillée ; il s'agit plutôt de proposer des modèles, qui doivent encore bien entendu être développés et concrétisés. De plus, la présentation des variantes choisies n'a pas la prétention d'être exhaustive ; il existe certainement d'autres possibilités et les différents modèles peuvent être combinés entre eux.

Il existe également la possibilité de confier la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. aux cantons, ce qui ne paraît pas *a priori* exclu par l'art. 121a Cst., mais ce qui soulève toutefois des questions complexes relatives à la coordination des différentes règles cantonales entre elles et avec les dispositions de droit fédéral existantes dans le domaine du droit des étrangers et du droit d'asile.

a) Les objectifs pluriannuels et les plans de mesures

Selon ce modèle, des **objectifs** concernant l'« **immigration nette** » sont définis **sur plusieurs années** (par exemple sur 10 ans) ; ces objectifs peuvent être formulés de plusieurs manières différentes (on peut prévoir, par exemple, qu'il n'y ait pas de dépassement d'un nombre déterminé sur la moyenne de plusieurs années ou de fixer un plafonnement des résidents en Suisse, à un certain nombre et pendant un certain temps).

S'il est démontré – ce qui implique, le cas échéant, un *monitoring* – qu'au cours des années ou à une date fixe, l'objectif n'est pas atteint ou ne peut pas être atteint, un plan de mesures doit alors être mis en place qui énumère les mesures à prendre – par exemple dans les domaines de l'aménagement du territoire, de la promotion de l'économie ou du droit fiscal – afin d'atteindre l'objectif fixé. Ces mesures devraient probablement être prises tant au niveau fédéral que cantonal, ce qui nécessiterait une coordination entre elles.

Cette approche présente comme avantages une certaine élégance et une certaine flexibilité. Il convient toutefois de relever que les plans de mesures posent des questions juridiques (et aussi politiques) très complexes, allant de la question de la coordination des mesures et de l'évaluation de leur efficacité (potentielle) à celle de la compétence et de la mise en œuvre.

²⁶³ Voir ci-dessus, D.II.2.a).

b) Les valeurs limites annuelles ou pluriannuelles et l'exploitation de la marge de manœuvre

Cette variante est plus proche d'un réel « système de contingents » et consiste à fixer, par année ou sur plusieurs années, **des valeurs ou des objectifs limites concernant le nombre d'autorisations de séjour ou l'immigration nette**. Si ces limites sont dépassées, la **marge de manœuvre devra alors être « exploitée »** pour les personnes, qui ne peuvent pas se prévaloir de droit à séjourner ni en vertu de l'ALCP ni en vertu d'autres traités internationaux ou d'obligations découlant des droits de l'homme. Par exemple, cela pourrait avoir pour conséquences concrètement qu'une personne serait admise sur la base d'une décision du Conseil fédéral d'accueillir un certain contingent de « réfugiés » provenant de régions en crise, que le regroupement familial pour les personnes ne tombant pas dans le champ d'application de l'ALCP (le cas échéant, pour les proches des Suissesses et des Suisses) serait limité le plus possible et/ou que, en principe, aucune autorisation de séjour ne serait attribuée à des ressortissants des Etats tiers qui ne peuvent pas (en tant que membre de famille) se prévaloir de l'ALCP. La loi sur les étrangers devrait également être adaptée en fonction.

Cette variante part dès lors du principe que la diminution de l'immigration doit être atteinte pour l'essentiel par la limitation du droit de séjour des personnes ne pouvant pas se prévaloir de l'ALCP ou d'autres traités internationaux. Toutefois, il faut tenir compte du fait que seuls des effets limités pourraient en résulter, étant donné que la majorité de l'immigration provient actuellement de l'UE. Dans la mesure où une telle restriction de l'immigration touche directement et essentiellement des groupes vulnérables, il convient en outre de se demander si de telles mesures sont souhaitables d'un point de vue politique.

c) Les « mesures d'accompagnement » avec une évaluation des effets

L'« immigration nette » considérable en Suisse au cours des dernières années a des causes très variées et complexes. Par conséquent, on pourrait envisager une **palette de mesures** qui pourraient **limiter l'immigration**. On pourrait, par exemple, songer à favoriser l'emploi des femmes respectivement des mères, à élargir des possibilités de formation continue ou à prendre des mesures d'aménagement du territoire ou fiscales. L'effectivité de ces mesures devrait être évaluée périodiquement.

Il est important de souligner que de telles mesures devraient être elles-mêmes compatibles avec l'ALCP (et avec les autres obligations internationales de la Suisse). Par exemple, la priorité du recrutement des Suissesses et des Suisses ou des personnes résidant en Suisse ne serait pas compatible avec l'ALCP, étant donné que de telles mesures vont à l'encontre de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité. Cela vaut également lorsque de telles mesures sont prises au niveau privé (par exemple par les organisations interprofessionnelles), en vertu de l'effet horizontal de l'interdiction de la discrimination dans le domaine de l'emploi (art. 9 ALCP).²⁶⁴

Au vu de l'art. 121a Cst. il est à relever que ce modèle ne prévoit pas d'objectifs chiffrés concernant le nombre d'autorisations de séjour (le modèle pourrait toutefois être complété dans ce sens). Par ailleurs, il semble à première vue très intéressant d'évaluer l'opportunité de cette variante ; toutefois, il faut prendre en considération que l'immigration repose sur l'attractivité de la Suisse et sur sa bonne situation économique et qu'il n'est probablement

²⁶⁴ Cf. la proposition de *Avenir Suisse*, Tagesanzeiger du 17.1.2013 ; NZZ du 1.3.2014, 25.

pas dans l'intérêt de la Suisse de réduire de manière générale son attractivité pour les entreprises, de diminuer la qualité de vie des habitants et de péjorer sa situation économique. Les mesures à prendre dans le cadre de ce scénario devraient donc être développées et choisies avec beaucoup de soin.

d) Les contingents annuels (fixes) avec des restrictions d'application

Ce modèle recourt à des **contingents légaux fixes contraignants (annuels ou pluriannuels)** concernant le nombre d'autorisations de séjour délivrées. Cependant, il serait prévu dès le début que ces contingents **ne s'appliqueraient pas** aux personnes, qui peuvent se prévaloir de l'ALCP. En d'autres termes, ces personnes seraient exclues des contingents. En terme d'effectivité, des considérations similaires à celles concernant la variante des valeurs limites annuelles ou pluriannuelles avec une exploitation de la marge de manœuvre²⁶⁵ s'imposent. En effet, la marge de manœuvre quantitative serait assez étroite vu le nombre d'immigrants provenant de l'UE. Il faudrait également réfléchir à la manière dont les contingents seraient fixés et comment l'on prendrait en considération (en cas de dépassement des contingents) la situation de personnes, qui ont un droit de séjour découlant des droits de l'homme.

e) Les contingents (annuels) fixes avec une possibilité d'augmentation

Dans cette variante, des **contingents légaux fixes contraignants (annuels ou pluriannuels)** concernant le nombre d'autorisations de séjour délivrées seraient également définis. Toutefois, dans l'hypothèse où ce nombre serait (probablement) dépassé en raison du nombre trop élevé de personnes se prévalant d'un droit de séjour en vertu de l'ALCP, les **contingents seraient augmentés**, de telle manière à garantir le droit de séjour de ces personnes (un système semblable devrait être mis en place en ce qui concerne d'autres obligations internationales).

Dans le cadre de ce modèle, il serait nécessaire – au vu des exigences de l'ALCP – de formuler les bases légales de manière suffisamment claire afin qu'il en ressort sans aucun doute que le droit de séjour garanti par l'ALCP ne serait soumis à aucune condition supplémentaire (en dehors de celles imposées par l'Accord). C'est pourquoi, ce modèle se rapproche de la variante précédente, étant donné qu'une telle règle suffisamment claire implique une « augmentation automatique » des contingents, ce qui a pour résultat que les personnes au bénéfice de l'ALCP ne sont finalement pas comprises dans les contingents.

²⁶⁵ Sous D.III.2.b).

E. Résumé et conclusion

I. Résumé

Les principaux résultats de la présente analyse sont résumés ci-après sous forme de thèses tout en renvoyant, pour de plus amples détails et justifications, aux chapitres pertinents.

- L'art. 121a al. 4 Cst. concerne non seulement la **ratification** d'un (nouveau) traité international, mais aussi **sa signature et son approbation (interne)**.²⁶⁶
- Le Protocole d'extension de l'ALCP à la Croatie n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 121a Cst., car **il ne s'agit pas d'un nouveau traité international**, qui fixe de nouveaux droits en matière de libre circulation. Seul le champ d'application personnel de l'Accord existant est étendu.²⁶⁷
- L'art. 121a al. 4 Cst. **n'est pas directement applicable en raison de son manque de précision**, de telle manière que cette disposition ne peut pas empêcher la signature, l'approbation ou la ratification de nouveaux traités.²⁶⁸
- Le fait qu'il a été, **avant la votation** généralement admis **que l'initiative « contre l'immigration de masse » violait l'ALCP**, ne veut pas forcément dire que cette disposition désormais constitutionnelle doit être interprétée dans ce sens. Cette question doit au contraire être résolue à la lumière de tous les éléments pertinents et en application des **principes valant pour l'interprétation de la Constitution**.²⁶⁹
- L'ALCP s'oppose à la fixation de **contingents contraignants per se**, également lorsque ces derniers ne sont pas (encore) appliqués dans la pratique. En revanche, des objectifs légaux politiques – à la condition qu'il soit énoncé de manière suffisamment claire dans la loi que le droit de séjour des personnes bénéficiant d'un tel droit en vertu de l'ALCP n'est soumis à aucune condition supplémentaire – peuvent être conformes à l'ALCP. Par conséquent, il en résulte quelques perspectives pour l'application de l'art. 121a Cst.²⁷⁰
- **La préférence des Suissesses et des Suisses ou des nationaux** à l'accès au marché du travail ou lors du recrutement ne serait pas compatible avec les prescriptions de l'ALCP.²⁷¹
- Les exigences de l'art. 121a al. 1 à 3 Cst. – en ce qui concerne la question de la fixation de « contingents » – peuvent être concrétisées de la manière suivante : **aucun nombre fixe d'autorisations de séjour pour les étrangers** doit être arrêté dans la loi. Toutefois, l'évocation de contingents et de plafonds dans la disposition implique qu'une **limitation (chiffrée) des autorisations** doit quand même être atteinte d'une manière ou d'une autre.²⁷²
- Pour une mise en œuvre de l'art. 121a Cst. en conformité avec l'ALCP, **plusieurs variantes** peuvent être envisagées.²⁷³

266

C.I.

267

C.II.

268

C.III.

269

D.I.

270

D.II.2.a).

271

D.II.2.b).

272

D.III.1.

273

D.III.2.

II. Conclusion

Dans l'ensemble, l'analyse a permis de démontrer qu'il existe quelques **tensions** aussi bien entre les objectifs des art. 121a et 197 ch. 11 Cst. qu'entre ces dispositions et d'autres prescriptions constitutionnelles, et que leur relation avec les obligations internationales de la Suisse devrait être clarifiée. En revanche, il ne semble pas que la nouvelle disposition constitutionnelle impose de manière absolue la fixation de contingents (annuels), qui ne devraient en aucun cas être dépassés. Un tel système serait incompatible avec de nombreuses obligations internationales que la Suisse s'est engagée à respecter – entre autres et en particulier l'ALCP. En effet, l'interprétation de l'art. 121a Cst. selon le principe de la concordance pratique peut être avancée comme argument central en faveur d'une approche, selon laquelle il est, d'un point de vue juridique, possible de mettre en œuvre cette disposition de telle manière que, d'une part, **les obligations internationales** seraient respectées et, d'autre part, que **l'objectif de limitation chiffrée de l'« immigration nette »** soit pris en compte.

Cette approche ne correspond certes ni à la volonté (de la plupart) des initiants et des initiateurs ni à l'interprétation de l'initiative par les autorités fédérales avant la votation. Une disposition constitutionnelle ne doit toutefois pas être interprétée selon la volonté des initiants et des initiateurs ou des autorités, mais selon les méthodes juridiques reconnues, et une analyse approfondie après l'acceptation de l'initiative peut amener à d'autres conclusions que celles préconisées majoritairement lors de la campagne de votation.

La question décisive est dès lors celle de savoir si **la volonté politique** souhaite réellement choisir une variante d'application compatible avec l'ALCP. Il convient de rappeler dans ce contexte que le droit d'initiative du peuple – qui n'est soumis qu'à très peu de limites matérielles – implique parfois que des dispositions peuvent être introduites dans la Constitution, alors qu'elles contiennent en elles-mêmes des objectifs antinomiques et/ou se heurtent à d'autres dispositions constitutionnelles (par exemple l'art. 5 al. 4 Cst., qui prévoit que le droit international doit être respecté). Dans de telles hypothèses, des questions juridiques complexes se posent concernant la législation d'application, car il doit être examiné comment ces tensions et ces conflits d'objectifs peuvent être résolus. Selon le système juridique actuellement en vigueur en Suisse, il appartient au Parlement de prendre les décisions nécessaires à ce sujet.

Cela implique aussi – en raison de l'absence du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales (art. 190 Cst.) – que l'interprétation des dispositions constitutionnelles incombe au Parlement dont les décisions y relatives ne sont pas sujet à un contrôle juridictionnel. Ce système peut certes être critiqué à de nombreux égards : ainsi, la fixation de limitations matérielles supplémentaires pour la révision de la Constitution est requise (aussi et directement en relation avec les traités internationaux qui sont particulièrement importants pour la Suisse), et cela – les deux aspects sont souvent liés – aussi en relation avec l'introduction du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales.²⁷⁴ Dans tous les cas, le système actuel implique certaines incohérences dans la Constitution (aussi concernant le rapport du droit national et du droit international et y compris les dispositions constitutionnelles « mortes »), ceci d'une part dans l'intérêt des droits du peuple et, d'autre part, en raison des difficultés de la fixation de limites matérielles. Un tel système peut en principe fonctionner sur la durée seulement si les incohérences et les tensions ne sont pas trop nombreuses, ce qui dépend aussi de l'utilisation raisonnable du droit d'initiative par les forces politiques suffisamment influentes

²⁷⁴ Cf. pour un résumé de cette discussion *Tschannen*, Staatsrecht, § 44, n. 27 s. ; *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht, n. 1800a. Voir pour de plus amples développements, *Hertig Randall*, RDS 2010 II, 221 ss.

et de la confiance de la population dans la dite « élite ». Dans ce sens, aussi cet aspect de la démocratie dépend de facteurs et de conditions qu'elle ne peut garantir que partiellement.

Dans l'ensemble, il faut espérer que le Gouvernement et le Parlement trouvent un moyen de mettre en œuvre l'art. 121a Cst. de manière conforme à l'ALCP et qu'ils communiquent bientôt cette intention. Cette voie semble être la seule possibilité de construire les relations entre la Suisse et l'UE de telle manière que les intérêts de la Suisse puissent être raisonnablement sauvegardés ; un « retour » à la situation avant la voie bilatérale serait désastreux d'un point de vue économique et politique. Il faut, dans ce contexte, rappeler que l'objet de la votation ne concernait justement pas la dénonciation des Bilatérales I.

Literatur / Bibliographie

- Aubert, Jean-François/Mahon, Pascal*: Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003.
- Benesch, Sebastian*: Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Tübingen 2007.
- Boillet, Véronique*: L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, Bâle 2010.
- Borghi, Alvaro*: La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, Genève 2010.
- Bundesamt für Justiz (BJ)*: Angenommene Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“: Auslegung der Artikel 121a und 197 Ziffer 9 der Bundesverfassung, 8. April 2014 (verfügbar unter: www.europa.admin.ch/index.html?lang=de).
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV / AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 4. Aufl., München 2011 (zitiert: *Verfasser*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV).
- Delli, Chantal*: Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Basel 2009.
- Epiney, Astrid*: Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips – Ein Beitrag zu der Stellung des Völkerrechts im Verhältnis zum schweizerischen Recht -, ZBl. 1994, 537 ff.
- Epiney, Astrid*: Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, Bern 2005, 45 ff.
- Epiney, Astrid*: Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.
- Epiney, Astrid*: Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 2009, 25 ff.
- Epiney, Astrid*: Rechtsgrundlagen der Migration in Europa, in: Hartmut Bauer/Pedro Cruz Villalon/Julia Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), Die neuen Europäer – Migration und Integration in Europa, SIPE 5, Baden-Baden u.a. 2009, 115 ff.
- Epiney, Astrid*: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2011/2012, Bern 2012, 81 ff.
- Epiney, Astrid*: Zu den Implikationen der EU-Mitgliedschaft für die Stellung und Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich, FS Rüdiger Wolfrum, Leiden 2012, 1909 ff.
- Epiney, Astrid*: Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: eine politische oder eine rechtliche Frage? Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um den Vorrang des

- Völkerrechts und die Bindungswirkung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 15 S., Jusletter v. 16.12.2013.
- Epiney, Astrid/Civitella, Tamara*: Die rechtliche Stellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen in der Schweiz – ein Vergleich ausgewählter Aspekte, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2007/2008, 2008, 3 ff.
- Epiney, Astrid/Meier, Annekathrin/Egbuna-Joss, Andrea*: Schengen/Dublin, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, Zurich 2007, 903 ff.
- Epiney, Astrid/Metz, Beate/Pirker, Benedikt*: Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zurich 2012.
- Epiney, Astrid/Metz, Beate/Mosters, Robert* (Hrsg.): Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis / L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE: interprétation et application dans la pratique, Zurich 2011.
- Epiney, Astrid/Mosters, Robert*: Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zurich 2006, 57 ss.
- Epiney, Astrid/Mosters, Robert/Rieder, Andreas*: Europarecht I. Das institutionelle Recht der Europäischen Union, 3. Aufl., Berne 2010.
- Filliez, Fabrice*: Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (édit.), Accords Bilatéraux Suisse – UE (Commentaires), Bâle 2001, 183 ss.
- Grossen, Dieter/de Coulon, Claire*: Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich u.a. 2007, 135 ff.
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter/Keller, Helen*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012.
- Hailbronner, Kay*: Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, EuZ 2003, 48 ff.
- Hangartner, Yvo*: Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003, 257 ff.
- Hangartner, Yvo*: Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff.
- Hangartner, Yvo*: Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698 ff.
- Hertig Randall, Maya*: L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, RDS 2010 II, 221 ss.
- Heselhaus, Sebastian/Hänni, Julia*: Die eidgenössische Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“ (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des

- Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU, SZIER 2013, 19 ff.
- Imhof, Edgar*: Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 155 ff., 217 ff.
- Kaddous, Christine*: La libre circulation des personnes, la directive 2004/38 et l'Accord bilatéral, RSDIE 2006, 213 ss.
- Kaddous, Christine*: La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen, Genève / Bâle 2006, 63 ss.
- Kaddous, Christine*: Avis de droit sur la compatibilité de l'initiative « contre l'immigration de masse » et de l'initiative ECOPOP « Halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles » avec l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP), l'application de la clause guillotine et a renégociation éventuelle de l'ALCP, septembre 2013 (www.presseportal.ch/fr/showbin.htx?id=100028979&type=document&action=download&attname=gutachten-kaddous-f.pdf).
- Kälin, Walter*: Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, ZAR 2002, 123 ff.
- Kälin, Walter*: Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, Bern 2002, 11 ff.
- Kälin, Walter/Epiney, Astrid/Caroni, Martina/Künzli, Jörg*: Völkerrecht. Eine Einführung, 3. Aufl., Bern 2010.
- Kiener, Regina/Kälin, Walter*: Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013.
- Kiener, Regina/Krüsi, Melanie*: Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2009, 237 ff.
- Künzli, Jörg*: Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, 47 ff.
- Looser, Martin E.*: Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich 2011.
- Maiani, Francesco*: La saga „Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, RDS 2011 I, 27 ss.
- Martenet, Vincent/Boillet, Véronique*: L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (édit.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire Suisse de droit européen 2007/2008, Zurich 2008, 311 ss.
- Office fédéral de la justice (OJ)*: Angenommene Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“: Auslegung der Artikel 121a und 197 Ziffer 9 der Bundesverfassung, 8 avril 2014 (www.europa.admin.ch/index.html?lang=de).

- Reich, Johannes:* Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt – Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht, *ZaöRV* 2008, 979 ff.
- Schefer, Markus/Zimmermann, Alexandra:* Materielle Schranken der Verfassungsgebung, *LeGes* 2011, 343 ff.
- Schlegel, Stefan/Sieber-Gasser, Charlotte:* Der Dritte Weg zur Vierten Freiheit. Von bestehenden und künftigen Konflikten zwischen Handels- und Migrationsrecht, *Jusletter* v. 17.3.2014.
- Schnell, Christina:* Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz. Ausgewählte rechtliche Aspekte zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich u.a. 2010.
- Thürer, Daniel/Hillemanns, Carolin:* Allgemeine Prinzipien, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Handbuch, Zürich 2007, 39 ff.
- Tschannen, Pierre:* Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011.
- Uebersax, Peter:* Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, *Jusletter* v. 14.4.2014.
- Graf Vitzthum, Wolfgang/Proelß, Alexander* (Hrsg.): *Völkerrecht*, 6. Aufl., Berlin 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Graf Vitzthum/Proelß, *Völkerrecht*).
- Wüger, Daniel:* Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II, in: Astrid Epiney/Florence Rivière/Sarah Theuerkauf/Markus Wyssling (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire Suisse de Droit européen* 2004/2005, Bern/Zürich 2005, 287 ff.

Abkürzungen / Abréviations

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union (bis 1.2.2002: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften)
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
Aff.	affaire
al.	alinéa
ALCP	Accord sur la libre circulation des personnes
Art. / art.	Artikel / article
ASDE	Annuaire Suisse de droit européen
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
Bde.	Bände
BGE	Bundesgericht, amtliche Sammlung der Entscheide
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
BV	Bundesverfassung
bzw.	beziehungsweise
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Communauté européenne
cf.	confer
ch.	chiffre
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CE	Communauté européenne
consid.	considérant
d.h.	das heisst
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
éd.	édition
édit.	éditeur(s)

EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELR	European Law Reporter
EU	Europäische Union
EuG	Gericht
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FF	Feuille Fédérale
f./ff.	folgende
FS	Festschrift
FZA	Freizügigkeitsabkommen
GA	Generalanwalt
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JO	Journal officiel de l'Union européenne
JZ	Juristenzeitung
KOM	Dokumente der Europäischen Kommission
LeGes	Zeitschrift für Gesetzgebung
let.	lettre
lit.	Litera

m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.	note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
PJA	Pratique juridique actuelle
RDS	Revue de Droit Suisse
RDUE	Revue du Droit de l'Union Européenne
Rec.	Recueil
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RS	Recueil systématique
Rs.	Rechtssache
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
s.	siehe / et suivant(e)
SJER	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
s.o.	siehe oben
sog.	Sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UE	Union européenne
Urt.	Urteil
vgl.	Vergleiche

WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Cahiers fribourgeois de droit européen Freiburger Schriften zum Europarecht

Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

- 14 Nina Gammenthaler
Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht
- 15 Astrid Epiney
Zur Vereinbarkeit der Einführung einer Alpentransitbörse mit den Vorgaben des EU-Rechts
- 16 Astrid Epiney / Tobias Fasnacht
Zu den datenschutzrechtlichen Vorgaben für Errichtung und Betrieb von Informationssystemen : unter besonderer Berücksichtigung der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten und der Zugriffsberechtigung und am Beispiel des Klienten-Informationssystems für Sozialarbeit (KiSS)
- 17 Astrid Epiney / Emilie M. Praz (traduction)
Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121 a, Art. 197 Ziff. 11 BV – ausgewählte Aspekte /
La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst. – aspects choisis

Suite à l'adoption de l'initiative appelée « contre l'immigration de masse », de nombreuses questions relatives à son application et à sa conformité au droit international restent toujours ouvertes. Après un aperçu des opinions émises avant et après l'acceptation de l'initiative, la contribution se penche sur le champ d'application du nouvel art. 121a al. 4 Cst. et sa signification quant à la signature du Protocole d'association de la Croatie à l'Accord de libre circulation des personnes. La contribution examine ensuite – se basant sur l'interprétation des art. 121a et 197 ch. 11 de la Cst. – la question de savoir si une application du nouvel article constitutionnel en harmonie avec l'Accord sur la libre circulation des personnes est possible. Sur la base d'une réponse affirmative à cette question, différents scénarios de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. sont présentés.

Nach der Annahme der sog. „Masseneinwanderungsinitiative“ sind viele Fragen zu deren Umsetzung und Völkerrechtskonformität offen. Nach einem Überblick über die Meinungsäußerungen vor und nach der Abstimmung wird auf die genaue Tragweite des neuen Art. 121a Abs. 4 BV und dessen Bedeutung für die Unterzeichnung des Protokolls über den Einbezug Kroatiens in das Personenfreizügigkeitsabkommen eingegangen. Der Beitrag setzt sich weiter – ausgehend von der Auslegung der Art. 121a, 197 Nr. 11 BV - mit der Frage auseinander, ob eine Umsetzung des neuen Verfassungsartikels im Einklang mit den Vorgaben des Personenfreizügigkeitsabkommens möglich ist. Auf der Grundlage der Bejahung dieser Frage werden verschiedene Umsetzungsvarianten aufgezeigt.

Astrid Epiney, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des dortigen Instituts für Europarecht.

Emilie M. Praz, avocate, assistante diplômée, Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue.