

La figure de droit constitutionnel de “l’État intégré”: le cas du Grand-Duché de Luxembourg

Jörg Gerkrath, Professeur à l’Université du Luxembourg¹

Qualifier le statut des États membres au sein de l’Union européenne et comprendre les répercussions de cette appartenance sur leur droit constitutionnel national constitue sans doute l’un des défis affectionnés par le vénéré dédicataire de ce *liber amicorum*. Dans l’ouvrage de droit constitutionnel faisant autorité, dont Vlad Constantinesco est le co-auteur, il considère ainsi - dans un développement consacré à la relativisation de l’État contemporain - que l’État devenu « État communautaire » se caractérise « par la perméabilité de son ordre juridique à des normes issues d’institutions communes dans lesquels il est représenté, mais où il exerce, en commun avec les autres États membres, les compétences attribuées à ces institutions communes ».²

Un peu plus loin il évoque encore cette difficulté majeure qui est « d’identifier, de théoriser et de construire le modèle politique nouveau et approprié à cette agrégation inédite d’États. Qui forme une réalité en avance sur un vocabulaire mal approprié et des qualifications inadéquates, empruntés inévitablement au passé ».³ A travers les développements qui vont suivre on tentera d’apporter, en son hommage, une modeste contribution à cette quête redoutable.

Afin de définir cette « agrégation inédite d’États », que constitue l’Union européenne, il paraît indispensable de mieux comprendre ses implications sur le statut des États qu’elle regroupe. En adhérant à l’Union ces derniers consentent en effet à de substantiels transferts de compétences au profit des institutions de l’Union dans lesquelles ils retrouvent en échange des droits de participation permettant ce qui peut être désigné comme l’exercice en commun de droits souverains. L’État devenu État membre assume par ailleurs en tant que tel de nombreuses obligations particulières découlant pour une bonne partie de son devoir général de coopération loyale. Il est en retour investi de droits comme celui au respect par l’Union de son identité, du moins, comme le précise l’article 4 paragraphe 2 TUE, de son identité nationale « inhérente à [ses] structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Ceci n’exclut cependant pas que lesdites structures

¹ L’auteur remercie les professeurs Eleftheria Neframi et Nikos Scandamis pour leurs précieux commentaires qui ont été intégrés dans le texte final de cette contribution.

² Cf. Vlad CONSTANTINESCO et Stéphane PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., PUF 2011, par. 332, p. 297.

³ Ibidem, par. 333, p. 301.

constitutionnelles ne connaissent une certaine transformation par l'effet de l'insertion de l'État dans le cadre juridique de l'Union.

Par son adhésion à l'Union, l'État subit une mutation sans pour autant perdre sa qualité d'État. Celle-ci change pourtant de signification. La transformation n'est pas équivalente à celle que connaissent des États qui décident de s'unir en tant qu'États fédérés au sein d'une fédération⁴. Toute proportion gardée elle y est néanmoins comparable. Elle va en tout cas beaucoup plus loin que ce qu'implique habituellement l'adhésion à une organisation internationale de type classique. Pour cette raison il paraît indiqué de désigner le statut d'État appartenant à l'Union européenne par un autre terme que celui, trop commun, d'État membre. Par référence au processus d'intégration européenne on préfère ainsi parler d'« État intégré ».⁵

En dépit du fait que l'Union s'engage à respecter l'identité constitutionnelle de ses États membres, la substance, l'esprit et la pratique du droit constitutionnel de ces mêmes États sont en train de se transformer sous l'influence de leur appartenance à l'Union à un point qu'il est possible d'y détecter un nouveau genre. On propose de l'appeler « droit constitutionnel de l'État intégré ».⁶

L'appartenance à l'Union modifie en effet la signification de nombreuses notions importantes du droit constitutionnel.⁷ Ce phénomène d'européanisation s'observe dans tous les États membres et a notamment été mis en lumière à l'occasion des adhésions récentes. Il se présente encore plus nettement dans un État fondateur de petite taille tel que le Grand-Duché dont l'attachement au processus d'intégration européenne n'est plus à démontrer.⁸

La thèse défendue ci-après implique un certain « métissage disciplinaire ». Ordinairement la discipline de droit constitutionnel porte sur l'étude et l'analyse des règles, principes et institutions qui sont basés sur la Constitution, qu'ils y soient directement consacrés ou qu'ils en découlent indirectement en vertu de la loi, de la jurisprudence, de la coutume ou de la pratique institutionnelle.

⁴ Au sens que lui confère Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, Coll. Léviathan, Paris, PUF 2^e éd. 2009, 456 p.

⁵ Terme également employé par Jean-Denis MOUTON, *Introduction : Présentation d'une proposition doctrinale*, in Barbato/Mouton (dir.) *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant 2010, p. 16 et Hélène GAUDIN, *L'État vu de la Communauté et de l'Union européennes*, ADE, vol. II (2004), Bruylant, Bruxelles 2006, p. 249.

⁶ Cette terminologie fait ainsi écho à ce que l'on peut désigner en Anglais comme « member statehood » et aux mots composés allemands de « Mitgliedstaatlichkeit » et de « Mitgliedstaatsrecht ».

⁷ Cp. en ce sens pour la Pologne, Krzysztof WOJTYCZEK, *Die Europäisierung der Verfassung am Beispiel Polens*, in E. Šileikis (Hrsg.), *Verfassungsentwicklung in Litauen und Polen im Kontext der Europäisierung*, Development of Public Law, 2010 (1), p. 56. (<http://www.devpublaw.eu/index.php/dpl>)

⁸ Une enquête « Eurobaromètre » de 2013 montre que le « sentiment européen » de la population luxembourgeoise est avec 87% le plus élevé dans l'Union.

Si tout le droit constitutionnel ne se trouve donc confiné dans la Constitution, il s'y rattache néanmoins d'une manière ou d'une autre. De ce fait il n'est pas étonnant que l'intégration européenne n'ait trouvé son entrée – plutôt modeste – dans les manuels de droit constitutionnel qu'à partir du moment où les États membres ont commencé à constitutionnaliser leur appartenance aux Communautés et à l'Union à travers des « clauses Europe » spécifiques.

Le degré d'eupéanisation du droit constitutionnel d'un État membre permettant à terme de parler de l'émergence d'un « droit constitutionnel de l'État intégré » ne se mesure cependant pas uniquement aux adaptations explicites de sa Constitution. L'eupéanisation emprunte plusieurs voies. L'introduction de dispositions constitutionnelles permettant des transferts de compétences, revalorisant le rôle du parlement national dans les affaires européennes ou dérogeant à des conditions de nationalité contraire au droit de l'Union n'est que la voie la plus visible. L'eupéanisation résulte encore de dispositions du droit de l'Union qui viennent en elles-mêmes enrichir la matière constitutionnelle en instituant de nouvelles formes de participation politique au bénéfice des organes ou des citoyens des États membres. Que l'on songe seulement à la fonction des parlements nationaux pour le contrôle du respect de la subsidiarité ou encore à la possibilité des citoyens de lancer une initiative citoyenne européenne. L'eupéanisation découle aussi de transformations rampantes et moins visibles que la participation à l'Union entraîne au niveau de la marche de l'État. La séparation des pouvoirs se trouve altérée et les fonctions des organes étatiques accrues. De même, le « droit au juge légal » inscrit dans plusieurs constitutions doit être pris par les juges internes comme un fondement constitutionnel de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice et inclut de ce fait le droit au juge de l'Union.⁹

L'eupéanisation peut enfin ponctuellement résulter de dispositions des traités qui comblent en un vide ou une lacune au niveau national. Il en va ainsi, par exemple, de la « constitution économique » dans les États membres. L'article 120, paragraphe 2, TFUE prévoit que « les États membres et l'Union agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources, conformément aux principes fixés à l'article 119 ». Vu que les États membres, sauf l'Allemagne, sont en réalité largement dépourvus de constitutions économiques, cette disposition, dotée de la primauté du droit de l'Union établit en fait un régime valant certes pour l'Union mais aussi pour chaque membre pris

⁹ Cp. en ce sens la jurisprudence bien établie de la Cour constitutionnelle allemande depuis l'arrêt Solange II du 22 octobre 1986 (BVerfGE 73,339) et confirmé ultérieurement par des arrêts du 8 avril 1987, (BVerfGE 75,223) et du 31 mai 1990 (BVerfGE 82, 159).

isolément. Dans le droit constitutionnel d'un « État intégré » se côtoient ainsi des éléments relevant du droit de l'Union avec des éléments de droit constitutionnel d'origine interne.

La thèse défendue implique d'accepter l'idée que le corpus de droit constitutionnel de l'État membre - largement entendu - comprend désormais des éléments de source européenne. Il s'agit ainsi de règles, de principes et d'institutions qui font partie du droit européen et qui sont de ce fait habituellement étudiés dans les manuels de droit de l'Union. Le « métissage disciplinaire » consistera à inclure dans la discipline de droit constitutionnel les contributions du droit de l'Union qui par leur contenu, leurs objectifs ou leurs effets complètent, modifient ou affectent autrement des éléments relevant incontestablement du droit constitutionnel au sens matériel.

Mais, pourrait-on se demander, « qu'est-ce que l'on gagne à travers cette démarche ? ». On gagne en clarté conceptuelle. Admettre qu'il existe désormais une certaine osmose à travers la membrane qui sépare les sphères du droit constitutionnel de l'État membre et du droit de l'Union permet de mieux comprendre les mutations du premier et, du même fait, aussi la nature juridique de la dernière.

Dans la mesure où, à l'instar de l'Allemagne et de la France, de nombreux États membres ont constitutionnalisé leur appartenance à l'Union, il y existe désormais un ancrage constitutionnel explicite. Celui-ci permet de justifier le passage de la frontière disciplinaire aux éléments européens qui relèvent matériellement du droit constitutionnel sans en découler formellement. L'absence d'une clause européenne au Luxembourg n'a pas empêché pour autant le phénomène de se réaliser. L'inscription d'une telle clause y est d'ailleurs maintenant à l'ordre du jour.

L'eupéanisation du droit constitutionnel a déjà fait l'objet de nombreuses études savantes.¹⁰ Ce phénomène déploie naturellement son plus grand impact lors de l'adhésion d'un nouvel État qui en réalise toutes les implications constitutionnelles au cours des négociations préalables.¹¹ Il a conduit à l'apparition d'une des branches de la notion de « droit constitutionnel européen » entendu ici comme un ensemble de normes dans le droit constitutionnel d'un État

¹⁰ Voy. notamment Jacques ZILLER (dir.), *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan 2003, 336 p., Monica CLAES, *The eupéanisation of national constitutions in the constitutionnalisation of Europe : Some observations against the background of the constitutional experience of the EU-15*, Croatian Yearbook of European Law and Policy 2007, pp. 1-38,

¹¹ En ce qui concerne en dernier lieu l'adhésion de la Croatie, voir Irena ANDRASSY, *Constitutional Implications of EU Membership: An Overview of Constitutional Issues in the Negotiating Process - The Croatian Perspective*, in Croatian Yearbook of European Law and Policy, vol 4 (2008), pp. 224-247 et Frank HOFFMEISTER, *Constitutional implications of EU membership: A view from the Commission*, Croatian Yearbook of European Law and Policy, vol. 3 (2007), pp. 59-98.

membre qui se rapportent à l'intégration européenne et, plus spécifiquement, à la participation de l'État à l'Union. C'est ce que la doctrine de langue allemande désigne par « *nationales Europaverfassungsrecht* »¹².

En paraphrasant les termes employés par Vlad Constantinesco relatif à la perméabilité de l'ordre juridique de l'État membre on constate qu'en particulier son droit constitutionnel devient perméable à l'influence du droit de l'Union.¹³ L'eupéanisation du droit constitutionnel des États membres ne s'arrête pas à l'introduction d'un « article Europe » et de quelques autres « accommodages » dans les textes écrits.¹⁴ L'appartenance à l'Union entraîne une transformation beaucoup plus profonde du droit constitutionnel de l'État membre.

Il est impossible de rendre compte en ce lieu de tous les aspects et de toutes les modalités de l'eupéanisation du droit constitutionnel interne observable dans les États membres. Cette tâche exigerait l'édition d'une collection entière de manuels dédiés dans chaque État membre à ce que la langue allemande permet de désigner par le terme de « *Mitglied - Staatsrecht* ». Plus modestement on tentera d'expliciter la figure de droit constitutionnel d'un État intégré en montrant, à l'aide de quelques exemples, comment la participation à l'Union affecte et transforme des principes, institutions, pouvoirs et règles du droit constitutionnel luxembourgeois.

Les implications constitutionnelles de l'appartenance à l'Union peuvent se subdiviser en suivant les principaux objets de toute Constitution. Celle-ci se rapporte en effet, en premier lieu, à l'État, en l'occurrence devenu État membre (1.). Elle détermine, en second lieu, la séparation des pouvoirs entre des organes constitutionnels lesquels assument aussi des fonctions européennes (2.). Elle prévoit, en troisième lieu, une protection des droits et libertés qui doit s'intégrer dans l'espace européen des droits fondamentaux (3.) et elle constitue le fondement d'un ordre juridique qui s'ouvre au droit de l'Union (4.).

¹² Cf. notamment Christoph GRABENWARTER, *Staatliches Unionsverfassungsrecht*, in von Bogdandy / Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2^o éd., Berlin 2009, pp. 121-175.

¹³ Sur ce phénomène voir Mattias WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, 764 p.

¹⁴ Cf. les réflexions de Genoveva VRABIE, *L'eupéanisation du droit constitutionnel roumain après l'adhésion de l'État à l'Union européenne*, Bulletin Stiintific Universitatea "Mihail Kogalniceanu", No. 20/2011, pp. 1-7. Face à la manière dont on a complété (« voir accommodé ») quelques constitutions, l'auteur s'interroge sur l'utilité de développer « un modèle de loi fondamentale » pouvant inspirer les constituants nationaux et reflétant une nouvelle philosophie du contenu (spécifique) de la Constitution dans les États de l'Union.

1. L'État nation « indépendant » se transforme en État membre

L'article premier de la Constitution de 1868, actuellement en vigueur, précise, entre autres, que le Grand-Duché est un État « indépendant » ; précision qui figurait au même endroit dans les textes constitutionnels précédents de 1848 et 1856. Ces derniers relativisaient cependant très nettement cette indépendance en indiquant ensuite qu'il « fait partie de la Confédération Germanique ». Le texte de 1856 allait encore plus loin en précisant qu'il « participe aux droits et obligations résultant de la Constitution fédérale. Il ne peut être dérogé à ces droits et à ces obligations par la législation intérieure du pays ».

Que ce soit du temps passé de la Confédération Germanique ou du temps présent de l'intégration européenne, la proclamation constitutionnelle de l'indépendance n'a jamais empêché le Grand-Duché de participer à des entreprises d'intégration ayant une dimension constitutionnelle. A aucun moment la préservation de l'indépendance de l'État n'a d'ailleurs été sérieusement évoquée comme une limite éventuelle à la participation du Luxembourg au processus d'intégration européenne.¹⁵

Son incorporation successive dans la Confédération germanique (1815-1866), le « Zollverein » (1842-1918), l'Union économique belgo luxembourgeoise (depuis 1921) et le Benelux (depuis 1944) lui ont au contraire fait acquérir les expériences indispensables pour être préparé aux implications juridiques de sa participation aux Communautés et à l'Union européenne.

On sait que le traité de Rome de 2004 établissant une Constitution pour l'Europe avait formalisé les éléments constitutifs du statut d'État membre. Il contenait ainsi des clauses relatives à l'appartenance à l'Union définissant les critères d'éligibilité (article I-58), la suspension des droits d'appartenance (article I-59) et le retrait volontaire (article I-60). Il définissait par ailleurs les relations entre l'Union et les États membres (article I-5) et articulait le principe de solidarité entre l'Union et ses États membres (article I-43). Ces éléments ont été repris pour l'essentiel dans le traité sur l'Union. Le statut de l'État membre résulte de ce fait d'une combinaison de dispositions réglant l'appartenance à l'Union et définissant les droits et obligations qui en découlent.¹⁶

¹⁵ Cp. Georges WIVENES, *Le droit européen et les constitutions nationales. Rapport luxembourgeois*, in Lord Slynn of Hadley et M. Andenas (eds.), *FIDE XX. Congress*, London 2002, Vol. 1, p. 267 ss.

¹⁶ Sur le cas français cf. Bélig NABLI, *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne. Étude de la participation des organes étatiques à la production et à l'exécution du droit communautaire. Le cas français*, Paris, Dalloz, Collection Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 63, 2007, 670 p.

C'est indubitablement l'article 4 TUE qui rassemble les éléments fondamentaux du statut de « l'État intégré ». Cette disposition combine en effet le devoir de l'Union de respecter l'identité nationale de ses États membres avec leurs obligations inhérentes au devoir de coopération loyale.¹⁷ Elle implique le respect des fonctions essentielles de l'État, notamment le monopole de la contrainte, son droit de retrait et le principe de sa compétence de la compétence. Il consacre par ailleurs la jurisprudence la Cour de justice sur le devoir de loyauté qui « exprime une obligation inhérente au statut de membre ».¹⁸

La qualité d'État membre de l'Union constitue dorénavant un statut juridique à part, une sorte d'étaticité particulière (« Mitglied-Staatlichkeit » ou « member statehood ») qui diffère de celle d'un État nation indépendant.¹⁹ Il y aura donc désormais quatre types d'États : les États indépendants, les États membres d'une organisation internationale ou d'une confédération, les États intégrés dans l'Union et les États fédérés.

En raison des implications constitutionnelles plusieurs États membres ont procédé à la constitutionnalisation de leur appartenance à l'Union. Le Luxembourg s'est contenté pour l'instant d'une clause très générale permettant la dévolution temporaire de l'exercice d'attributions, réservées par la Constitution aux trois pouvoirs de l'État, à des « institutions internationales ».²⁰ Dans le cadre de la révision générale, actuellement en cours, il est cependant envisagé de prévoir dans un nouvel article 5 que le Grand-Duché « participe à l'Union européenne » et que « l'exercice de pouvoirs de l'État peut être transféré à l'Union européenne (...) par une loi adoptée à la majorité qualifiée ».²¹ Le statut d'État intégré sera alors ancré en droit de l'Union et en droit constitutionnel. On peut regretter que ce ne soit pas à l'article premier que l'on projette d'inscrire cette clause européenne comme cela a été le cas dans le passé avec l'appartenance à la Confédération Germanique.

Partant du fait que le droit international définit l'État souverain comme étant délimité par des frontières territoriales établies, à l'intérieur desquelles ses lois s'appliquent à une population

¹⁷ Jean-Denis MOUTON, préc. p. 16.

¹⁸ Cf. Eleftheria NEFRAMI, *L'État membre au service de l'Union européenne*, ADE 2004, vol. II, pp. 72-73

¹⁹ Cp. Christopher J. BICKERTON, *European Integration, From Nation-States to Member States*, Oxford University Press, 2012, 217 p., spec. p. 52 ss. où il évoque l'idée de « Member Statehood as legal title ».

²⁰ Article 49bis de la Constitution introduit par une révision de 1956.

²¹ Cf. l'avis du Conseil d'État du 6 juin 2012, annexe 2, avec les textes juxtaposés de la Constitution actuelle, de la proposition de révision et de l'avis, disponible sur www.conseil-État.public.lu.

permanente et ses organes exercent une autorité effective, on peut se demander dans quelle mesure les éléments de cette définition se trouvent affectés par l'appartenance à l'Union.

Pour ce qui est de la population résidente on remarquera que la situation du Luxembourg est particulière. Plus de 38% des 537.000 résidents sont en effet des ressortissants d'autres États membres de l'Union, 55% ont la nationalité luxembourgeoise. S'y ajoutent encore 160.000 travailleurs frontaliers qui travaillent au Luxembourg tout en résidant dans les États voisins.²² Cette situation amène la classe politique à envisager l'ouverture du droit de vote aux élections législatives aux résidents.²³ La relation entre les concepts de citoyenneté et de nationalité évolue ainsi non seulement sous l'influence de la citoyenneté de l'Union, qui s'ajoute à la citoyenneté nationale, mais également sous la pression démographique des citoyens européens exerçant leur droit à la libre circulation. Sans une ouverture du droit de vote aux élections législatives, la légitimité représentative de la Chambre des députés risque en effet de s'amenuiser.

Cette situation démographique particulière avait été reconnue par le protocole concernant le Luxembourg, annexé au traité de Rome, dont l'article 2 disposait : « Lors de l'établissement des règlements prévus par l'article 48, paragraphe 3, du Traité, relatif à la libre circulation des travailleurs, la Commission tient compte, en ce qui concerne le Grand-Duché de Luxembourg, de la situation démographique particulière de ce pays ».²⁴ Invoquée dans l'affaire C-473/93, Commission contre Luxembourg, l'argument n'a cependant pas été accepté par la Cour comme autorisant le Luxembourg à « exclure unilatéralement les travailleurs d'autres États membres de secteurs entiers de l'activité professionnelle ».²⁵

Au-delà du contexte démographique on rappellera encore que tous les citoyens de l'Union résidant au Luxembourg se voient reconnaître des droits politiques. Certains, tels que le droit de pétition au Parlement européen et le droit de participer à une initiative citoyenne européenne, leur sont reconnus directement par le droit de l'Union et complètent ainsi des droits que la Constitution réservait en principe aux seuls nationaux. Concernant l'exercice de droits politiques par des « non-

²² Chiffres publiés par l'agence statistique pour 2013. www.statec.lu.

²³ Cf. les contributions au n° 326 de la revue « forum », *Citoyenneté et droit de vote*, février 2013, pp. 20-51, www.forum.lu.

²⁴ Protocole abrogé dans le cadre de l'opération de simplification des traités communautaires, entreprise par le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 (article 6 III 1)d).

²⁵ CJCE, 2 juillet 1996, Commission contre Luxembourg, aff. C-473/93, Rec. p. I-3207, point 35 « les considérations relatives à la sauvegarde de l'identité nationale dans une situation démographique aussi spécifique que celle du Luxembourg » ne justifient d'exclure à titre général des ressortissants d'autres États membres du secteur de l'enseignement.

Luxembourgeois » (art. 9) et de leur admissibilité aux emplois publics (art. 10bis, par. 2) la Constitution a été modifiée *a minima* en 1994 et 1999 pour autoriser une dérogation légale et se conformer ainsi au droit de l'Union.²⁶

Sur ces deux points la révision constitutionnelle pendante vise à aller plus loin en consacrant notamment explicitement les droits politiques des citoyens de l'Union (nouvel art. 10 al. 2). Dans la population luxembourgeoise, la division classique entre nationaux et étrangers cède donc progressivement la place à une distinction plus fine entre nationaux, citoyens de l'Union et ressortissants d'États tiers.

Pour ce qui est des relations de l'État avec son territoire, on constate également une certaine mutation. Certes, comme le rappelle Francette Fines, les États « ne sont pas dépossédés de leur territoire », mais ils ont acceptés « que celui-ci serve également de cadre territorial d'action aux institutions communautaires, lesquels se voient ainsi dotées d'un territoire communautaire ».²⁷

Concernant la notion de souveraineté on est tenté de mettre en doute sa valeur explicative pour la situation des États intégrés dans l'Union. Certes, on peut légitimement rester attaché à cette notion et défendre la position que dans l'Union la souveraineté réside au niveau des États.²⁸ Mais cela permet-il de saisir toute l'originalité de la situation de ces États membres ? N'est-il pas préférable de considérer avec Carl Schmitt que dans la fédération la question de la souveraineté « est suspendue » pour ainsi dire ?²⁹

Pour ce qui est du volet externe de la souveraineté, il faut en tout état de cause tenir compte du fait que les relations internationales des États intégrés dans l'Union obéissent désormais à des devoirs d'action et d'abstention qui découlent du devoir de coopération loyale lequel « est d'application générale » et ne dépend ni du caractère exclusif ou non de la compétence de l'Union concernée « ni du droit éventuel, pour les États membres, de contracter des obligations envers des États tiers ». Le Luxembourg assume ainsi une obligation de coopération étroite envers les

²⁶ L'ouverture véritable de la fonction publique luxembourgeoise résulte de la loi du 18 décembre 2009 et d'un règlement grand-ducal du 12 mai 2010 qui énumère les emplois « qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique » et restent donc réservés aux nationaux.

²⁷ Francette FINES, *Quel territoire pour les États membres de la Communauté européenne dans un espace sans frontières intérieures ?*, ADE Vol. 2, 2004, pp. 9-30, spéc. p. 30.

²⁸ Ainsi que le fait Dieter GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp Verlag, 2012, 357 p. et *Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin 2009, 140 p.

²⁹ Carl SCHMITT, *Verfassungslehre des Bundes*, in *Verfassungslehre*, 8^{ème} édition, Duncker & Humblot, Berlin 1993, p. 361 ss., p. 372.

institutions de l'Union de manière à faciliter l'accomplissement de la mission de l'Union ainsi qu'à « garantir l'unité et la cohérence de l'action et de la représentation internationales » de cette dernière.³⁰

2. Les organes constitutionnels luxembourgeois assument des fonctions européennes

Au Luxembourg, comme dans les autres États membres, la Constitution organise la séparation des pouvoirs et la distribution des attributions entre les organes qu'elle institue. Par effet de l'appartenance à l'Union, ces organes constitutionnels se voient par ailleurs confier des fonctions européennes à des proportions variées. Leurs fonctions européennes s'ajoutent alors aux fonctions constitutionnelles aboutissant à une sorte de dédoublement fonctionnel de chaque organe concerné sans que cela se reflète dans le texte de la Constitution de 1868.³¹

Pour ce qui concerne le pouvoir exécutif et, en premier lieu, le chef de l'État, on remarquera cependant que le Grand-Duc ne peut représenter le Luxembourg au Conseil européen. Il ne remplit pas la condition, posée depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne par l'article 10 TUE, d'être « démocratiquement responsable » soit devant la Chambre des députés soit devant les citoyens luxembourgeois.³² On peut même se demander comment se concilie le caractère héréditaire de sa fonction avec le système constitutionnel de l'Union qui fait de l'égalité de tous les citoyens un principe central.³³ Comme le démontre par ailleurs Luc Heuschling, derrière l'organe du monarque se trouve le citoyen pouvant revendiquer en tant que tel des droits.³⁴ L'appartenance d'une monarchie constitutionnelle à l'Union n'est en tout cas pas sans créer des frictions susceptibles de rejaillir sur son droit constitutionnel.³⁵

Pour ce qui concerne le gouvernement du Grand-Duché, sa fonction européenne consiste essentiellement à représenter le Luxembourg au Conseil lequel exerce, on le sait, « conjointement

³⁰ Arrêt du 2 juin 2005, Commission / Luxembourg, aff. C-266/03, Rec. I-4805, points 58-60.

³¹ Sur ce qu'elle appelle les « projections nationales dans les institutions européennes » voir l'aperçu très complet de Simone BEISSEL, *Luxembourg*, in J. Rideau (éd.), *Les Etats membres de l'Union européenne. Adaptations, Mutations, Résistances*, LGDJ, Paris 1997, pp. 337-366, p. 348 ss.

³² Cp. Jan-Herman REESTMAN, *The state of the European Union's monarchies. An introduction to the series*, EuConst 2011, p. 270.

³³ Cf. Wim ROOBOL, *Twilight of the European Monarchy*, EuConst 2011, p. 286.

³⁴ Luc HEUSCHLING, *Le citoyen monarque. Réflexions sur le Grand-Duc, la famille grand-ducale et le droit de vote*, Larcier, Bruxelles 2013, 296 p.

³⁵ Voir les réflexions de Hans Ulrich JESSURUN D'OLIVEIRA, *The EU and Its Monarchies : Influences and Frictions*, EuConst 2012, pp. 63-81.

avec le Parlement européen, les fonctions législative et budgétaire ». Les membres du gouvernement luxembourgeois qui y exercent leur droit de vote conformément à l'article 16, paragraphe 2, TUE participent ainsi au niveau de l'Union à des fonctions qui sont réservées sur le plan interne au pouvoir législatif. L'appartenance à l'Union se traduit par un élargissement considérable des fonctions attribuées aux membres du gouvernement sans que cela se reflète dans la Constitution luxembourgeoise.

S'agissant du pouvoir législatif et donc de la Chambre des députés luxembourgeoise, on constate que sa participation aux affaires européennes s'est également développée en marge de la Constitution. Sa « fonction européenne » n'en est cependant pas moins réelle.³⁶ En vertu du nouvel article 12 TUE, les parlements nationaux sont en effet appelés à contribuer activement au bon fonctionnement de l'Union notamment « en veillant au respect du principe de subsidiarité conformément aux procédures prévues par le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ». ³⁷ Le contrôle qu'ils exercent à ce titre sur le respect des critères de la subsidiarité peut être relié tant à leur fonction de contrôleur des exécutifs nationaux qu'à leur participation à l'exercice du pouvoir législatif européen. De nouveau, l'appartenance à l'Union vient élargir les attributions d'un organe constitutionnel.

Au niveau du pouvoir judiciaire, la Constitution de 1868 se borne à prévoir le cadre général de l'organisation de la justice. Le justiciable doit néanmoins lire ce chapitre VI de la Constitution à la lumière des dispositions du TUE et du TFUE pour comprendre qu'il dispose aussi d'un accès, limité mais réel, à la Cour de justice. Au sens de l'article 13 de la Constitution, qui prévoit que « nul ne peut être distrait contre son gré du juge que la loi lui assigne », la Cour de justice doit être considérée comme « juge légal » au sens du droit constitutionnel interne. Cela soulève en dernière analyse la question de savoir si l'obligation du juge luxembourgeois de renvoyer une question préjudicielle à la CJUE peut, le cas échéant, être sanctionnée en droit interne. Le seul remède disponible en droit luxembourgeois est alors un recours interne en responsabilité de l'État.³⁸ De manière générale les statistiques montrent que les juridictions luxembourgeoises, qui ne semblent

³⁶ Cp. Martina MAYER, *Die Europafunktion der nationalen Parlamente in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, 2012, 613 p. Patrick DUMONT et Astrid SPREITZER, *The Europeanization of Domestic Legislation in Luxembourg*, in S. Brouard, O. Costa, T. König (Eds.), *The Europeanization of Domestic Legislatures, The Empirical Implications of the Delors' Myth in Nine Countries*, 2012, pp. 131-149.

³⁷ Cf. sur ce point Martin GENNART, *Le contrôle parlementaire du principe de subsidiarité. Droit belge, néerlandais et luxembourgeois*, Larcier, Bruxelles 2013, 363 p.

³⁸ Cf. Georges RAVARANI, *Rapport luxembourgeois au Colloque des Conseils d'État du Benelux*, 10 octobre 2013, La transposition et la mise en œuvre des actes normatifs de l'Union européenne en droit national, http://www.conseil-État.public.lu/fr/actualites/2013/10/C_Colloque_Benelux/index.html.

pas éprouver de grandes difficultés pour appliquer et interpréter le droit de l'Union, figurent parmi celles qui adressent le moins de renvois préjudiciels à la Cour de justice.³⁹

On le voit, les organes de l'État intégré assument désormais des fonctions dans l'intérêt de l'Union. La séparation des pouvoirs s'en trouve modifiée au niveau national. En témoigne par exemple le fait que la prérogative du Grand-Duc de nommer les magistrats est écartée par le droit de l'Union lorsqu'il s'agit des membres de la Cour de justice, nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres. Le gouvernement luxembourgeois exerce donc en ce domaine une attribution que la Constitution réserve en interne au chef de l'État.

Si l'appartenance à l'Union affecte la séparation des pouvoirs dans l'État membre, elle entraîne par ailleurs sa responsabilité particulière pour assurer la légitimation démocratique de l'Union. La responsabilité politique des membres luxembourgeois au Conseil européen et au Conseil des ministres est en effet assurée devant la Chambre des députés laquelle participe activement à la gestion des affaires européennes.⁴⁰ Dans le même ordre d'idées, on n'oubliera pas que l'élection des membres du Parlement européen se déroule également en partie selon des règles nationales.

Une dernière conséquence de l'attribution de fonctions européennes aux organes constitutionnels ou à leurs membres est l'apparition d'incompatibilités « européennes » et « croisées » venant s'ajouter au régime des incompatibilités définies par la Constitution. En droit luxembourgeois, la liste des incompatibilités avec le mandat de député, figurant à l'article 54 de la Constitution, a été complétée par la loi électorale sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, en vertu duquel « les incompatibilités prévues par l'article précédent ne font pas obstacle à ce que la loi n'en établisse d'autres dans l'avenir ». Un projet de loi du 2 mai 2013 vise enfin à y inscrire la règle – qui a toujours été respectée en pratique – de l'interdiction du cumul du mandat de député de la Chambre et de membre du Parlement européen.⁴¹ Cette incompatibilité résulte en fait de l'Acte

³⁹ En cinquante ans, de 1963 à octobre 2013, 87 renvois préjudiciels ont été introduits par des juridictions luxembourgeoises. Cp. aussi Jean-Paul HOFFMANN, *Les questions préjudicielles posées par les juridictions luxembourgeoises à la CJCE*, in Mélanges F. Schockweiler, Bulletin du Cercle F. Laurent, bull. II, Luxembourg 1998, pp. 5-79 ; et Manou WEIRICH, *L'application du droit communautaire au Grand-Duché de Luxembourg*, in Livre jubilaire de la Conférence Saint-Yves, Luxembourg, Saint Paul 1986, pp. 965-1004, p. 982.

⁴⁰ Les modalités de cette participation sont fixées dans un annexe 2 du Règlement de la Chambre, « Aide-Mémoire sur la coopération entre la Chambre des Députés et le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en matière de politique européenne », cf. texte coordonné à jour au 31 juillet 2013, Memorial A n° 172 du 20.9.2013, p. 3295 ss.

⁴¹ Cf. projet de loi n° 6571 (du 2 mai 2013) portant modification de la loi électorale modifiée du 18 février 2003.

du 20 septembre 1976 portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct tel que modifié par une décision du Conseil des 25 juin et 23 septembre 2002.

Le nouvel article 7 (2), premier alinéa, de l'Acte prévoit qu'à partir de l'élection en 2004, la qualité de membre du Parlement européen est incompatible avec celle de membre d'un parlement national. Le régime luxembourgeois des incompatibilités parlementaires résulte donc actuellement d'une conjonction de dispositions constitutionnelles, légales et européennes. Dans le cadre de la révision pendante de la Constitution il est prévu d'inscrire cette règle dans un nouvel article 66 disposant que « le mandat de député est incompatible avec les fonctions de membre du Gouvernement, celles de membre du Parlement européen et celles de membre du Conseil d'État ». D'autres incompatibilités résultent bien évidemment de la nomination de Luxembourgeois en tant que membres d'une autre institution de l'Union, que ce soit la Cour de justice, la Commission, la Banque centrale européenne ou la Cour des comptes.⁴²

3. La protection des droits fondamentaux est assurée dans l'espace européen

En Europe, la protection des droits fondamentaux n'est plus l'apanage des constitutions et déclarations nationales. Pour l'Union et ses États membres les sources juridiques pertinentes sont désormais énumérées à l'article 6 TUE. L'État luxembourgeois doit donc respecter non seulement les droits et libertés garantis au chapitre 2 de sa Constitution, mais en outre ceux inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union ainsi que ceux consacrés en tant que principes généraux du droit de l'Union.

La CEDH est obligatoire pour le Grand-Duché depuis le 3 septembre 1953.⁴³ Il peut certainement être affirmé sans exagérer qu'en raison de l'ancienneté et du caractère lacunaire du catalogue constitutionnel, elle constitue au Luxembourg la première source de droits fondamentaux.⁴⁴ S'agissant de son article 6, qui garantit le droit à un procès équitable, la Cour supérieure de justice rappelle d'ailleurs à juste titre, que « directement applicable et de valeur supérieure au droit national » cet article constitue « le texte de référence en matière de garantie des

⁴² L'ancien ministre François Biltgen a pris soin de démissionner du gouvernement avant même d'accepter la décision de celui-ci de le proposer en tant que juge luxembourgeois de la Cour de justice.

⁴³ Par l'effet de sa ratification par la loi du 29 août 1953.

⁴⁴ Cp. Georges WIVENES, préc. p. 17.

droits des justiciables ».⁴⁵ On a même pu se demander si, face à la profusion des droits garantis au niveau européen et international, la protection constitutionnelle n'était pas devenue superflue.⁴⁶

Dans « l'espace européen des droits fondamentaux »⁴⁷, qui se caractérise par une superposition de sources juridiques et un régime complexe de compétences juridictionnelles, la protection des droits soulève de difficiles questions de coordination.

S'agissant de la CEDH on sait que le principe de sa subsidiarité résout la plupart de ces problèmes. Bien que la Convention ne fasse pas obligation aux États parties de remettre en question l'autorité de chose jugée d'une décision de justice interne déclarée incompatible avec la Convention par la Cour européenne, le Luxembourg a néanmoins introduit dans son droit interne une procédure de révision de telles décisions. L'article 443 du Code d'instruction criminelle, prévoit ainsi depuis 1981 un cinquième cas d'ouverture d'une demande en révision, lorsqu'il résulte d'un arrêt de la Cour européenne rendu en application de la CEDH « qu'une condamnation pénale a été prononcée en violation de cette Convention ».⁴⁸

S'agissant de la Charte, c'est la définition stricte de son champ d'application à l'article 51 qui est censée réduire les problèmes pouvant résulter de la coexistence des protections nationale et européenne des droits fondamentaux. Depuis les retentissants arrêts de la Cour de justice dans les affaires *Melloni* et *Åkerberg Fransson* du 26 février 2013, il est néanmoins évident que la Cour de justice n'entend pas se cantonner à une lecture restrictive du champ d'application de la Charte. De ce fait, les États membres doivent respecter les droits de la Charte lorsqu'ils « agissent dans le champ d'application du droit de l'Union » et non pas seulement lorsqu'ils « mettent en œuvre » ce dernier. Au surplus, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, ils ne peuvent appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, qu'à la condition « que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni

⁴⁵ Voir l'avis commun de la Cour supérieure de Justice (...) relatif à la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, doc. parl. n° 6030⁴, p. 7.

⁴⁶ Cf. Jörg GERKRATH, *La proposition de révision dans le contexte international : la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux serait-elle devenue superflue ? Quelques remarques à propos de la notion des droits fondamentaux, de leur formulation et de leur protection*, in Institut Grand-Ducal, Actes de la Section des sciences morales et politiques, 2011, pp. 197-219.

⁴⁷ Expression empruntée à Viviane REDING, Allocution du 18 février 2010 à Interlaken, *Towards a European Area of Fundamental Rights: The EU's Charter of Fundamental Rights and Accession to the European Convention of Human Rights*, Speech/10/33.

⁴⁸ Loi du 30 avril 1981 concernant la révision des procès criminels et correctionnels et les indemnités à accorder aux victimes d'erreurs judiciaires.

la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union ». ⁴⁹ On peut gager que cette jurisprudence aura pour conséquence de réduire encore davantage le recours des justiciables et de leurs avocats aux droits fondamentaux garantis par la Constitution. Elle a en outre pour effet de diminuer le rôle de la Cour Constitutionnelle luxembourgeoise en matière de protection des droits fondamentaux et de modifier ainsi l'allocation des pouvoirs voulue par le constituant. ⁵⁰ Il est trop tôt pour se faire une idée sur le sort que réservent les juges luxembourgeois aux droits de la Charte. ⁵¹ Dans le cadre de la proposition de révision générale de la Constitution, il avait néanmoins été envisagé dans un premier temps de restructurer le chapitre 2 de la Constitution en suivant le modèle des titres utilisés au sein de la Charte. ⁵²

4. L'ordre juridique luxembourgeois s'ouvre au droit de l'Union

L'une des spécificités de l'ordre juridique luxembourgeois réside en ce qu'à la différence des autres États européens il trouve son fondement dans le droit international. Établi en tant qu'État indépendant par l'Acte final du Congrès de Vienne du 9 juin 1815, l'indépendance du Grand-Duché a été confirmée par les traités de Londres des 19 avril 1839 et 11 mai 1867. De ce fait, loin d'apparaître comme une menace pour la souveraineté nationale, le droit international y est compris comme une « garantie indispensable de l'existence et de la survie de l'État ». ⁵³ Les juridictions nationales n'ont d'ailleurs eu aucune difficulté pour reconnaître la prééminence du droit international et la primauté du droit communautaire y compris à l'égard d'une disposition constitutionnelle. ⁵⁴ Cet état des choses explique également pourquoi il n'avait pas été jugé nécessaire d'inscrire dans la Constitution une disposition autorisant plus explicitement les transferts de compétences à l'Union.

⁴⁹ CJUE, 26 février 2013, Stefano Melloni, aff. C-399/11, point 60.

⁵⁰ Pour la jurisprudence pertinente de la Cour constitutionnelle, cf. Mark D. COLE, *Der Schutz der Grundrechte*, in J. Gerkrath (éd.), *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Luxembourg. 1997 – 2007*, Pasicrisie no. 1-2 2008, p. 59 et s.

⁵¹ Cp. Giulia F. JAEGER, *Rapport Luxembourg*, La protection des droits fondamentaux après Lisbonne : L'interaction entre la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la CEDH et les constitutions nationales, FIDE XXV Congrès, Tallin 2012, www.fide2012.eu.

⁵² Cf. proposition de révision du 21 avril 2009, doc. parl. n° 6030. Dans la dernière version du document de travail de la Commission parlementaire de la révision constitutionnelle celle-ci est revenue à une subdivision en fonction de la nature des droits garantis.

⁵³ Georges WIVENES, préc. p. 6.

⁵⁴ Cp. Pierre PESCATORE, *L'autorité en droit interne, des traites internationaux*, Pasicrisie Luxembourgeoise 1962, p. 97 ss., Georges WIVENES, préc. p. 21, Patrick KINSCH, *Le rôle du droit international dans l'ordre juridique luxembourgeois*, Pasicrisie no. 1-2/2010, pp. 383-399.

Dans l'ordre juridique luxembourgeois la Constitution a depuis longtemps cessé d'être la seule norme suprême.⁵⁵ Il y existe désormais un ensemble de normes de rang supra législatif désignées par le terme de « droit supérieur ». Il appartient ainsi au Conseil d'État de contrôler la conformité des projets et propositions de lois ainsi que des projets de règlement avec les règles de droit supérieur. La loi modifiée du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'État précise dans son article 2, paragraphe 2, que « s'il estime un projet ou une proposition de loi contraire à la Constitution, aux conventions et traités internationaux, ainsi qu'aux principes généraux du droit, le Conseil d'État en fait mention dans son avis. Il en fait de même, s'il estime un projet de règlement contraire à une norme de droit supérieure ». Dans le cadre de la procédure de révision en cours, il est prévu de mentionner ce contrôle préalable de la conformité avec le « droit supérieur » à l'article 91 en y incluant explicitement les « actes juridiques de l'Union européenne ». De même est-il envisagé de préciser à l'article 99 que « les juridictions n'appliquent les lois et les règlements qu'autant qu'ils sont conformes aux normes de droit supérieures ».

Si la Constitution est donc concurrencée en tant que norme suprême, la loi perd également de son importance dans l'ordre juridique en raison du besoin ressenti d'alléger les procédures de transposition et de mise en œuvre des actes européens. Dans la mesure où des pans de plus en plus importants de la législation nationale sont directement conditionnés par le droit de l'Union et que le législateur est confronté à des délais souvent très courts pour assurer la transposition des directives, le législateur luxembourgeois a adopté une loi d'habilitation conférant au pouvoir réglementaire la compétence pour y pourvoir.⁵⁶

Cette loi a cependant une portée limitée et ne s'est pas vraiment avérée comme « réponse appropriée et efficace » aux problèmes rencontrés.⁵⁷ L'inscription dans la Constitution d'un nouvel article 45, envisagée dans le cadre de la révision en cours et précisant que le chef de l'État « prend les règlements nécessaires pour l'application des actes juridiques de l'Union européenne », aura pour avantage d'éradiquer un certain nombre d'insécurité juridiques en la matière. L'appartenance à l'Union entraîne ainsi des mutations de l'ordre juridique dans lequel le rapport initial entre normes

⁵⁵ Lors de la ratification du traité de Maastricht certains ont fustigé la suspension de la Constitution dans la mesure où la ratification du traité est intervenue avant la révision constitutionnelle permettant le droit de vote communal des citoyens de l'Union. Cf. Alex BONN, *La Constitution suspendue*, Letzeburger Land n° 24 du 12 juin 1992.

⁵⁶ Loi (modifiée) du 9 août 1971 « concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que la sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports »

⁵⁷ Paul SCHMIT, *Rapport du Conseil d'État*, Colloque des Conseils d'État du Benelux, 10 octobre 2013, La transposition et la mise en œuvre des actes normatifs de l'Union européenne en droit national, http://www.conseil-État.public.lu/fr/actualites/2013/10/C_Colloque_Benelux/index.html, p. 5 ; cp. Manou WEIRICH, préc., p. 966.

constitutionnelles, législatives et réglementaires se trouve modifié au détriment des deux premières catégories.

La thèse de l'émergence d'un nouveau type de droit constitutionnel, celui de l'État intégré, nécessite un traitement plus approfondi que celui de cette contribution. Il ne fait cependant aucun doute que l'intégration européenne exerce une influence déterminante non seulement sur les institutions mais aussi sur les concepts de droit constitutionnel des États membres. Ces derniers participent en effet à ce que l'on pourrait appeler une « Union d'États constitutionnellement intégrés ». L'enchevêtrement du droit constitutionnel de l'Union et de celui de ses États membres est en effet tel que les frontières traditionnelles deviennent mouvantes.