

Bilatérales III : la question du référendum

Prof. Astrid Epiney

27 mars 2026

Aperçu

- I. Contexte**
- II. Recevabilité d'un référendum obligatoire *sui generis* sur les traités internationaux**
- III. Compatibilité avec l'art. 121a al. 4 Cst.**
- IV. Conclusion**



I. Contexte

- Cst.: Dispositions au sujet du référendum sur les traités internationaux (réorganisation 1977)
 - Art. 140 al. 1 lit. b: référendum obligatoire (adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales)
 - Art. 141 al. 1 lit. d: référendum facultatif pour les traités de grande portée, précision des critères
- Bilatérales III
 - Pas d'adhésion à une communauté supranationale – ni d'effets similaires
 - Dans tous les cas : référendum facultatif
 - Question : Admissibilité (voire obligation ?) d'un « référendum obligatoire extraordinaire sur les traités internationaux » (référendum *sui generis* sur les traités internationaux) ?
 - Différentes lignes d'argumentation – dans tous les cas: question juridique

I. Contexte

- Evolution constitutionnelle
 - Possibles cas d'application d'un référendum obligatoire *sui generis* sur les traités internationaux (1920, 1972, 1992)
 - Seulement 1992 après la réorganisation du référendum sur les traités internationaux (de plus: référendum obligatoire suite à une modification de la Cst.)
 - Divers « contre-exemples » (notamment : Bilatérales I et II ainsi que CEDH)
 - Échec de diverses tentatives visant à modifier le référendum sur les traités internationaux / à ancrer le référendum obligatoire *sui generis* sur les traités internationaux dans la Cst. (dernière tentative en 2020/2021)
 - Prises de position très divergentes du Conseil fédéral et du Parlement
 - ni pratique cohérente / uniforme, ni argumentation cohérente / uniforme

II. Référendum obligatoire *sui generis* sur les traités internationaux ?

1. Remarques préliminaires

- Retenue en matière de droit constitutionnel non écrit (Cst. = écrite et mise à jour)
 - Primauté du texte, fonction stabilisatrice, rationalisatrice et limitatrice du pouvoir
 - Définition des « règles du jeu » pour la modification (majorité du peuple et des cantons)
 - Cst. relativement simple à réviser

- Nécessité d'une base légale suffisamment précise
 - Restriction des droits politiques (art. 34 Cst.), majorité des cantons : équilibre fédéraliste
 - Principe de l'Etat de droit

- Conséquences juridiques : admissibilité (obligation ? Avis peu clairs / contradictoires)

II. Référendum obligatoire *sui generis* sur les traités internationaux ?

2. Droit constitutionnel coutumier

- Conditions
 - Pratique constante et uniforme
 - Conviction juridique commune (*opinio iuris*)
- Non remplies en matière de référendum *sui generis* sur les traités internationaux
 - Pratique clairsemée et hétérogène, pas d'application sous la nouvelle Cst.
 - Pas d'*opinio iuris*
 - Avis divergents
 - Echec de toute tentative de codification
 - Pas de consensus apparent concernant les traités visés («caractère constitutionnel»)

II. Référendum obligatoire *sui generis* sur les traités internationaux ?

3. Droit constitutionnel non écrit

- Grande incertitude quant à cette source de droit
- Conditions (TF avant 1999)
 - Complément à la Constitution écrite
 - « Développement, complément ou perfectionnement des principes de la Constitution écrite et toujours en accord avec ces principes »
 - N.B. : les « prises de position » (du CF ou de l'AF) ne suffisent pas, pas de « création par le discours », sinon : contournement de la procédure, en principe : Tribunal fédéral (et non : Conseil fédéral ou Parlement)
- Exemples tirés du passé
 - Fédéralisme (Primauté du droit fédéral)
 - Droits fondamentaux

▪ Exemples actuels ? Neutralité ou monisme : déductibles de la Cst.

II. Référendum obligatoire *sui generis* sur les traités internationaux ?

3. Droit constitutionnel non écrit

- Analogie avec l'art. 140 al. 1 lit. a ?
 - Art. 140 al. 1 lit. a : lien avec le texte constitutionnel en tant que tel, critère formel
 - Caractère déterminant de la procédure
 - Traités à « caractère constitutionnel » - importance ?
 - « Caractère constitutionnel »?
 - Nécessité de mise en oeuvre au niveau constitutionnel ? N.B. : texte des art. 140 al. 1 et 141a Cst.
 - Contournement / anéantissement de certains principes structurels de la Constitution – contours très flous, base légale insuffisamment précise (effet de précédent...)
- Traités « d'importance extraordinaire » ? – Base légale ?
- Conclusion : pas de référendum *sui generis* sur les traités internationaux

II. Référendum obligatoire *sui generis* sur les traités internationaux ?

4. Conclusion intermédiaire

- Caractère exhaustif de l'art. 140 al. 1 lit. b, pas de référendum obligatoire *sui generis* Excursus : Implications des Bilatérales III pour les éléments fondamentaux de la Constitution / « caractère constitutionnel » des Bilatérales III ?
 - Reprise dynamique du droit :
 - Pas de délégation législative, pas de remise en cause de la procédure de consultation (seulement caractère contraignant des traités internationaux)
 - Champ d'application strictement limité et possibilité de « s'écarter »
 - Règlement des différends : pas d'atteinte à l'indépendance du TF
 - Procédure interétatique et relevant du droit des traités internationaux, principe de la bonne foi
 - Rapport au droit national : primauté du droit international et art. 190 Cst.
 - Question différente – primauté (dans l'application) pas liée au type de référendum

III. Compatibilité avec l'art. 121a al. 4 Cst.

1. Point de départ

- Force obligatoire / Primauté de la Cst. et principe de légalité
 - Conclusion de nouveaux traités internationaux : compatibilité avec la Cst.
 - Bilatérales III : y compris les protocoles (protocoles d'amendement, PA, et protocoles institutionnels, PI) = nouveaux traités internationaux
- Bilatérales III : en particulier la Directive citoyenneté et l'art. 121a al. 4 Cst.
- Problématique :
 - Portée de l'art. 121a al. 4 Cst.
 - Portée de la Directive citoyenneté sur la base du protocole d'amendement
 - Compatibilité du PA-ALCP et PI-ALCP avec l'art. 121a al. 4 Cst

III. Compatibilité avec l'art. 121a al. 4 Cst.

2. Portée de l'art. 121a al. 4 Cst.

- Éléments pour déterminer la portée de l'art. 121a al. 4 en lien avec l'art. 121a al. 1-3 Cst.
 - Possibilité d'une gestion autonome de l'immigration (quantité)
 - Moyen : une certaine ouverture (malgré les contingents mentionnés à l'art. 121a al. 2)
- En lien avec les Bilatérales III
 - Groupes de personnes peu nombreux ou négligeables en termes de chiffres
 - Uniquement « immigration », pas de séjours de courte durée, pas de changements de statut
 - toutes les « autorisations » de l'al. 2 doivent être considérées dans le contexte de l'al. 1 (« immigration »), sinon : recours sélectif au libellé
 - Caractère ouvert / Nécessité de préciser la disposition : pas de généralisation absolue de l'al. 2 (N.B. : implications pour mise en œuvre nationale ?)
 - Pratique constante (Accord avec Grande-Bretagne après le Brexit, accords de libre-échange, mise en œuvre, prises de position)

III. Compatibilité avec l'art. 121a al. 4 Cst.

3. Modifications de l'ALCP par les Bilatérales III

- Reprise partielle de la directive 2004/38 (Directive citoyenneté) : certaines extensions des droits à la libre circulation et de séjour (uniquement celles-ci sont pertinentes, et non les droits annexes, tels que le droit à l'activité lucrative des personnes en séjour)
- Clause de sauvegarde (sans incidence sur la question de la compatibilité avec l'art. 121a al. 4 Cst.)
- Aspects institutionnels (sans pertinence en l'espèce, car chaque reprise constitue un nouveau traité et une « non-participation » est possible)

III. Compatibilité avec l'art. 121a al. 4 Cst.

4. En particulier : nouveaux droits en matière de libre circulation ou de séjour

- Nouveaux droits à la libre circulation en cas de regroupement familial : partenaires dans un partenariat enregistré
- Extension des droits de demeurer des membres de la famille ressortissants de pays tiers en cas de décès, de départ ou de divorce (uniquement en cas d'activité lucrative ou de ressources suffisantes)
- Droit de séjour sans condition jusqu'à trois mois
- Droits de séjour prolongés pour les personnes ayant perdu leur emploi de manière involontaire
- Droit de séjour prolongé pour la recherche d'un emploi (à condition toutefois d'avoir des perspectives concrètes de succès après six mois)
- Droit de séjour permanent pour les personnes exerçant une activité lucrative et les membres de leur famille

III. Compatibilité avec l'art. 121a al. 4 Cst.

4. En particulier : nouveaux droits en matière de libre circulation ou de séjour

- N.B. : pas de droits de séjour pour la famille au sens large au sens de l'art. 3 al. 2 de la Directive citoyenneté (simple examen, le droit découle le cas échéant de l'art. 8 CEDH) ; pour le reste : large parallélisme avec l'art. 2 al. 2 sous-alinéa 2 de l'annexe I de l'ALCP
- N.B.: *statu quo*
 - logement approprié, déjà en vertu du statu quo non-discrimination
 - Droits de demeurer des travailleurs et de leur famille (TF : cela inclut également la préretraite, du moins en cas de réglementation légale)
 - Droits de demeurer des travailleurs qui entament une formation professionnelle

III. Compatibilité avec l'art. 121a al. 4 Cst.

5. Conclusion intermédiaire

- Bilatérales III : pas de conflit avec l'art. 121a al. 4
 - Portée de la disposition : ne couvre que les droits d'immigration d'importance quantitative, ce qui rendrait impossible une gestion autonome de l'immigration
 - Bilatérales III : les nouveaux droits concernent essentiellement des changements de statut de personnes déjà en séjour ou en séjour de courte durée (et même ceux-ci vont moins loin qu'on ne le prétend souvent)
 - Les nouveaux droits ou extensions concernent uniquement le regroupement familial pour les partenaires dans un partenariat enregistré (N.B. : art. 52 LEI en lien avec art. 2 ALCP)
 - Conséquences marginales sur l'immigration

IV. Conclusion

- Irrecevabilité d'un référendum obligatoire *sui generis* sur les traités internationaux en raison de l'absence de base légale (N.B. : restriction des droits fondamentaux, art. 34 Cst.)
- N.B. : Problématique
 - Principe démocratique (égalité des voix)
 - Caractère plébiscitaire des droits du peuple et des cantons étranger à la Cst.
 - Insécurités juridiques / imprévisibilité, risque de manque de transparence (« caractère constitutionnel » ?)
 - Contournement des règles de procédure relatives à la modification de la Cst.
 - Effet de précédent
- Pas de violation de l'art. 121a al. 4 Cst.
- Caractère exhaustif de l'art. 166 al. 2 Cst. (modification de la Cst. n'est pas un « substitut à l'approbation »)?
- Admissibilité du « couplage » avec des conditions allant au-delà de l'art. 141a Cst. ?