

Le concept de dissolution, l'histoire des dissolutions de la Chambre des députés & la coutume

Luc Heuschling

Docteur en droit public (Sorb.)
Agrégé des facultés de droit (France)
Professeur de droit constitutionnel
Université du Luxembourg

L'histoire du droit constitutionnel luxembourgeois est un champ de savoir assez mal exploré. Si certains pans sont connus en profondeur, d'autres ne le sont que superficiellement. Pour d'autres encore, tout quadrillage reste à faire. Ces pans inexplorés, obscurs, ne concernent pas seulement quelques détails ; ils ont trait parfois à des aspects cruciaux de l'organisation de l'Etat. Qu'il suffise ici de rappeler brièvement l'exemple du *Fürstenrecht* dont l'existence et le contenu ont longtemps disparu de la mémoire collective, profane et savante. Les insuffisances de notre savoir historique en matière de droit constitutionnel ont aussi été mises à nu lors des multiples rebondissements de la crise politique de 2013. Lorsque se sont posées des questions délicates quant à l'avenir politique du pays – les motions de censure déposées contre le ministre des finances Luc Frieden (présenté alors comme l'héritier présomptif au poste de premier ministre)¹, l'engagement de la responsabilité du premier ministre Jean-Claude Juncker lui-même², l'appel à des élections anticipées par la voie éventuelle d'une autodissolution de la Chambre des députés, la dissolution effective de la Chambre des députés en vertu d'un arrêté grand-ducal de dissolution à effet différé³, la nomination, au lendemain des élections anticipées du 20 octobre 2013, d'abord d'un informateur (et non d'un formateur) en la personne du président de la Cour administrative Georges Ravarani⁴, la création d'une coalition à trois partis⁵, etc. –, à chaque fois l'opinion publique s'est interrogée, non sans raison, sur l'existence de précédents dans le passé, dans *son* passé. Le retour en arrière est, avec le regard au-delà des frontières (le recours au droit comparé), une façon pour le citoyen de « recadrer » un événement abrupt, potentiellement inquiétant, qui surgit sur scène. Quel sens faut-il lui donner ? Comment réagir ?

¹ Séance de la Chambre des députés du 13 juin 2013. Etait en cause une éventuelle atteinte à l'indépendance de la justice dans le cadre de l'affaire des attentats à la bombe des années 1980. Les motions de censure proposées furent rejetées lors du vote.

² Séance de la Chambre des députés du 10 juillet 2013. Etait en cause les errements des services secrets luxembourgeois (SREL) dont le chef hiérarchique est le premier ministre. Après de longs débats, la séance de la Chambre a été close abruptement, sans vote sur les motions de censure soumises par l'opposition, après que le premier ministre avait annoncé qu'il allait demander au chef de l'Etat l'organisation d'élections anticipées. Dans les jours qui suivirent, ni le premier ministre, ni le gouvernement n'ont présenté leur démission.

³ Arrêté grand-ducal du 22 juillet 2013 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial A*, n° 131 du 24 juillet 2013, p. 2722, article 1er : « La Chambre des députés est dissoute avec effet au 7 octobre 2013 ». Voir aussi, *ibid.*, l'arrêté grand-ducal du 22 juillet 2013 portant convocation des collèges électoraux pour les élections législatives, qui a fixé la date des élections anticipées au 20 octobre 2013.

⁴ Nomination intervenue le 23 octobre 2013. Cette nomination n'a pas donné lieu à un arrêté grand-ducal. Faute d'écrit, il n'y a pas eu non plus de contreseing formel d'un ministre (art. 45 Const.).

⁵ *Mémorial A*, 2013, n° 210. La coalition tripartite, entre le parti libéral (X. Bettel), le parti socialiste (E. Schneider) et le parti écologiste (F. Braz) a marqué une rupture politique. Depuis l'instauration du suffrage universel en 1919, c'est seulement la troisième fois dans l'histoire du Luxembourg que le parti chrétien social – qui est toujours sorti premier lors des élections, y compris en 2013 – n'est pas associé à la direction des affaires du pays. Les deux précédents historiques sont l'éphémère gouvernement dirigé par Pierre Prüm (1925-26) et, surtout, la célèbre coalition entre libéraux et socialistes dirigée par Gaston Thorn de 1974 à 1979. L'arrivée au pouvoir de la coalition tripartite a marqué aussi la fin de la carrière de J.-C. Juncker en tant que premier ministre du Luxembourg, poste qu'il a occupé, sans interruption, pendant plus de 18 ans (1995-2013).

Les enjeux de la problématique

Ce ressourcement dans son propre passé a quelque chose d'existentiel, et c'est ce qui fait que les problèmes actuels du Luxembourg avec son histoire, sa mémoire collective, sont aussi, à des degrés variables, d'ordre existentiel. Ce dernier mot peut être compris de diverses façons.

Connaître son passé, connaître les problèmes et aussi (et surtout) les solutions d'antan permet de mieux gérer les défis actuels. C'est un gain de temps : il n'est pas nécessaire de réinventer la roue. Le savoir historique sert de boîte à outils pour gérer l'actualité. Le retour en arrière, aux « racines », a aussi une dimension socio-psychologique. Les problèmes « nouveaux », s'ils se sont déjà présentés dans le passé, perdent en partie leur aspect inquiétant. La crise, de prime abord dérangeante, voire angoissante – on sort de l'ordinaire –, est recadrée, ramenée au statut d'un phénomène connu, catalogué, ordonné, presque ordinaire, dont l'issue est (presque) prévisible. Cet usage de la science historique en tant que « calmant » ou « anxiolytique social » peut ne pas intéresser le juriste. En revanche, il en va autrement lorsqu'un pays, et c'est le cas du Luxembourg actuellement, entend réformer sa Constitution. Si l'on tourne une page, il vaut mieux l'avoir lue. Refaire la Constitution suppose, entre autres, de connaître le présent et le passé du pays. Or, depuis la controverse autour de la dissolution de 2013, tout le monde a pris brutalement conscience qu'il était urgent de revoir le mécanisme de la dissolution de la Chambre des députés, un point qui, jusqu'alors, n'avait pas du tout été abordé dans la proposition de révision de la Constitution n° 6030. Celle-ci s'était contentée de reprendre tel quel l'actuel énoncé de l'article 74 de la Constitution de 1868⁶.

Enfin, le caractère existentiel de cette crise prend une dimension juridique particulièrement prégnante lorsque, comme c'est le cas avec l'avis du Conseil d'Etat du 18 juillet 2013⁷, il est allégué que la coutume ferait partie des sources du droit constitutionnel luxembourgeois et qu'elle pourrait même déroger aux normes consacrées dans le texte de la Constitution. Si la connaissance déficiente de l'histoire constitutionnelle par les juristes peut, à la limite, être excusée lorsque, selon le système des sources en place, le droit est censé se trouver dans les textes et dans l'interprétation de ces textes, il est pour le moins paradoxal d'ériger la coutume en source du droit, en l'absence d'une mémoire historique savante qui puisse prétendre à l'objectivité. Or, le Conseil d'Etat a argué d'une coutume en matière de dissolution de la Chambre des députés, alors même que l'histoire des dissolutions de la Chambre des députés luxembourgeoise est une zone blanche sur la carte de l'historiographe. Dès lors, affirmer l'existence d'une coutume en l'absence de tout savoir historique scientifiquement validé revient à une opération juridique aléatoire qui n'est pas sans dangers. Celui qui, sans base solide, argue de l'existence d'un usage traditionnel, et même d'une coutume – l'un n'est pas un synonyme de l'autre –, risque à tout le moins de provoquer des débats infinis sur l'existence, ou non, de cette « coutume ». Là où le droit est censé pacifier les relations sociales et résoudre la crise, l'invocation de la coutume ne fait qu'aggraver celle-ci, en y ajoutant un nouveau foyer de controverses. Au pire, l'acteur invoquant une coutume risque de se voir accuser d'usurpation : loin d'avoir *découvert* une coutume, il aurait lui-même *créé* celle-ci de toutes pièces.

⁶ Pour un aperçu du texte actualisé de la proposition n° 6030, cf. le site www.forum.lu/constitution/, rubrique « Dokumente ». Voir l'article 74 de la proposition : « Le Chef d'Etat peut dissoudre la Chambre des députés. Les nouvelles élections ont lieu au plus tard dans les trois mois ». L'article 74 de la Constitution de 1868 actuellement en vigueur dispose quant à lui : « Le Grand-Duc peut dissoudre la Chambre. Il est procédé à de nouvelles élections dans les trois mois au plus tard de la dissolution ».

⁷ L'avis portant sur la possibilité d'une dissolution à effet différé de la Chambre des députés par le Grand-Duc est mis en annexe (p. 542 ss). La numérotation des paragraphes de l'avis a été introduite par mes soins pour faciliter les renvois. Pour un premier commentaire, cf. L. Heuschling, « Un vieux bateau pris dans la tempête : la Constitution luxembourgeoise. Une analyse scientifique de l'avis du Conseil d'Etat du 18 juillet 2013 », *Lëtzebuurger Land*, 2 août 2013, p. 10-11. Le présent article s'inscrit dans le sillage de ce premier commentaire dont il approfondit les aspects historiques et théoriques.

Complexité et richesse de la problématique

Lorsqu'on aborde l'histoire des dissolutions du parlement luxembourgeois (Chambre des députés, auparavant : Assemblée des états)⁸, le premier constat qui s'impose est la virginité du terrain d'étude. Au Luxembourg, ni les juristes ni les historiens, ni les savants ni les praticiens ne se sont intéressés à ce sujet⁹. Le silence est souvent total. Il n'existe pas même un premier quadrillage, avec une simple liste des dissolutions. Certes, deux scientifiques étrangers ont essayé, dans le passé, d'établir une telle liste, mais celle-ci est datée et incomplète¹⁰. En outre, ces deux auteurs n'ont pas étudié ce champ sous l'angle de l'existence d'une éventuelle coutume. Quant à la liste des dates et événements fournie par le Conseil d'Etat dans son avis du 18 juillet 2013 (lire §§ 13-19), cette liste est peu claire, voire, en partie, inexacte. Certains événements cités n'ont aucun rapport avec une quelconque dissolution ; d'autres faits liés effectivement à une dissolution n'y sont pas évoqués.

Il faut donc commencer par recueillir les premières données. Combien de dissolutions y a-t-il eu au Luxembourg depuis 1841 – par facilité, je prends ce point de départ même si, *stricto sensu*, l'histoire constitutionnelle moderne du Luxembourg commence dès 1815, sous l'empire de la Loi fondamentale néerlandaise¹¹ – jusqu'à la récente dissolution du 20 octobre 2013 ? A quelle date, et selon quelles règles juridiques, ces dissolutions ont-elles eu lieu ? Parmi ces règles, existe-t-il éventuellement des règles coutumières ? C'est là que surgit la complexité du sujet, à un degré que l'on n'aurait point imaginé *a priori*.

Le caractère redoutable de la problématique a trait d'abord aux difficultés d'accès à la réalité du droit de l'époque, à supposer d'ailleurs que celle-ci puisse encore être reconstituée à partir des traces dont nous disposons. Le droit ne se réduit pas seulement à des textes, aux textes des normes du droit positif qui, eux, pour l'essentiel, sont archivés, publiés et connaissables. Ces textes se situent dans un certain contexte : ils se situent au sein d'un univers intellectuel – l'univers intellectuel des juristes – qui est fait de constructions, d'images, de montages, de concepts, de modes de raisonnement, de « valeurs ambiantes », tout ce que d'aucuns essaient de résumer sous les formules de la « mentalité des juristes »,

⁸ Ne sera pas abordé ici un sujet proche qui est la prérogative du Grand-Duc de dissoudre le Conseil d'Etat, organe qui, par certaines facettes, se rapproche d'une seconde chambre parlementaire. Ce droit de dissolution qui n'était pas prévu en 1857 et n'a été introduit qu'en 1866 (art. 4 loi du 16 janvier 1866, *Mémorial*, n° 1), est consacré aujourd'hui dans l'article 6 de la loi modifiée du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat. Il a donné lieu à une seule application : l'arrêté grand-ducal du 16 novembre 1945 portant dissolution du Conseil d'Etat (*Mémorial*, n° 67).

⁹ Cf. l'absence d'informations historiques chez P. Eyschen, *Das Staatsrecht des Grossherzogthums Luxemburg*, Freiburg, Mohr, 1890, p. 108 s ; id., *Das Staatsrecht des Grossherzogthums Luxemburg*, Tübingen, Mohr, 1910, p. 58 ; P. Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, 6e éd., Editpress, Esch-sur-Alzette, 1990, p. 169, 220 (art. 74), p. 33 ss, 45 (art. 114), p. 147 (art. 7) ; *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, Luxembourg, 2006, p. 260, 285 (art. 74), p. 227 (art. 56), p. 390 (art. 114) ; P. Schmit, *Précis de droit constitutionnel*, Luxembourg, Saint-Paul, 2009, p. 159 s. La pratique des dissolutions est parfois évoquée, de façon incidente dans divers autres types de littératures (sur les « crises politiques », le récit des divers gouvernements luxembourgeois, l'histoire du droit électoral et de la pratique électorale, l'histoire générale du pays, etc.). Voir, par exemple, B. Fayot, « Rares ruptures », *Forum*, n° 332, p. 26 ss ; R. Hilgert, « Augen zu und durch bis zum bitteren Ende », *Lëtzebuurger Land*, 13.9.2013, p. 11 ; G. Thewes, *Les gouvernements du Grand-Duché de Luxembourg depuis 1848*, Service information et presse, Gouvernement du Luxembourg, 2011 ; D. Nohlen, « Luxembourg », in D. Sternberger, B. Vogel (dir.), *Die Wahl der Parlamente und anderer Staatsorgane. Ein Handbuch*, Berlin, Gruyter, t.1, 1969, p. 809-831 ; M. Thiltgen, « Luxembourg » in D. Nohlen, Ph. Stöver (eds.), *Elections in Europe. A Data Handbook*, Nomos, Baden Baden, 2010, p. 1227-1270 ; les divers ouvrages d'histoire politique et constitutionnelle (Luc Hommel, Victor Molitor, Joseph Goedert, Albert et Christian Calmes, Gilbert Trausch, etc.). Il faut aussi mentionner les écrits d'auteurs étrangers (cf. la note 10). Mais, pour le reste (et, souvent, pour l'essentiel), mes premières sources de documentation furent le *Mémorial* et les comptes-rendus des débats du parlement. La visite des Archives nationales de Luxembourg a permis de corroborer certaines analyses, mais n'a pas toujours permis de lever toutes les zones d'ombre relatives notamment aux intentions des acteurs de l'époque. J'ai consulté entre autres les dossiers F-007, F-008, G-00339, G-00340 (Assemblée nationale de 1848), CdD-2047 (loi électorale de 1919), ET-222, ET-223, ET-225 (la cessation des mandats en 1945). Les recherches au sein du service des archives de la Chambre des députés ont été infructueuses.

¹⁰ J. Velu, *La dissolution du parlement*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 404 ss ; R. Fusilier, *Les monarchies parlementaires*, Paris, Editions ouvrières, 1960, p. 588 s.

¹¹ Sous la *Grondwet* néerlandaise, dans la version en vigueur de 1815 jusqu'en 1848, le Roi ne disposait pas du droit de dissolution. Durant la période de 1830 à 1839, lorsque le Luxembourg faisait *de facto* partie de la Belgique, est intervenue la dissolution de la Chambre des représentants belge du 28 avril 1833. Cf. J. Velu, *op. cit.*, p. 22 s, p. 135 ss.

de leurs « précompréhensions » ou de la « culture juridique »¹². Cette structuration de l'esprit des juristes influe, en amont, sur la conception (i.e. la rédaction) et, en aval, sur la compréhension (l'interprétation) des textes juridiques. Or ces univers ne se laissent pas toujours reconstruire à partir du simple résultat définitif (le texte de la norme), surtout si ce texte est peu prolixe, voire confus sur ses propres fondements, sa propre nature. En général, l'historien du droit peut accéder à ce contexte à travers les traces laissées soit par les juristes-acteurs de l'époque (débat, mémoires, témoignages, lettres, etc.), soit par les juristes-observateurs de l'époque (ici est pointé le rôle crucial de la doctrine, de la science juridique). Or, au Luxembourg, dans le passé, il n'y a pas eu de façon systématique une telle science juridique. Celle-ci est lacunaire. Sur le sujet des dissolutions, elle est même totalement absente. C'est ce qui explique que la présente contribution a la force – et la faiblesse – d'une première exploration. Nonobstant ces difficultés, la recherche a pu toutefois déboucher sur des découvertes parfois surprenantes. S'il n'en faudrait citer qu'une seule, il y a lieu de mentionner la découverte d'une autodissolution décidée, en 1919, par la Chambre des députés, un fait historique totalement ignoré de nos jours.

Au-delà de cette première difficulté (le passé peut-il être reconstitué?), le caractère redoutable de la problématique réside aussi, et même surtout dans les pièges de la grille d'analyse appliquée au passé. Que veut dire « dissolution » ? Puisqu'il nous faut débusquer, identifier et compter (avec précision !) à la fois les mécanismes de dissolution du parlement luxembourgeois (les normes générales instituant un pouvoir de dissolution, à l'instar de l'actuel article 74 Const.) et leurs usages effectifs (les normes particulières de dissolution : les divers arrêtés grand-ducaux de dissolution, par exemple), il nous faut un critère certain, un concept clair de l'objet à chercher (« dissolution du parlement »). Cette dernière expression paraît si familière que, souvent, on ne se pose pas même la question de sa définition, ou l'on se contente d'une définition superficielle. Pourtant, à ce sujet, l'historien du droit constitutionnel luxembourgeois est confronté à de délicats problèmes de délimitation. Dans sa recherche, il ne peut se laisser guider par le simple mot « dissolution », au risque de délimiter de façon biaisée son objet d'étude. Tantôt il arrive en effet que le terme « dissolution » soit présent dans les textes du droit positif luxembourgeois ou sous la plume des juristes luxembourgeois, alors que, en vérité, il est impropre en l'espèce. Tantôt, au contraire, le terme est absent du droit positif et du discours des juristes, alors qu'en vérité, il devrait être présent.

Pour donner un petit avant-goût de ces difficultés, il suffit de citer l'ancien article 114 de la Constitution de 1868 (d'avant la réforme de 2003), qui évoquait une « dissolution de plein droit »¹³. L'observateur scientifique du droit se doit-il de reprendre cette auto-qualification ? Le mot reflète-t-il la chose ? Ce syntagme, composé du terme « dissolution » et de la formule « de plein droit », reflète-t-il fidèlement la nature de la construction intellectuelle sous-jacente ? La question est cruciale car si la « dissolution de plein droit » est une dissolution – il sera démontré que c'est faux –, la majorité des dissolutions du parlement luxembourgeois seraient des « dissolutions de plein droit ». La question de la pertinence de l'expression « dissolution de plein droit » n'est pas seulement une question du passé, l'ancien article 114 ayant été abrogé en 2003. Elle se pose encore de nos jours, quoique de façon très marginale, à propos de l'article 7 alinéa 2 de la Constitution de 1868 : « En cas de vacance du trône [au moment du décès ou de l'abdication du monarque régnant, la dynastie est éteinte], la Chambre pourvoit provisoirement à la régence [elle désigne un chef de l'Etat provisoire]. – Une nouvelle Chambre convoquée en nombre double dans le délai de trente jours, pourvoit

¹² Cf. les divers écrits de P. Legrand (par ex. « Comparer », *Rev. int. droit comparé*, 1996, p. 279 ss), ou de P. Häberle (*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1998 ; *Europäische Verfassungslehre*, 6e éd., Nomos, Baden Baden, 2009). Sur la notion en vogue de « culture juridique », cf. D. Nelken, « Legal culture », in J. Smits (dir.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham, 2012, p. 480 ss.

¹³ Art. 114 Const. 1868 (avant la révision du 19 décembre 2003) : « Le pouvoir législatif a le droit de déclarer qu'il y a lieu de procéder à la révision de la telle disposition constitutionnelle qu'il désigne. – Après cette déclaration, la Chambre est dissoute de plein droit. – Il en sera convoqué une nouvelle, conformément à l'art. 74 de la présente Constitution. – Cette Chambre statue, de commun accord avec le Grand-Duc, sur les points soumis à la révision. – Dans ce cas la Chambre ne pourra délibérer, si trois quarts au moins des membres qui la composent, ne sont présents ; et nul changement ne sera adopté, s'il ne réunit au moins les deux tiers des suffrages ».

définitivement à la vacance » [elle désigne le chef de l'Etat définitif qui, à cause du caractère monarchique de l'Etat luxembourgeois, deviendra le fondateur ou la fondatrice d'une nouvelle dynastie¹⁴]. C'est de manière seulement allusive que l'article 7 Const. prévoit la cessation des mandats de tous les députés (« une nouvelle Chambre... »). Il ne précise ni le mode ni la date exacte de la cessation. Les mandats *expirent*-ils, une fois le régent désigné ? Le régent, chef de l'Etat provisoire, doit-il se servir de l'article 74 de la Constitution afin de dissoudre la Chambre des députés ? Ou la « dissolution » est-elle automatique, *de plein droit* ? Le régime de cet article, qui n'a d'ailleurs jamais été appliqué, reste en partie obscur. Si la doctrine contemporaine insiste, non sans raison, sur les problèmes insolubles de délais soulevés par cet article¹⁵, elle ignore toutes les autres questions relatives notamment à la cessation de la Chambre des députés en place et à la cessation de la Chambre spéciale qui serait à élire¹⁶. Si l'on se réfère à l'interprétation retenue au XIX^e siècle par Paul Eyschen¹⁷, et que semble encore reprendre Pierre Majerus¹⁸, mais qui n'est plus mentionnée ni dans le manuel de Paul Schmit, ni dans le commentaire de la Constitution du Conseil d'Etat¹⁹, l'article 7 opère une « dissolution de plein droit ». Eyschen semble retenir cette lecture eu égard aux délais serrés qu'impose l'article 7 pour la désignation d'une nouvelle Chambre. Il se peut aussi qu'il y ait eu, chez lui ou chez Majerus, une influence de la doctrine belge qui, confrontée à une disposition analogue²⁰, a toujours retenu l'idée, non mentionnée non plus dans l'énoncé constitutionnel belge, d'une « dissolution de plein droit »²¹. Or, même à admettre le fond de la réponse d'Eyschen – aucun arrêté de dissolution n'est nécessaire de la part du Grand-Duc –, est-il bien judicieux de parler à ce propos d'une « dissolution de plein droit » ? Ne serait-ce pas un oxymore que, à juste titre, le rédacteur de l'article 7 n'a pas retenu ? Ne vaudrait-il pas mieux parler d'un cas « d'expiration extraordinaire » des mandats parlementaires ?

Les difficultés de délimitation de l'objet « dissolution » ne s'arrêtent pas à l'ancien article 114 et à l'actuel article 7 Const. Il y a d'autres cas problématiques. Lorsque, par exemple, il est question de la dissolution au sens de l'actuel article 74 Const., faut-il mentionner, ou non – dans son avis du 18 juillet 2013, le Conseil d'Etat n'en a pas fait état –, ces deux actes

¹⁴ Cet individu (femme/homme) ne doit pas nécessairement être un(e) aristocrate ou être issu(e) d'une famille régnante ou anciennement régnante (en ce sens pourtant : P. Schmit, *op. cit.*, p. 173 qui exige une « famille princière qualifiée »). Rien dans la Constitution actuelle, qui se veut démocratique (art. 1er Const.) et respectueuse au maximum du principe d'égalité (art. 10bis, 11 Const.), n'exige une telle restriction du choix du parlement (par contraste, lire art. 78 et 79 Const. du Royaume de Roumanie de 1923). Il serait donc loisible au parlement luxembourgeois de choisir un individu d'ascendance roturière qui, en étant établi sur le trône, accéderait à un rang princier (grand-ducal) et deviendrait le fondateur ou la fondatrice d'une nouvelle dynastie, une solution qui n'est pas sans précédents dans le passé (cf. l'origine roturière de l'actuelle dynastie suédoise des Bernadotte). En revanche, le parlement ne pourrait à cette occasion désigner un chef de l'Etat républicain car l'acte de nomination doit respecter le principe constitutionnel de la monarchie (cf. article 1er Const. 1868 : « *Le Grand-Duché de Luxembourg...* »).

¹⁵ *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution*, p. 39 ; P. Schmit, *op. cit.*, p. 173.

¹⁶ Quels seraient l'objet et la durée du mandat des membres de cette assemblée spéciale, car composée de 120 députés ? Leur rôle se limiterait-il à la désignation du nouveau titulaire du trône (leur mandat expirerait automatiquement et il faudrait procéder, à nouveau, à des élections pour désigner cette fois-ci le nombre habituel de 60 députés) ou leur rôle engloberait-il aussi celui de législateur ordinaire, avec un mandat ordinaire de 5 ans (le pouvoir législatif serait ainsi, à titre extraordinaire, exercé par 120 députés) ? Dans l'actuelle proposition de refonte de la Constitution n° 6030 (art. 57), le problème d'une vacance du trône est solutionné directement par la Chambre des députés en place, sans renouvellement préalable.

¹⁷ P. Eyschen, *Staatsrecht*, 1890, p. 109 (« Die Kammer muss als *ipso jure* aufgelöst betrachtet werden, sobald sie im Falle einer Thronerledigung eine vorläufige Bestimmung über die Regentschaft getroffen hat ; nach Vornahme dieser Handlung soll nämlich gemäss Art. 6 der Verfassungsurkunde innerhalb 30 Tagen eine neue in doppelter Anzahl berufene Kammer über die Wiederbesetzung des Thrones entgütig entscheiden ») ; *Staatsrecht*, 1910, p. 58 (phrase similaire).

¹⁸ P. Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, p. 147.

¹⁹ Cf. les silences chez P. Schmit, *op. cit.*, p. 173 ; *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution*, p. 38 s.

²⁰ Cf. Art. 85 Const. belge de 1831 (version initiale) = art. 95 Const. belge actuelle : « En cas de vacance du trône, les chambres, délibérant en commun, pouvoient provisoirement à la régence, jusqu'à la réunion des chambres intégralement renouvelées ; cette réunion a lieu au plus tard dans les deux mois. Les chambres nouvelles, délibérant en commun, pouvoient définitivement à la vacance ». Cet article a, très probablement, servi de modèle à l'article 9 de la Constitution luxembourgeoise de 1848 (= actuel article 7 al. 2 Const. 1868). Voir aussi aux Pays-Bas : art. 24 à 27 Loi fondamentale de 1815 (version originale) et art. 30 Constitution actuelle de 1983.

²¹ Cf. J.-J. Thonissen, *La Constitution belge annotée*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1879, p. 249 ; O. Orban, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Liège / Paris, Dessain / Giard & Brière, t. 2, 1908, p. 213, 488 ; P. Errera, *Traité de droit public belge*, 2e éd., Paris, Giard & Brière, 1918, p. 175 ; J. Velu, *La dissolution du parlement*, p. 120 ; F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant / LGDJ, Bruxelles / Paris, 2000, p. 950.

curieux que sont les arrêtés grand-ducaux portant « dissolution de la Chambre des députés » du 4 juin 2004 et du 19 mai 2009²² ? La plupart des acteurs et observateurs, en 2004 et 2009, étaient convaincus que ces élections trouvaient leur origine dans l'échéance du terme ordinaire de cinq ans. Pourtant, au Mémorial, figurent deux actes se qualifiant *expressis verbis* de normes particulières de « dissolution ». Cela soulève encore une autre question qui se rencontrera aussi à propos de l'ancien article 114 Const. : la fin des mandats parlementaires peut-elle être due à deux causes, à deux dispositifs normatifs ? Autre problème de qualification : la « dissolution de la Chambre des députés » décidée en 1856 par le roi grand-duc Guillaume III dans le cadre de son coup d'Etat et la « *Auflösung der luxemburgischen Abgeordneten-kammer* » imposée en 1940 par le *Chef der Zivilverwaltung*, le *Gauleiter* Gustav Simon, dans le cadre de l'occupation nazie, constituent-elles des dissolutions au sens strict du terme, au sens où, habituellement, nous définissons ce mot ?

Car, s'il importe de mettre de l'ordre dans les mots, de faire un certain « nettoyage de la situation verbale » pour citer une formule chère à Bentham²³, et d'opérer certaines disqualifications et requalifications, c'est uniquement par respect du sens central que nous tous, habituellement, attachons au mot « dissolution ». L'objectif de cette étude n'est pas d'imposer de l'extérieur un nouveau concept (restrictif ou extensif) du terme « dissolution ». Il s'agit simplement de prendre le sens central usuel du syntagme « dissolution du parlement » au sérieux et d'en tirer les conséquences logiques, à savoir que ce vocable ne saurait être accolé à un phénomène juridique qui ne remplit pas les critères de ce concept central. Cette opération de requalification s'impose d'autant plus s'il existe, dans l'outillage du juriste, un autre mot qui reflète parfaitement la nature de l'objet en question. Il s'agit d'appeler un chat un chat. Ce travail de requalification permettra ainsi de mieux cerner la réalité qui se cache derrière le mot « dissolution » lorsque celui-ci est utilisé à mauvais escient. Tout le monde y gagnera – le citoyen avide de connaître la réalité des choses, le juriste avide d'un langage juridique précis et net –, même si cela implique que nous corrigions, à certaines occasions, nos habitudes sémantiques reprises du passé.

Objet et trame de la démonstration

L'objet de cette étude est double. En premier lieu, il convient d'identifier l'intégralité des dissolutions qui ont eu lieu, au Luxembourg, au cours de son histoire constitutionnelle allant de 1841 jusqu'en 2013. Ce quadrillage du champ d'étude présuppose de disposer d'un concept clair et net de « dissolution ». Il faut en effet – ce qui n'est pas toujours si aisé en droit luxembourgeois – départager les cas relevant *stricto sensu* de la dissolution (et si oui, de quel type de dissolution, car il y en a plusieurs) et les cas relevant d'autres modes de cessation collective des mandats parlementaires. A cette fin, il conviendra d'affiner et d'approfondir les définitions du mot « dissolution » qui figurent habituellement dans la littérature scientifique (I^{re} partie).

Une fois le classement des divers cas de cessation effectué, il sera possible de se focaliser sur la catégorie particulière des dissolutions discrétionnaires de l'article 74 Const. et des articles analogues dans le passé. L'objet de ce second volet de la recherche consiste à scruter de plus près les usages historiques de cette prérogative, afin de savoir si, lors de ces précédents au sens historique, s'est cristallisé un précédent au sens juridique, c'est-à-dire une coutume. Les usages anciens ont-ils acquis – *dans l'esprit des acteurs d'antan* – la qualité de coutume, de norme juridique ? Sur ce point, disons aussitôt qu'à rebours de ce qu'affirme le Conseil d'Etat, aucune trace d'une éventuelle reconnaissance d'une coutume n'a pu être identifiée dans le passé. L'étude approfondie et systématique du passé permet de qualifier la piste de la coutume constitutionnelle d'impasse, de *Holzweg* : un chemin qui ne mène nulle part, un chemin qui, contrairement à ce qui est allégué, ne mène ni à la

²² Arrêté grand-ducal du 4 juin 2004 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial A*, n° 80, p. 1160 ; arrêté grand-ducal du 19 mai 2009 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial A*, n° 116, p. 1682.

²³ Sur la « guerre des mots » (la guerre contre certains mots) lancée par Bentham, cf. L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 217.

constatation de normes coutumières en matière de dissolution, ni même à la découverte d'une source générale du droit que serait la coutume constitutionnelle.

La présente problématique pose en effet, de manière générale, la question de l'existence, dans le système juridique du Luxembourg, d'une source du droit intitulée « coutume constitutionnelle ». Le Conseil d'Etat, à diverses occasions (mais non de façon systématique), en a affirmé l'existence. Or cette thèse, que l'on retrouve aussi sous la plume d'une minorité d'auteurs (Léon Metzler, Paul Schmit & Emmanuel Servais), soulève de sérieuses difficultés. Quel est le sens de l'expression « coutume constitutionnelle » ? Signifie-t-elle que la coutume a le même rang que le texte de la Constitution et qu'elle peut donc contredire (i.e. implicitement abroger) les normes véhiculées par le texte ? Ou cette expression a-t-elle un autre sens, moins fort (dans l'affirmative, lequel) ? En vertu de quoi – en vertu de quelle *norme* –, un acteur ou un auteur est-il habilité à affirmer l'existence d'une source du droit, ici de la coutume constitutionnelle ? Sur ce point, crucial, les défenseurs de la coutume n'apportent pas de réponse satisfaisante, si déjà ils abordent cette question. Or, si l'on approfondit de façon rigoureuse cette question, il s'avère qu'en droit luxembourgeois, il n'existe point de coutume constitutionnelle, quel que soit le sens de cette expression ambiguë, ni en matière de dissolution, ni de manière générale. Le discours du Conseil d'Etat, sur ces deux registres, est dépourvu de tout fondement (II^e partie).

1^{re} partie | Le quadrillage du champ d'étude :

Qu'est-ce qu'une dissolution ?

Quelles ont été les diverses dissolutions au Luxembourg ?

Il nous faut une grille conceptuelle qui nous permette de qualifier et classer les divers cas de cessation collective des mandats parlementaires qui ont eu lieu dans l'histoire constitutionnelle luxembourgeoise (1841-2013). Pour y arriver, il conviendra de procéder en trois temps. Le point de départ sera la distinction habituelle entre, d'un côté, la dissolution et, de l'autre, l'expiration des mandats pour échéance du terme (A). Si cette première distinction est utile et importante, elle ne peut toutefois prétendre au rang de *summa divisio*. Pour qu'elle le soit, il faudrait qu'elle puisse embrasser l'ensemble des cas de cessation des mandats parlementaires observables, notamment dans l'histoire du Luxembourg. Or ce n'est pas le cas. L'étude de divers cas problématiques découverts dans l'histoire parlementaire du Luxembourg oblige à revoir et à affiner cette première grille (B). Au final, en appliquant cette grille d'analyse affinée, il est possible de brosser un tableau synthétique répertoriant l'intégralité des cas de cessation collective des mandats parlementaires au Luxembourg (C).

A. La dichotomie habituelle dissolution / échéance du terme

Il faut définir le sens de l'expression « dissolution de la Chambre des députés » en positif (ce qu'elle recouvre) et en négatif (ce qu'elle exclut)²⁴. Toute définition d'un mot étant, comme l'a montré en linguistique Ferdinand de Saussure, le produit d'une convention sociale –

²⁴ Cf. par ex. la définition de la dissolution du parlement dans le *Dictionnaire constitutionnel* (dir. O. Duhamel, Y. Mény, Paris, Puf, 1992, p. 312) : « La dissolution est l'acte par lequel l'exécutif met fin au mandat d'une assemblée parlementaire avant son terme normal, provoquant ainsi des élections anticipées ». M. de Villiers, A. Le Divellec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 8^e éd., Paris, Sirey, 2011, p. 130 : « Procédure ayant pour objet de mettre fin, par l'organisation d'élections législatives anticipées, aux pouvoirs d'une assemblée avant le terme normal de son mandat ». F. Delpérée, *op. cit.*, p. 907 : « La dissolution s'entend de la mesure qui procède au renvoi collectif des membres d'une assemblée, qui met fin à leurs activités et qui entraîne le renouvellement, avant l'échéance normale, de l'assemblée concernée ». J. Velu, *op. cit.*, p. 1 : « Par dissolution d'une assemblée parlementaire, il faut entendre d'une manière très générale l'acte par lequel l'existence de l'assemblée prend fin ». B. Markesinis, *Theory and Practice of Dissolution of Parliament*, Cambridge, CUP, 1972, p. 7 : « *Dissolution (...) indicates the lawful act of the Executive to put an abrupt end to the life of Parliament* ». E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5^e éd., Paris, Librairies réunies, 1924, n° 347, p. 382 : « La dissolution d'une assemblée est l'acte par lequel les pouvoirs de cette assemblée prennent fin ». G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, Quadrige, 2^e éd., 2001, p. 299, *verbo* « dissolution » : « I. droit privé : (...); II. droit public : décision par laquelle le pouvoir exécutif met fin avant le terme normal aux pouvoirs d'une assemblée délibérante élue (...) aux fins de nouvelles élections. – Dissolution automatique : formule proposée par certains auteurs ou hommes

convention qui peut évoluer dans le temps et l'espace –, il est nécessaire de préciser à quelle convention sociale il est fait référence. La dissolution est, en effet, un mécanisme dont les origines remontent à la période prémoderne de la monarchie féodale, et qui, au fil du temps, a subi de profondes transformations. Le même mot « dissolution » renvoie à des réalités juridiques fort variées.

1° La cessation (collective) des mandats parlementaires

Il est tout à fait usuel de parler de la « dissolution de la Chambre des députés ». Cette locution se trouve dans le langage profane, dans le droit positif²⁵ et même en science. Pourtant, cette locution si familière est imprécise. Prise à la lettre, elle est même inexacte. *Stricto sensu*, au vu de la théorie moderne de l'Etat, la « Chambre des députés » ne peut être « dissoute ». Pour s'en rendre compte, il suffit d'approfondir le sens de chacun des deux termes. Le verbe « dissoudre » évoque d'habitude, notamment en chimie, l'idée de décomposition d'un organisme par la séparation de ses composantes, ce qui, au pire, débouche sur l'idée de destruction, d'annihilation²⁶. En droit, on se sert de ce dernier sens du mot « dissolution » pour parler de la « dissolution d'un mariage » ou de la « dissolution d'une société commerciale »²⁷. Or, en droit constitutionnel, si ce dernier sens de destruction / annihilation avait une raison d'être dans un passé très reculé, à une époque où l'on assimilait la dissolution à la « mort civile du parlement »²⁸, il est totalement impropre à l'heure actuelle où, depuis la théorie de la personnalité morale de l'Etat, le parlement ne s'identifie pas (plus) aux personnes des députés, mais est conçu comme un *organe*. Or, il va de soi que l'organe d'Etat « Chambre des députés » ne peut être supprimé par le biais d'une simple dissolution. Comme l'indique de façon éloquent la section 10, al. 3, du *New Zealand Constitution Act 1986*: « *The House of Representatives shall be regarded as always in existence, notwithstanding that Parliament has been dissolved or has expired* »²⁹. Une simple dissolution ne peut entamer l'existence de l'organe³⁰. Seule une révision de la Constitution peut faire disparaître l'organe, en abrogeant les normes instituant ce dernier.

En conséquence, ce qui est dissous (détruit) dans la dissolution, ce n'est pas l'organe « Chambre des députés », mais *la totalité des mandats parlementaires attribués par voie de l'élection à certains individus*. Echappent à la dissolution les mandats des éventuels membres nommés à vie et des membres de droit d'une assemblée ; ils doivent leur mandat à une certaine qualité qui, elle, n'est point affectée par la dissolution³¹. En langage correct, il faudrait donc parler, dans le cas luxembourgeois, de la « dissolution des mandats

politiques dans laquelle l'assemblée parlementaire qui renverserait un gouvernement serait par là même dissoute ».

²⁵ Cf. par ex. l'art. 123 de la loi électorale actuelle du 18 février 2003 (« En cas de dissolution de la Chambre, la sortie des députés élus après la dissolution a lieu conformément à l'article précédent l'année qui suivra l'ouverture de la cinquième session ordinaire »), l'art. 80 al 4 de la loi électorale du 13 juillet 1913 (*Mémorial*, 1913, n° 47) ou les divers arrêtés grand-ducaux portant « dissolution de la Chambre des députés ».

²⁶ Cf. les précisions chez J. Velu, *op. cit.*, p. 197 s.

²⁷ Cf. par ex. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 21e éd., 2008, p. 211 ss.

²⁸ Cf. Ph. Lauvaux, *La dissolution des assemblées parlementaires*, Paris, Economica, 1983, p. 306 s.

²⁹ Source : www.legislation.govt.nz

³⁰ Sur la *Organkontinuität*, cf. par ex. K. Heinig, *Das Selbstauflösungsrecht des Sächsischen Landtages. Eine verfassungsrechtliche, verfassungshistorische und verfassungsvergleichende Untersuchung mit rechtspolitischen Folgerungen für den Sächsischen Landtag und den Deutschen Bundestag*, Frankfurt, Lang, 2008, p. 12. A cet égard, la définition de J. Velu de la dissolution en tant qu'acte mettant fin à « l'existence juridique » d'une chambre (*op. cit.*, p. 1, p. 197) ou celle de B. Markesinis (« *Dissolution marks the death of Parliament* », *op. cit.*, p. 16) sont sujettes à critique.

³¹ Cf. autrefois en droit britannique la présence, au sein de la Chambre des lords, des prélats de l'Eglise anglicane et des lords autres que les lords écossais (ces derniers étaient élus par leurs pairs et leur mandat cessait à chaque dissolution). En Italie, à l'exception des sénateurs à vie (art. 59 Const. 1947), le Sénat est composé de sénateurs élus pour une durée limitée ; seul le mandat de ces derniers est en cause lors d'une dissolution du Sénat (art. 88 Const.). En droit belge, le Sénat est élu et il peut être dissout par le Roi ; toutefois, le mandat des princes de la famille royale, qui sont membres de droit du Sénat, échappe à la dissolution. A noter : au Luxembourg, la dissolution du Conseil d'Etat par le Grand-Duc vise aussi les éventuels membres de la famille grand-ducale car ceux-ci sont des membres nommés du Conseil d'Etat, et non des membres de droit. En 1945, le mandat de Félix, prince de Bourbon-Parme, prince de Luxembourg, a été abrégé par l'arrêté grand-ducal du 16 novembre 1945 portant dissolution du Conseil d'Etat (*Mémorial*, n° 67).

parlementaires des députés » et non de la « dissolution de la Chambre des députés ». L'idée véhiculée est que tous les individus qui, jusque-là, en vertu de l'élection, avaient la qualité de député, de membre de l'organe d'Etat « Chambre des députés », perdent collectivement, au même moment, cette qualité, sans que celle-ci ne passe à d'autres individus (les députés ne sont pas remplacés dans leurs mandats par leurs remplaçants). Le mandat parlementaire n'est pas transféré d'un individu (le député sortant) à un autre (son remplaçant) qui le poursuivrait. Le mandat est, définitivement, *détruit*. Tous les mandats sont détruits, à la même date, par la norme particulière de dissolution. Dès lors, faute de députés, de titulaires physiques (en allemand « *Organwalter* »), l'organe « Chambre des députés » n'est plus opérationnel, effectif : entre la fin du mandat des députés sortants et le début du mandat des nouveaux députés se situe un écart, un laps de temps pendant lequel il n'existe aucun individu ayant qualité d'agir au nom de l'organe « Chambre des députés ».

Pour éviter cet inconvénient de ce que l'on appelle usuellement la « non-permanence du parlement », de plus en plus de constitutions prévoient que même en cas de dissolution le mandat des députés sortants ne cesse qu'au jour où débute le mandat de nouveaux députés³². Dès lors, il n'y a plus de moment de « vide », de « vacance », où le parlement n'est pas opérationnel. Le dispositif de la dissolution autorise certes d'avancer la date des élections, mais il n'autorise plus l'exécutif à faire cesser immédiatement les mandats parlementaires et de provoquer ainsi ce temps de vacance. Dans le sillage de cette réforme profonde, certains constituants d'Europe du nord évitent même de se servir du terme « dissoudre » ou « dissolution ». Ils évoquent simplement « le droit de convoquer des élections anticipées » (solution danoise) ou, plus rarement, « le droit de convoquer des élections extraordinaires » (solution de la Suède)³³. Il est vrai que, dans ce modèle, il manque un élément traditionnel de la dissolution : le droit de l'exécutif de faire cesser immédiatement (à la date de sa convenance) les mandats parlementaires et de créer ainsi cette vacance plus ou moins longue. Ce mécanisme permettait autrefois aux rois de « se débarrasser » de leur parlement récalcitrant ou inutile, étant précisé qu'à l'époque médiévale, les rois, après une dissolution, n'étaient point obligés de convoquer de nouvelles élections (ce temps sans parlement opérationnel pouvait ainsi durer des années, voire des décennies).

En tant que mode de cessation *collective* des mandats, la dissolution doit être distinguée de ce que certains appellent la « cessation individuelle » (la cessation d'un mandat individuel)³⁴. Un individu qui jusque-là avait la qualité de membre de l'organe parlementaire peut perdre ce titre pour des raisons qui ne sont pas collectives (affectant la catégorie ou classe des députés), mais qui sont propres à sa personne. Les exemples sont multiples : invalidation de l'élection, décès³⁵, démission³⁶, la survenance en cours de mandat d'une inéligibilité ou d'une incompatibilité, la révocation par ses électeurs (le *recall* aux Etats-Unis et en Amérique latine), le changement de parti politique³⁷, l'absentéisme aux travaux du parlement³⁸, l'interdiction de son parti politique³⁹, etc. Parler dans ce contexte de « cessation

³² Danemark : art. 32 Const. 1953, Suède : Chap. 3, art. 11 Instrument of Government 1974, Lituanie : art. 58 Const. 1992, Estonie : art. 79 Const. 1992, Finlande : art. 26 Const. 2000 ; les constitutions actuelles de Brême, Hambourg, Schleswig-Holstein, Mecklembourg-Poméranie, Berlin, etc. Le début du mandat coïncide souvent avec la première réunion des nouveaux élus.

³³ Sur la signification de ce glissement sémantique, cf. les développements chez K. Heinig, *op. cit.*, p. 12 ss.

³⁴ Cf. par ex. M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1948, p. 442 ss (« Section IV : La fin du mandat » : il distingue entre la « fin individuelle du mandat » et la « fin collective du mandat ») ou P. Wigny, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, Bruylant, Bruxelles, 1952, p. 479.

³⁵ F. Delpérée, *op. cit.*, p. 880.

³⁶ Sur ce point, cf. les explications comparatives instructives de F. Delpérée, *op. cit.*, p. 884 s.

³⁷ Sous le régime de la Constitution tchécoslovaque de 1920 et de la Constitution portugaise de 1976 (art. 160), un député qui change d'affiliation de parti, est déchu de son mandat. L'idée a également été évoquée en France lors des débats de l'assemblée constituante de la IV^e République. Cf. P. Avril, J. Gicquel, *Droit parlementaire*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 34, n° 43.

³⁸ En droit luxembourgeois, cf. art. 125 loi électorale du 18 février 2003 : « Le député qui pendant chacune des deux sessions ordinaires consécutives est resté absent de plus de la moitié des séances, d'après les constatations des procès-verbaux des séances, est déchu de plein droit de son mandat ». Cette disposition est ancienne (cf. déjà art. 25 Const. 1841, art. 189 loi électorale de 1913, art. 201 loi électorale du 16 août 1919, art. 96 loi électorale du 31 juillet 1924). En droit étranger, cf. par ex. art. 160 Const. portugaise 1976 ; art. 84 Const. Turquie 1982.

du mandat » n'est toutefois pas entièrement exact. Lorsque, par exemple, un député décède, c'est l'individu qui décède. Son droit subjectif d'exercer le mandat parlementaire cesse, mais le mandat lui-même ne cesse pas, puisqu'il est transmis au remplaçant qui poursuit et finit le mandat. Il serait donc plus adéquat de parler dans ce type de situation de « déchéance », de la « perte du mandat », de la « perte de la qualité de membre du parlement »⁴⁰. L'expression « cessation de mandat » devrait être réservée aux hypothèses où, véritablement, le mandat est en soi supprimé, ce qui est seulement le cas dans la cessation collective des mandats. Celle-ci vise l'ensemble des mandats parlementaires accordés par la voie de l'élection et a pour objet d'anéantir ceux-ci.

2° Deux modes de cessation collective⁴¹ : dissolution versus terme (précis ou imprécis)

A l'heure actuelle, dans la plupart des pays européens à l'exception notable de l'Autriche, voire, en partie, de l'Angleterre⁴², l'expression « dissolution du parlement », « *Parlamentsauflösung* », « *dissolution of Parliament* », « *disolución* », « *scioglimento delle camere* », « *Ontbinding van het parlement* », etc. n'est point considérée comme un synonyme de « cessation (collective) des mandats ». La dissolution n'est qu'un type, qu'une catégorie de cessation (collective). A l'inverse, lorsqu'on remonte aux premières origines du parlementarisme en Angleterre, le mot « *dissolution* » englobait tous les modes de cessation (collective) des mandats parlementaires : la mort du monarque (la convocation du parlement établit un lien *intuitu personae* entre le monarque et les membres de son conseil), le congé royal (la décision royale mettant fin à la validité des mandats parlementaires, ce qu'on appelle de nos jours, au sens strict du terme, une dissolution), et, une fois que l'institution d'un terme précis fut établie (en Angleterre ce ne fut qu'en 1694), l'échéance du terme. Dans chacune de ces hypothèses, l'on disait que le parlement était « *dissolved* »⁴³. A rebours de cet ancien usage sémantique englobant, ou totalisant – usage qui s'est maintenu en Autriche et, en partie, en Angleterre –, la littérature scientifique des autres pays d'Europe se réfère de nos jours généralement à deux types de cessation (collective) de mandats qu'elle désigne par deux vocables distincts : d'une part, et en premier lieu, l'échéance du terme, considérée comme la cause de cessation la plus importante car la plus fréquente, et, d'autre part, en second lieu, la dissolution qui, historiquement, a certes précédé l'apparition du terme⁴⁴, mais qui, entre-temps, en termes quantitatifs, a perdu en importance.

Or comment distinguer ces deux expressions, ces deux cas de figure ? Le plus souvent, la distinction entre dissolution et échéance du terme est établie à partir d'un critère

³⁹ Cf. art. 21 al. 2 Const. Allemagne 1949.

⁴⁰ Cf. E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5e éd., Paris, Librairies réunies, 1924, n° 311 ss, p. 323 ss ; S. Hölscheidt, « Abgeordnete », in W. Heun, M. Honecker, M. Morlok, J. Wieland (dir.), *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart, Kohlhammer, 2006, col. 17.

⁴¹ L'adjectif « collectif » est mis pour mémoire. *Stricto sensu*, sa présence est inutile car, selon la définition retenue, toute cessation est par définition collective.

⁴² En Autriche, le mot « *Auflösung des Parlaments* » est utilisé encore de nos jours pour désigner à la fois la dissolution par le président de la République, l'autodissolution et aussi la cessation des mandats parlementaires pour échéance du terme. Cf. les usages sémantiques chez T. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 8e éd., Wien, Facultas, 2009, n° 402 ss ; Ch. Grabenwarter, M. Holoubek, *Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Facultas, 2009, n° 240 ss. En Angleterre, il arrive encore que les termes « *dissolve / dissolution* » soient utilisés pour dénoter la cessation des mandats dont le terme arrive normalement à échéance. Cf. section 3 du *Fixed-term Parliaments Act 2011* ou, en doctrine, R. Blackburn, « The Prerogative Power of Dissolution of Parliament : Law, Practice, and Reform », *Public Law*, 2009, p. 768 : « *The five-year period is calculated from the date of the first meeting of the Parliament (not the general election), and at its expiration Parliament would in theory automatically terminate and dissolve by operation of law* ». Voir aussi, pour le passé, note 43. La terminologie anglaise n'est toutefois pas homogène. Pour une nette distinction entre « *dissolution* » et « *expiration* », voir par ex R. Blackburn, *The Meeting of Parliament. A study of the law and practice relating to the frequency and duration of the UK Parliament*, Dartmouth, Aldershot, 1990, p. 24, 66.

⁴³ Dans son ouvrage classique *The Constitutional History of England* (Cambridge, 3rd reprint, 1913), F.W. Maitland se sert à chaque fois du terme de « *dissolution* » pour évoquer ces trois cas de figure. A propos de la mort du roi, cf. *ibid.*, p. 250, 297 (« *the well-settled law that the king's death, the demise of the crown, would dissolve parliament* ») ; à propos d'une décision royale *ibid.*, par ex. p. 249, 294 ; à propos de l'échéance du terme précis, *ibid.*, p. 422 (« *A parliament cannot be kept in existence beyond seven years. At the end of that period it would be dissolved without the king's action* »).

⁴⁴ Sur l'absence de terme, cf. J. Velu, *op. cit.*, p. 236 ss ; R. Blackburn, *The Meeting of Parliament*, p. 17 ss ; Ph. Lauvaux, *La dissolution des assemblées parlementaires*, Paris, Economica, 1983, p. 6.

chronologique : la dissolution est censée *abrég*er les mandats parlementaires, elle intervient *avant terme*. Si ce critère chronologique est souvent pertinent, il ne l'est toutefois pas toujours. La définition de la dissolution en référence au terme présuppose l'existence de ce dernier. Cela va de soi de nos jours (encore qu'on verra, pour le Luxembourg, une exception rare durant la Deuxième Guerre mondiale où le terme a été aboli). Mais, cela ne vaut point pour la période initiale, médiévale, du parlementarisme. Pour cette période historique, en l'absence d'un terme, la définition du concept de dissolution devait nécessairement faire abstraction du critère chronologique. Il doit donc exister, plus profondément, un autre critère permettant d'identifier la dissolution. Cet autre critère, technique, existe effectivement, encore de nos jours, mais il passe souvent inaperçu. Si l'on fait abstraction du critère chronologique, ce qui différencie fondamentalement la dissolution de l'échéance du terme est que le premier mode de cessation présuppose l'existence d'un *acte de volonté*, d'une *décision* – un organe d'État prend une norme particulière dont l'objet direct et exclusif est de mettre fin à tous les mandats –, alors que le second mode de cessation (l'échéance du terme) opère par voie d'expiration, expiration qui est déclenchée par la survenance d'un certain *fait* prédéterminé. Ce fait déclenche automatiquement la fin des mandats, *sans qu'il y ait besoin d'un acte de volonté, d'une nouvelle norme*.

a) Au cœur des règles de l'échéance du terme : la technique de l'expiration

Étudions d'abord le mode de cessation qu'est l'échéance du terme, mode de cessation le plus important de nos jours (en termes quantitatifs), mais qui, dans le passé le plus reculé, n'existait pas. En rapport avec le mandat parlementaire, le terme se présente le plus souvent sous la forme de ce que le droit privé (spécialement le droit du travail) appelle un terme « *précis* ». Le droit définit la date future précise à laquelle les mandats parlementaires cesseront. En droit anglais, le *Meeting of Parliament Act* de 1694 (section 3), qui introduisait pour la première fois un terme, avait fixé celui-ci à trois ans, avant qu'il ne fut allongé à sept ans par le *Septennial Act* de 1715, puis ramené à cinq ans par le *Parliament Act* de 1911 (durée de cinq ans maintenu par le récent *Fixed-term Parliaments Act* 2011). En droit luxembourgeois, de 1841 jusqu'en 1956, la durée normale d'un mandat parlementaire était de six ans, avec renouvellement de la moitié des mandats tous les trois ans. A partir de la réforme, en 1956, de l'article 56 de la Constitution de 1868, la durée de validité du mandat parlementaire a été raccourcie à cinq ans et le système du renouvellement partiel de la Chambre, par moitié, a été aboli. A noter aussi : dans le cas d'une éventuelle prolongation du mandat – si celle-ci maintient 1. l'idée d'un mandat à durée déterminée et 2. l'idée d'un terme précis –, le terme précis initial est remplacé par un terme précis nouveau. Le terme précis est simplement décalé, déplacé⁴⁵.

⁴⁵ Sur le cas de la Grande-Bretagne durant les deux guerres mondiales (des prolongations successives des mandats parlementaires pour une courte durée, au maximum 1 an), cf. R. Blackburn, *The Meeting of Parliament*, p. 31 ss. Au Luxembourg, la loi du 31 mai 1918 concernant la remise des élections pour le renouvellement partiel de la Chambre des députés avait repoussé les élections prévues d'ordinaire pour le 11 juin 1918 à la date du 1er octobre 1918 (*Mémorial*, 1918, n° 28). La Chambre n'ayant pas réussi à voter en temps utile la déclaration de révision dont elle était saisie, et afin d'éviter l'organisation de deux élections successives en peu de temps (cf. l'exigence d'une dissolution de plein droit dans le cadre d'une révision), Pierre Dupong avait proposé de proroger les mandats de quelques mois (cf. dossier CdD 2009 aux Archives nationales et l'exposé des motifs de la proposition de loi). Autre exemple, contemporain, en droit luxembourgeois : l'article 123 de la loi électorale actuelle du 18 février 2003 (dernière modification : loi du 20 décembre 2013, *Mém.* n° 223) a pour résultat tantôt de raccourcir, tantôt de prolonger au-delà des cinq ans le mandat des députés élus après une dissolution. Article 123 : « En cas de dissolution de la Chambre, la sortie des députés élus après la dissolution a lieu conformément à l'article précédent l'année qui suivra l'ouverture de la cinquième session ordinaire ». L'article 122 prévoit que, d'ordinaire, les élections ont lieu le premier dimanche du mois de juin. Si les élections provoquées par la dissolution et l'ouverture de la première session ordinaire de la Chambre ainsi élue ont lieu après le premier dimanche de juin, le mandat des députés est abrégé de quelques mois (ex. le mandat des députés élus le 20 octobre 2013 expirera non pas le 20 octobre 2018, mais déjà le premier dimanche du mois de juin 2018, i.e. le 3 juin 2018). En revanche, si les élections anticipées ont lieu antérieurement au premier dimanche du mois de juin (cf. les élections anticipées du 1er février 1959) et que la première session parlementaire s'est ouverte également avant cette date, le mandat des députés élus dans ces conditions est prolongé au-delà de cinq ans (ex. le mandat des députés élus le 1er février 1959 a expiré non pas le 1er février 1964, après exactement cinq ans, mais lors des élections du 7 juin 1964, après une durée de cinq ans et quatre mois). Pour le droit antérieur, cf. art. 187 al 2 de la loi électorale du 13 juillet 1913, *Mémorial*, n° 47 ; art. 94 loi électorale du 31 juillet 1924, *Mémorial*, n° 42. Comme la durée ordinaire du mandat parlementaire est fixée par la Constitution (art. 56), qui, à première vue, ne prévoit pas d'exception à la durée maximum de cinq ans, la constitutionnalité d'une loi prolongeant le mandat est discutable. Il pourrait être argué que toute loi adoptée par

Une question qui est rarement soulevée en droit public est de savoir si le terme d'un mandat parlementaire peut également se présenter sous la forme d'un terme « imprécis », à l'instar de ce qui est observable en droit privé. En droit du travail, un contrat à durée déterminée est un contrat pourvu soit d'un terme « précis », soit d'un terme « imprécis »⁴⁶. Dans la dernière hypothèse, le droit définit l'identité d'un événement futur et certain dont la survenance, à une date non définissable d'avance, entraîne la fin de la relation contractuelle. Ce fait futur et certain peut consister, par exemple, dans l'achèvement de la mission. Ce critère est plus délicat à mettre en œuvre, mais il n'est pas moins présent en droit privé, spécialement en droit du travail⁴⁷. Qu'en est-il en droit public, en ce qui concerne les mandats parlementaires ? La littérature de droit constitutionnel ignore ce cas de figure⁴⁸. Serait-il totalement absent en droit positif ? Ce serait une conclusion un peu hâtive, au moins au regard du droit luxembourgeois. Il y a eu, en effet, en droit luxembourgeois un cas rare, jamais étudié jusqu'ici, de terme imprécis. Il s'agit du mandat des membres de l'Assemblée des états constituante élue en 1848 ; leur mandat était délimité dans le temps par un terme imprécis⁴⁹.

Dans les deux types de situation, qu'il s'agisse d'un mandat parlementaire à durée déterminée avec un terme précis ou d'un mandat parlementaire à durée déterminée avec un terme imprécis, le mode de cessation impliqué est à chaque fois le même : les mandats *expirent*. Qu'est-ce que cela signifie ?⁵⁰ Leur validité cesse « d'elle-même », elle « s'éteint ». En termes juridiques plus précis : dans le cas de l'expiration, une norme générale attache à la survenance d'un fait futur (l'arrivée d'une date précise ou d'un événement précis) l'effet de l'extinction automatique, « mécanique », de plein droit, du mandat, sans qu'aucun organe de l'Etat n'ait besoin d'intervenir, c'est-à-dire de produire une norme. C'est une fin automatique, prédéterminée : le cadre normatif est fixé, il suffit d'attendre tel fait pour que, en vertu de la norme générale fixée d'avance, les mandats cessent. En présence de tel fait, tous les acteurs concernés (organes d'Etat, citoyens) ne doivent plus attribuer la qualité de « député » aux individus qui, jusque-là, en étaient investis. Il se peut qu'il y ait un acte formel d'une autorité de l'Etat, à l'instar de l'acte de convocation des électeurs, qui *constate* la survenance de ce fait et les conséquences qui en découlent (la cessation des mandats). Mais cet acte ne fait que constater l'expiration ; il ne la « déclenche » pas, il ne la décide pas (il fixe, tout au plus, d'autres aspects relatifs par exemple aux modalités des nouvelles élections, si une décision doit être prise à ce sujet). En ce qui concerne la cessation des mandats, l'acte n'a qu'une valeur *informative* à destination du grand public. Son absence n'empêcherait pas l'expiration d'avoir lieu car le terme survient par le simple écoulement du temps imparti, sans aucun formalisme. Nul n'a besoin de l'énoncer ; il suffit que, sur d'autres points, par la suite, chaque organe d'Etat agisse en conséquence.

b) Au cœur des règles de dissolution : la technique de la cessation volontaire

Après l'expiration, il convient d'analyser les cas où le mandat est volontairement abrégé ou, en des termes plus neutres – car le verbe « abréger », renvoyant au critère chronologique, risque d'être trop restrictif – « arrêté ». A la fin mécanique, automatique, du mandat parlementaire qu'est l'expiration s'oppose la fin qui est le fruit d'un acte de volonté, d'une décision plus ou moins discrétionnaire qui se traduit, en droit, par l'émission d'une norme particulière de cessation des mandats (ex. l'arrêté grand-ducal de dissolution de la Chambre des députés). Comme l'écrit fort justement Marcel Prélot : « La dissolution est le

les « députés » après l'expiration de la durée maximum des cinq ans est inconstitutionnelle pour vice d'incompétence.

⁴⁶ Cf. J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 27e éd., 2013, n° 248 et 249. Sur ces deux variantes du terme, cf. aussi Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5e éd., Paris, Defrénois, 2011, p. 689 ss.

⁴⁷ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *op. cit.*, n° 249.

⁴⁸ Dans mes recherches, je n'ai trouvé aucun auteur qui ait simplement évoqué cette possibilité.

⁴⁹ Cf. *infra* p. 495 ss.

⁵⁰ A noter : le mot « expiration », « expirer » n'est point défini dans les dictionnaires juridiques habituels (cf. le *Vocabulaire juridique* ou le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*).

renouvellement anticipé de l'ensemble des députés à *raison d'une décision* émanant du pouvoir exécutif, du corps électoral ou parfois même de l'Assemblée»⁵¹. La dissolution présuppose une décision. D'ailleurs, le mot même « dissolution » renvoie habituellement à la *décision particulière* de dissolution (tel arrêté grand-ducal de dissolution), et non au *dispositif général* de dissolution (au Luxembourg : art. 74 Const.). De nos jours, dans la plupart des pays, le sens central de la locution « dissolution du parlement » est illustré par des mécanismes du type de l'article 74 de la Constitution luxembourgeoise de 1868, de l'article 12 de la Constitution française de 1958, de l'article 46 de la Constitution belge, de l'article 68 du *Grundgesetz* allemand, etc. Or, au cœur de ces mécanismes se situe une décision, la norme particulière de dissolution. En droit luxembourgeois, la décision de dissolution est usuellement écrite ; elle prend la forme d'un « arrêté grand-ducal portant dissolution de la Chambre des députés » (l'aspect écrit, ou non écrit, de la décision de dissolution sera examiné ultérieurement).

Des usages contemporains concordants de la locution « dissolution du parlement » dans les divers pays d'Europe (hors le cas spécial de l'Autriche) se laisse dégager, par voie de synthèse, une définition générale de la « dissolution », c'est-à-dire une définition relevant de la théorie générale du droit constitutionnel. Le consensus conceptuel se situe à cinq niveaux :

1. Le mot « dissolution » renvoie à un phénomène normatif, à des *normes*. Le plus souvent, par « dissolution », est désignée la norme *particulière* de dissolution (ex. la dissolution de la Chambre des députés luxembourgeois décidée par arrêté grand-ducal du 10 novembre 1915), et non la norme générale, le dispositif général qui autorise cette décision (au Luxembourg : l'article 74 Const. 1868). Mais l'opération de dissolution présuppose dans tout système juridique l'action de deux normes : la norme particulière (appelée aussi « la décision de dissolution ») et la norme générale qui fonde/autorise celle-là. La norme générale est désignée d'habitude sous le syntagme « le droit de dissolution », la « prérogative de dissolution », le « pouvoir de dissolution ». Je propose aussi de l'appeler le « dispositif général de dissolution ». En ce qui concerne la norme particulière de dissolution (la « décision »), elle est le fruit d'un acte de volonté d'un ou plusieurs titulaire(s) physique(s) d'un organe d'Etat (*Organwalter* ou *Organträger*). D'où la qualification de la dissolution comme un mode de cessation *volontaire*.

2. La dissolution désigne un mode de *cessation* visant l'*intégralité* des mandats parlementaires attribués en vertu du critère de l'élection, à l'exception des mandats des membres de droit ou des membres nommés à vie.

3. Le dispositif général de dissolution *autorise* une instance à faire cesser la totalité des mandats parlementaires *avant* l'échéance du terme, s'il existe un terme, ce qui est généralement le cas dans les droits positifs actuels. Un point doit être souligné et clarifié, car il passe souvent inaperçu. Au Luxembourg, le Grand-Duc peut dissoudre avant l'échéance du terme, mais il ne lui est pas interdit de dissoudre à la date où le terme vient à échéance. L'antériorité est *autorisée* par le droit positif, elle n'est pas une *obligation*. Dès lors, il se peut en droit positif luxembourgeois, aussi absurde que cela puisse apparaître à première vue, qu'une dissolution soit décidée de telle façon à ce que la date de la fin du mandat ainsi provoquée coïncide avec la date de l'échéance normale du terme. Le caractère anticipé de la dissolution est certes, dans la quasi-totalité des cas, le but politique visé par ce mécanisme ; la poursuite de ce but est *autorisée* en droit par tous les dispositifs de dissolution, mais, dans la plupart des systèmes juridiques, le droit positif n'en fait pas une condition de validité de la norme particulière de dissolution⁵².

4. Par « dissolution » est désignée, de nos jours, une opération juridique à *double facette*. Son objet est double, alors qu'autrefois, à l'époque de la monarchie

⁵¹ M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1948, p. 444, n° 343 (souligné par moi).

⁵² Seuls quelques rares droits positifs étrangers érigent l'antériorité en obligation de droit positif. Cf. par ex., sous la IIIe République française, l'article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1925 : « Le président de la République peut, sur avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des députés *avant l'expiration légale de son mandat* » (souligné par moi).

médiévale et absolue, il était simple. L'opération appelée de nos jours « dissolution » comporte non seulement une facette destructive (la cessation des mandats), mais aussi une facette constructive (l'obligation de faire désigner de nouveaux députés par le biais d'élections générales anticipées, extraordinaires). « La dissolution – écrit Jacques Velu – est nécessairement liée à des élections générales. L'acte par lequel une autorité prononcerait la fin d'une assemblée électorale sans organiser des élections générales dans les quarante jours ou sans convoquer une nouvelle Chambre dans les deux mois, ne serait pas à proprement parler une dissolution mais une abolition de cette assemblée »⁵³. Ce que Velu a écrit en référence au droit belge peut être étendu à tous les pays démocratiques. La dissolution se traduit ainsi par deux normes particulières intimement liées (la validité de l'une est liée à la validité de l'autre) : une première norme particulière fait cesser les mandats, une seconde norme particulière convoque les électeurs pour des élections générales anticipées, extraordinaires. Parfois, le droit exige même que ces deux normes soient réunies dans le même instrument, qu'elles soient prises de façon concomitante dans le même texte⁵⁴. Sur ce point, le mot « dissolution » a subi un changement radical de sens car, d'antan, au tout début de l'existence des parlements, les règles relatives à la prérogative royale de dissolution n'obligeaient nullement le monarque à organiser des élections, ni immédiatement, ni à court terme⁵⁵. La dissolution n'avait qu'une seule facette.

5. *Divers organes d'Etat peuvent être l'auteur de la décision particulière de dissolution*⁵⁶. Traditionnellement, la dissolution est une prérogative réservée au monarque, au chef de l'Etat ou, plus généralement, à l'exécutif. Récemment encore, Francis Delpérée⁵⁷ a insisté sur l'idée que la dissolution a pour particularité d'être un « renvoi », et non une « révocation ». La dissolution permettrait non pas à ceux qui ont désigné les élus (les électeurs), mais à une tierce personne (le chef de l'Etat et/ou le gouvernement) d'interrompre le mandat des parlementaires. Si on retenait ce critère traditionnel, il serait incohérent de parler d'autodissolution du parlement ou de dissolution décidée par le peuple (ce que l'on appelle, pour l'instant, tantôt « *recall* », tantôt « *Abberufung des Parlaments* », tantôt « révocation des élus »). Or, sur ce point, il faut noter que les conventions sémantiques au sein des droits positifs des démocraties et, partant, au sein de la théorie générale du droit constitutionnel évoluent. La définition fournie par F. Delpérée vaut pour la dogmatique du droit belge ; c'est une définition particulière, mais non une définition de théorie générale du droit constitutionnel. Il est de plus en plus admis dans les diverses démocraties occidentales qu'une dissolution peut être le résultat d'une décision prise par les parlementaires : on parle alors « d'autodissolution du parlement », de « *Selbstauflösungsrecht des Parlaments* », de « *autoscioglimento delle assemblee* », etc. Comme le note Armel Le Divellec, « contrairement à l'idée reçue, le droit de dissolution n'est pas réductible à une 'arme' du pouvoir exécutif à l'encontre du pouvoir délibérant (...) »⁵⁸. En écartant le critère organique de l'exécutif, l'usage sémantique actuel élargit

⁵³ J. Velu, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁴ Au Luxembourg, la pratique est très variée : tantôt la dissolution du parlement et la convocation des électeurs sont décidées dans le même arrêté grand-ducal (1848, 1854), tantôt elles sont décidées dans deux actes séparés par un long laps de temps (1915 : un écart de 18 jours ! cf. *Mémorial*, 1915, n° 94 et n° 98), tantôt les deux opérations sont consacrées dans deux actes signés le même jour ou quasiment (1925, 1958, 2013). Au Royaume-Uni, c'est une simple convention de la Constitution, et non une règle juridique, qui exige que les deux normes soient posées dans la même proclamation royale. Cf. R. Blackburn, *The Meeting of Parliament*, p. 8, 11, 44 s.

⁵⁵ Voir, à propos de l'exemple anglais, J. Velu, *op. cit.*, p. 236 ss ; R. Blackburn, *The Meeting of Parliament*, p. 1 ss. Selon Dieter Umbach, *Parlamentsauflösung in Deutschland. Verfassungsgeschichte und Verfassungsprozess*, Berlin, Gruyter, 1989, p. 21, l'adjonction de l'exigence de nouvelles élections marque le basculement de la monarchie absolue vers la monarchie constitutionnelle.

⁵⁶ En ce sens déjà, en 1928 : C. Schmit, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, p. 353 ss. Parmi les illustrations « exotiques », cf. la Const. Prusse 1920 qui confiait le droit de dissolution, entre autres, à un collège formé du ministre-président, du président du Conseil d'Etat et du président de la Chambre des députés.

⁵⁷ F. Delpérée, *op. cit.*, p. 907, n° 1088. Le terme de « révocation » est très usité en droit des sociétés (révocation d'un mandataire par le mandant).

⁵⁸ A. Le Divellec, « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le *Fixed-term Parliaments Act 2011* et l'amarce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus politicum*, n° 7, 2012, p. 4. Accessible sur internet : www.juspoliticum.com

le champ du mot « dissolution » non seulement à l'hypothèse de l'autodissolution parlementaire, mais aussi – ce qui est moins présent à l'esprit des observateurs – à la procédure de révocation populaire lorsque celle-ci vise l'ensemble des mandats des députés (aux USA, à l'inverse de la Suisse, le mécanisme de la révocation populaire peut aussi ne viser qu'un seul député) et a pour effet de déclencher de nouvelles élections. Car, dans ce cas, la décision populaire de révocation est : 1. une norme ; 2. un mode de cessation volontaire qui vise l'intégralité des membres élus d'une assemblée ; 3. une fin qui peut être anticipée ; 4. un mode de fin qui oblige, en outre, à organiser de nouvelles élections. *Ergo*, ce phénomène est à ranger sous la rubrique des « dissolutions ».

B. L'affinage de la *summa divisio* à partir de et dans les cas problématiques du droit luxembourgeois

Pour l'instant, la grille d'analyse disponible est la distinction entre, d'un côté, la *dissolution* et, de l'autre côté, l'*échéance du terme*. Or, dès qu'on essaie de subsumer la réalité historique luxembourgeoise sous cette grille, des difficultés surgissent. La grille s'avère trop étroite pour embrasser l'éventail des situations réelles.

Quels sont ces cas difficiles ? La première difficulté surgit à propos de la soi-disant « dissolution de plein droit » : de quel côté faut-il ranger ce type d'opération juridique ? Est-ce une dissolution, comme l'indique la dénomination, ou un cas d'expiration à l'instar de l'échéance du terme ? A la lumière de la définition dégagée du mot « dissolution », la formule « dissolution de plein droit » s'avère inexacte, car elle ne reflète pas la nature de l'opération juridique en cause. Il ne s'agit pas d'une dissolution, mais, au contraire, d'un type d'expiration (1). Autre cas à classer/reclasser : les soi-disant « dissolutions » de 1856 et de 1940. Ce qui est en cause dans l'action du roi grand-duc Guillaume III et du *Gauleiter* Gustav Simon n'est pas une dissolution, mais une abolition pure et simple de l'organe « Chambre des députés » (2). A l'inverse, l'étude de la cessation des mandats des députés en 1919 oblige à introduire un nouveau type de dissolution – l'autodissolution – dont l'existence n'a jamais été évoquée pour l'instant dans la doctrine de droit constitutionnel luxembourgeois (3). Du côté de l'échéance du terme, l'examen des matériaux historiques luxembourgeois amène aussi à une vision plus fine de cette catégorie : l'étude de la cessation des mandats des membres de l'Assemblée des états spéciale élue en nombre double en 1848 fait apparaître l'existence d'un rare cas de mandat à terme imprécis (4). Enfin, l'exemple très complexe de la cessation, en 1945, des mandats des députés élus en 1934/1937 fait apparaître l'existence non seulement, à titre exceptionnel, d'un mandat parlementaire à durée indéterminée, sans terme, mais aussi d'un dispositif de dissolution spécial, distinct du dispositif ordinaire de l'article 74 Const. (5).

1° L'objet mal nommé de la « dissolution de plein droit » (ancien art. 114, art. 7 Const. 1868) : un type d'expiration

Le premier cas litigieux a trait à la « dissolution de plein droit » prévue d'antan dans le cadre d'une révision de la Constitution et, selon une certaine analyse doctrinale, dans le cadre de l'article 7 Const. (vacance du trône). Le procédé de la « dissolution de plein droit » est très ancien. Il remonte à la Constitution de 1848 qui, sur ce point, s'inspirait de la Constitution belge de 1831⁵⁹. A partir de la Constitution de 1848 et jusqu'à la réforme de 2003⁶⁰ – avec une brève parenthèse sous la Constitution de 1856⁶¹ –, la procédure de révision prévoyait l'intervention de ce que le texte lui-même, inspiré du modèle belge,

⁵⁹ Sur les conditions différentes dans lesquelles la Constitution de 1841 faisait intervenir une véritable dissolution au cours de la procédure de révision, cf. *infra*, p. 507 ss.

⁶⁰ Révision du 19 décembre 2003, *Mémorial A*, n° 185. Cf. J. Gerkrath, « Le mécanisme de la révision constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg », *Journal des tribunaux. Luxembourg*, 2009, p. 174 ss.

⁶¹ Article 114 de la Constitution de 1856 : « Aucun changement à la Constitution ne peut être introduit, à moins d'avoir été adopté par deux votes émis dans deux sessions différentes et à quarante jours d'intervalle au moins ».

appelait une « dissolution de plein droit » (cf. art. 118 Const. 1848⁶² ; art. 114 Const. 1868⁶³ ; en Belgique : art. 131 Const. de 1831 version originale ; aujourd'hui encore art. 195 Const. belge). A propos de cette procédure, deux questions méritent d'être analysées. D'une part, s'agit-il d'une « dissolution » ? (a) D'autre part, comment cerner ce phénomène étrange et complexe qui est que, au Luxembourg, dans le passé, les mandats parlementaires ont cessé à de multiples reprises pour deux motifs juridiques : l'expiration ordinaire du mandat à laquelle s'est ajoutée une « dissolution de plein droit » ? (b)

a) Ni dissolution grand-ducale, ni autodissolution, ni dissolution d'un autre genre

La « dissolution de plein droit » est-elle une dissolution ? L'ensemble des auteurs, luxembourgeois et belges⁶⁴, semblent en être convaincus puisque nul n'a jamais soulevé cette question. Pourtant, le doute est permis. Car de quoi s'agit-il au fond ? Pour se faire une idée exacte de l'identité de l'opération juridique en cause, il est utile de focaliser son regard sur les quelques rares exemples dans l'histoire du Luxembourg où la procédure de l'ancien article 114 Const. a été appliquée « à l'état pur », c'est-à-dire de façon exclusive, sans être « polluée » par l'application concomitante d'une autre règle de cessation des mandats parlementaires. Comme l'on sait (voir *infra* b), l'article 114 Const. a été appliqué très souvent dans un contexte où les (des) mandats parlementaires venaient déjà à expirer pour cause d'échéance du terme (art. 56 Const.). Ce phénomène d'interaction de deux régimes juridiques de cessation des mandats ne permet pas toujours de faire la part des choses : les effets de l'article 56 et de l'article 114 s'imbriquent, se cumulent d'une façon qu'il n'est aisé ni de cerner ni de décortiquer. Comment d'ailleurs en parler ? A travers quel mot (« interaction » ? « cumul » ? ou quelque autre terme ?) est-il possible de désigner la nature de ce phénomène complexe ? Dans l'histoire luxembourgeoise, il n'y a eu que deux cas dans lesquels l'article 114 Const. a été appliqué de manière exclusive : en 1918 (élections du 28 juillet 1918⁶⁵) et en 1968 (élections du 15 décembre 1968).

Dans les deux cas, le Grand-Duc n'a point signé un arrêté grand-ducal de dissolution de la Chambre (art. 74 alinéa 1^{er} Const.). Le terme « dissolution de plein droit » n'a jamais été compris, ni au Luxembourg ni en Belgique⁶⁶, dans le sens que le monarque serait obligé d'utiliser son droit discrétionnaire de dissolution. Une « dissolution de plein droit » n'est pas à confondre avec une « dissolution obligatoire »⁶⁷. Le seul acte dont on peut constater la présence en 1918, en 1968 et, de manière générale, dans tous les autres cas d'application

⁶² Art. 118 Const. lux. 1848 : « Le pouvoir législatif a le droit de déclarer qu'il y a lieu à la révision de telle disposition constitutionnelle qu'il désigne. – Après cette déclaration, la Chambre est dissoute de plein droit. – Il en sera convoqué une nouvelle, conformément à l'art. 76. – Cette Chambre statue, de commun accord avec le Roi Grand-Duc, sur les points soumis à la révision. – Dans ce cas la Chambre ne pourra délibérer, si trois quarts au moins des membres qui la composent, ne sont présents ; et nul changement ne sera adopté, s'il ne réunit au moins les deux tiers des suffrages ». L'article 76 porte sur le droit de dissolution discrétionnaire du Grand-Duc (première phrase) et l'obligation de nouvelles élections dans un délai de trente jours (2e phrase).

⁶³ Le texte est quasi identique au texte de 1848 (les changements sont mis en italique). Art. 114 Const. 1868 : « Le pouvoir législatif a le droit de déclarer qu'il y a lieu de procéder à la révision de telle disposition constitutionnelle qu'il désigne. – Après cette déclaration, la Chambre est dissoute de plein droit. – Il en sera convoqué une nouvelle, conformément à l'art. 74 de la présente Constitution. – Cette Chambre statue, de commun accord avec le Roi Grand-Duc, sur les points soumis à la révision. – Dans ce cas la Chambre ne pourra délibérer, si trois quarts au moins des membres qui la composent, ne sont présents ; et nul changement ne sera adopté, s'il ne réunit au moins les deux tiers des suffrages ». L'article 74 porte sur le droit de dissolution discrétionnaire du Grand-Duc (*alinéa 1er*) et l'obligation de nouvelles élections dans un délai de trois mois (*alinéa 2*).

⁶⁴ La question déborde, en vérité, ce cadre géographique car, dans nombre de droits étrangers (actuels ou anciens) et dans nombre de discours *de lege ferenda*, on trouve la référence à une « dissolution de plein droit » ou « automatique » (France, Espagne, Pays-Bas, Scandinavie, Grèce, Roumanie, Serbie, Yougoslavie, etc.). Cf. J. Velu, *op. cit.*, p. 514 ss ; Ph. Lauvaux, *op. cit.*, p. 283 ss ; C. Grewe, H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris, Puf, 1995, p. 544 ss.

⁶⁵ La date de ces élections s'explique comme suit. En vertu de la règle du renouvellement partiel triennal, des élections auraient dû avoir lieu le 11 juin 1918 pour la moitié des sièges. Or cette date a été repoussée au 1er octobre 1918 par la loi du 31 mai 1918 qui a prolongé les mandats parlementaires concernés en décalant le terme précis (cf. *supra* note 45). Or l'utilisation de l'article 114 (déclaration de révision du 14 juin 1918, *Mémorial*, n° 31) a eu pour effet d'abrégé ces mandats prolongés et de provoquer l'organisation d'élections *générales* (et non partielles) à la date du 28 juillet 1918.

⁶⁶ Cf. O. Orban, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. 2, 1908, p. 708 (« Il n'est pas nécessaire qu'il intervienne un arrêté royal de dissolution ») ou F. Delpérée, *op. cit.*, p. 908.

de l'ancien article 114 Const., est, tout au plus, l'acte de convocation des électeurs, signé tantôt par le ministre d'Etat, tantôt par le Grand-Duc⁶⁶. L'acte de convocation, à son tour, ne comportait non plus une décision de dissolution, explicite ou même implicite⁶⁹. Il se contentait de constater la « dissolution de plein droit » de la Chambre. En témoigne la formulation particulièrement éloquente retenue par l'arrêté grand-ducal de convocation des collèges électoraux du 4 novembre 1968 : « Nous Jean, par la grâce de Dieu, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau, etc., etc., etc.; *Considérant que la Chambre des députés est dissoute de plein droit en vertu de l'art. 114 de la Constitution à la suite de la déclaration* du pouvoir législatif qu'il y a lieu à révision de l'art. 52 de la Constitution, (...) »⁷⁰. La rédaction retenue a le mérite de la clarté : au moment de l'édiction de l'arrêté de convocation des électeurs, la cessation des mandats parlementaires avait déjà eu lieu. Elle était immédiate. L'ancien article 114 disait : « *après cette déclaration*, la Chambre est dissoute de plein droit ». Sous cette formule, il convient d'entendre que la cessation des mandats avait lieu le jour de la signature de la déclaration de révision par le Grand-Duc⁷¹. Une fois celle-ci signée, il suffisait – et c'était l'objet de l'acte de convocation – de passer à la suite, de tirer les conséquences de cette constatation : il fallait fixer la date des élections pour le renouvellement intégral de la Chambre, suivant le délai fixé par l'ancien article 114 Const. qui, sur ce point précis, renvoyait à l'article 74 Const. (art. 114 : « Il en sera convoqué une nouvelle, conformément à l'art. 74 de la présente Constitution »). Si, comme il est arrivé, l'acte de convocation citait l'article 74 Const., ce n'était pas le premier alinéa de cet article qui était visé (« Le Grand-Duc peut dissoudre la Chambre »), mais le second alinéa (« Il est procédé à de nouvelles élections dans les trois mois au plus tard de la dissolution »).

Dans le cadre de l'ancien article 114 Const., la Chambre des députés ne s'auto dissolvait non plus. En vérité, la cessation des mandats parlementaires en cas d'utilisation de la procédure de révision de l'article 114 Const. était due à une *expiration*. L'ancien article 114 Const. contenait un dispositif général d'expiration de l'ensemble des mandats parlementaires qui était déclenché automatiquement, sans l'intervention d'aucun acte de volonté, par l'adoption d'une déclaration de révision. La déclaration de révision était le *fait déclencheur* de ce dispositif normatif. A l'égard de ce dernier, la déclaration de révision avait la qualité non pas d'une norme, mais d'un fait. Or l'autodissolution, à l'instar de la dissolution décidée par le Grand-Duc, est une norme. Ce point crucial mérite d'être souligné car il pourrait prêter à confusion. Selon une lecture « intuitive » (qui est une lecture de *science politique*), l'on est tenté de voir dans le recours à l'ancien article 114 Const. une sorte d'autodissolution. Prenons, par exemple, les événements de 1968. En automne 1968, la coalition entre

⁶⁷ Cette différence est mise en exergue par Ph. Lauvaux, *op. cit.*, p. 283, 294. Pour un exemple d'usage obligatoire du pouvoir de dissolution (dissolution obligatoire), cf. art. 44 al. 5 Const. Bavière de 1946 ; art. 99 al. 5 Const. Espagne de 1978.

⁶⁸ Pour les élections de 1918 (arrêté de convocation du 6 juillet 1918, *Mémorial*, n° 38), de 1919 (*Mém.*, n° 66), de 1945 (*Mém.*, n° 52), de 1954 (*Mém.*, n° 23), de 1968 (*Mém. A*, n° 56). Par la suite, à partir des élections de 1974, le *Mémorial A* ne comporte plus d'arrêté de convocation. Lorsqu'il y a un arrêté de convocation, celui-ci est tantôt postérieur à la déclaration de révision (1918, 1954, 1968), tantôt antérieur (1919, 1945).

⁶⁹ Je reviendrai plus tard sur la possibilité, en droit luxembourgeois, d'une dissolution « implicite ».

⁷⁰ *Mém. A*, 1968, n° 56, p. 1182 (c'est moi qui souligne).

⁷¹ A quelle date précise devait avoir lieu la cessation des mandats parlementaires ? La réponse n'est pas aisément discernable. En Belgique, O. Orban, *op. cit.*, t. 2, p. 708, avait envisagé deux dates – la date de la sanction royale et la date habituelle d'entrée en vigueur d'une loi (en droit belge : le 10^e jour après la publication au Moniteur) – pour retenir *in fine* la seconde date, en vertu de l'assimilation de la déclaration de révision à une loi. A l'inverse, P. Wigny (*Propos constitutionnels*, Bruxelles, 1963, p. 39) avait retenu la première date. Plus récemment, d'autres auteurs belges (Ch. Behrend, F. Bouhon, *Introduction à la théorie générale de l'Etat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 222) ont considéré que la date de cessation correspondait à la date de la publication au Moniteur. En droit luxembourgeois, la question n'a jamais été soulevée en doctrine. La question étant celle de savoir à partir de quel moment la déclaration de révision est opposable *non pas au public général* (caractère « obligatoire » de la loi), *mais aux autorités de l'Etat*, en l'espèce aux députés (« caractère exécutoire » de la loi : cf. P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, n° 90 et 101), la date de cessation des mandats était celle de la signature de la déclaration de révision par le Grand-Duc. A cette date précise, les mandats parlementaires expiraient : les députés n'étaient plus autorisés à se réunir et à statuer en tant que Chambre des députés, et le Grand-Duc n'était plus autorisé à les convoquer. Cette analyse scientifique rétrospective est corroborée par la pratique luxembourgeoise, spécialement celle de 1968 : en 1968, la Chambre des députés et le Grand-Duc adoptent le 4 novembre une déclaration de révision (*Mém. A*, n° 56, p. 1181) ; le même jour, le Grand-Duc, dans l'arrêté grand-ducal de convocation des électeurs, constate « la dissolution de plein droit » de la Chambre des députés (*Mém. A*, n° 56, p. 1182). Celle-ci a donc eu lieu le 4.

chrétiens-sociaux et socialistes (le gouvernement Werner-Cravatte) s'est brisée suite à une divergence de fond sur la politique salariale à l'égard des fonctionnaires. Pour sortir de la crise, les deux partis ont été d'accord d'avancer les élections, prévues d'ordinaire pour le mois de juin 1969 et de soumettre ainsi leur divergence au corps électoral. Pour ce faire, ils n'ont pas eu recours à la dissolution de la Chambre des députés par le Grand-Duc en vertu de l'article 74 Const., mais ils ont fait adopter par la Chambre des députés une déclaration de révision le 4 novembre 1968, signée par le Grand-Duc le même jour⁷². La Chambre a été considérée immédiatement, le jour même, comme étant « dissoute de plein droit ». Ne serait-ce pas une forme d'autodissolution ?

Si ce rapprochement peut paraître justifié du point de vue de la science politique, qui s'intéresse à l'*usage social* d'un mécanisme juridique, l'analyse de science juridique qui s'appuiera sur des critères de classification liés aux *normes juridiques*, devra, si elle reste fidèle à ces critères juridiques, rejeter une telle assimilation. N'est pas en cause le préfixe « auto » : c'est bien la Chambre, et elle seule, qui était maître de la déclaration de révision, c'était elle qui était la puissance de décision⁷³. Ce qui pose problème est le mot « dissolution ». Le rapprochement que l'on opère avec l'idée d'autodissolution, dans le cas des événements de 1968, s'explique par le fait que la déclaration de révision, qui est le fait déclencheur de l'effet extinctif à l'égard des mandats parlementaires, n'est pas un fait totalement extérieur au parlement, comme peut l'être l'écoulement du temps. Ce fait est le produit de la volonté des députés eux-mêmes. Là où le juriste verra dans la déclaration de révision, dans ce contexte, un « fait », le politiste verra un acte de volonté et, partant, par raccourci, une autodissolution.

La différence, pour le juriste, entre la déclaration de révision de l'ancien article 114 Const. et une autodissolution peut encore être éclairée sous un autre angle. Selon la définition consensuelle (cf. *supra*, p. 481, critère n° 2), la dissolution est une norme dont l'objet est la cessation volontaire des mandats parlementaires. La cessation est même l'objet *direct et exclusif* de cette norme. Or, la déclaration de révision avait pour objet direct et exclusif d'exprimer l'accord du parlement à ce que certains articles de la Constitution nommément désignés puissent faire l'objet d'une procédure de révision. Ces articles du texte constitutionnel changeaient de statut, de régime : d'intangibles, ils ont été déclarés « révisibles ». Voilà l'objet premier de la déclaration de révision. La cessation des mandats parlementaires n'en était qu'un effet *indirect, incident*, et cet effet devait son existence à la norme, incluse dans l'ancien article 114 Const., selon laquelle tous les acteurs de l'Etat et les citoyens devaient considérer que les mandats des députés cessaient dès la signature d'une déclaration de révision par le Grand-Duc (mécanisme d'expiration).

En conclusion, l'ancien article 114 Const. n'est pas à ranger dans la catégorie de la cessation collective volontaire des mandats (dissolution), mais dans celle des cas d'expiration des mandats. C'était un mécanisme *d'expiration extraordinaire* de l'ensemble des mandats parlementaires, distinct du mécanisme *d'expiration ordinaire* pour cause d'échéance du terme. La procédure de l'ancien article 114 Const. ne faisait intervenir aucun acte de volonté qui avait pour objet direct et exclusif la cessation des mandats parlementaires. Le terme « dissolution » est donc impropre, surtout lié à l'adjectif « de plein droit », qui, lui, suggère une automaticité là où le mot « dissolution » exige la présence d'un acte de volonté. Le syntagme « dissolution de plein droit » est donc un oxymore.

b) L'étrange et complexe phénomène de cumul de deux régimes de cessation

La pratique de l'ancien article 114 Const. soulève une autre question intéressante, que l'on rencontrera encore dans d'autres contextes, et qui a trait à l'application concomitante de deux régimes juridiques de cessation des mandats parlementaires⁷⁴. L'expiration pour cause

⁷² Cf. *Mém. A*, n° 56, p. 1181. Cette déclaration débouchera sur la révision du 27 janvier 1972 (*Mém. A*, n° 5).

⁷³ Certes, sur le plan formel, le Grand-Duc et, en vertu de la règle du contreseing, les ministres devaient donner leur « accord » à une déclaration de révision votée d'abord par la Chambre. Mais cet « accord » ne pouvait être refusé : leur compétence était liée. En vertu du principe démocratique (art. 32, art. 51 al. 1er Const.), ni le Grand-Duc, ni les ministres ne pouvaient opposer un veto à la majorité parlementaire.

de l'ancien article 114 a pu en effet, dans le passé, « aller de pair » / « interagir » avec l'expiration pour cause d'échéance normale du terme (article 56 Const.). Cette situation était extrêmement fréquente au Luxembourg : dans le passé, il y a eu six cas (1954, 1974, 1984, 1989, 1994, 1999) où les élections trouvaient leur origine juridique à la fois dans l'article 56 Const. et dans l'ancien article 114 Const.⁷⁵. C'est la pratique, bien connue, où le parlement adoptait une déclaration de révision à la dernière séance de la législature, lorsque la date des élections était déjà fixée en vertu de l'article 56 Const.⁷⁶. L'élection ordinaire fondée sur l'article 56 coïncidait avec l'élection déclenchée en vertu de l'article 114. Ici ce sont deux règles d'expiration qui s'imbriquent (l'expiration ordinaire de l'article 56 Const. et l'expiration extraordinaire de l'ancien article 114 Const.). Il y a eu aussi quatre cas – en 1919, 1945, 2004 et 2009 –, où la fin des mandats était due à l'interaction entre, d'une part, une règle d'expiration (art. 56 Const. ou ancien art. 114 Const.) et, d'autre part, une règle de dissolution (art. 74 Const., art. 217 de la loi électorale du 16 août 1919, art. 2 de la loi du 29 août 1939). En revanche, l'interaction de deux dispositifs de dissolution n'a pu être observée.

Ce phénomène, qui, pour l'instant, a été qualifié de façon vague par divers termes (« interaction », « imbrication », « cumul », etc.) intrigue par sa complexité. En soi, une telle situation est tout à fait concevable en droit. Imaginons, par analogie, un individu qui, dans un pays, a commis deux crimes distincts et qui est condamné pour chaque crime à la peine capitale (la mise à mort) par deux décisions de justice distinctes. Si chaque condamnation prévoit le même mode d'exécution (ex. la pendaison), l'exécution, par pendaison, se fera sur le fondement de deux normes. Si, en revanche, chaque infraction engendre un mode d'exécution différent (l'une la pendaison, l'autre la guillotine), il est clair que le bourreau ne pourra respecter à 100 % les deux décisions de justice⁷⁷. La mise à mort se fera soit par pendaison, soit par la guillotine. Mais, cela n'empêche pas qu'en droit il y a bien eu deux condamnations à mort de cet individu. La cessation de sa vie était due à deux normes. Une telle situation peut se retrouver, *mutatis mutandis*, dans la « mise à mort du parlement » (i.e. la destruction des mandats des députés).

Pour cerner de plus près cette situation, il faut une grille d'analyse théorique. Le premier paramètre à considérer est le facteur temps. Soit l'interaction des deux normes est parfaitement concomitante : imaginons, dans l'exemple précité, que l'individu soit condamné à mort par les deux juges exactement le même jour. Soit il existe un léger décalage entre les deux normes : dans un premier temps, il n'y a qu'une seule norme applicable ; elle seule régit le cas avant que n'entre en jeu la seconde norme qui, dès lors, prétend régir les aspects non encore fixés ou déjà fixés par l'autre norme. Au Luxembourg, en matière d'interaction de deux règles de cessation des mandats parlementaires, les deux types de situation peuvent être observés, étant précisé que le deuxième cas (de léger décalage) est de loin le plus fréquent⁷⁸. Le second paramètre dont il convient de tenir compte est la nature du rapport entre les deux normes ou deux régimes juridiques (s'il s'agit de deux ensembles de normes). A cet égard, il est utile de se référer à la classification des divers cas de « concurrence de normes (*Normenkonkurrenz*) » proposée en théorie du droit par Peter Koller⁷⁹. Ce dernier

⁷⁴ Dans le tableau récapitulatif (voir *infra* p. 504), ces hypothèses seront identifiées par l'emploi d'un double X (« XX »).

⁷⁵ Voir les déclarations de révision : *Mémorial*, 1954, n° 23 ; *Mémorial A*, 1974, n° 40 ; 1984, n° 53 ; 1989, n° 38 ; 1994 n° 44 ; 1999 n° 65.

⁷⁶ Un tel usage était également récurrent en Belgique et aux Pays-Bas qui appliquaient/appliquent la même procédure. Cf. Ph. Lauvaux, *La dissolution des assemblées parlementaires*, Paris, Economica, 1983, p. 293 ss.

⁷⁷ L'on présuppose que le droit positif de ce pays n'a pas prévu de règle pour régler ce type de conflit de normes.

⁷⁸ Pour une interaction parfaitement concomitante, cf. l'unique exemple de 1954 (lorsque le premier ministre convoque les électeurs et que sont définis les divers aspects de la cessation des mandats parlementaires, les deux articles 56 et 114 Const. sont applicables ; cf. *Mém.*, n° 23). Le cas de l'interaction imparfaitement concomitante car légèrement décalée est plus fréquent : cf. les exemples de 1919 (la dissolution implicite précède le recours à l'art. 114 ; cf. *Mém.*, n° 66 et n° 71 et les explications *infra*, p. 490 ss), de 1945 (la dissolution implicite précède le recours à l'art. 114 ; cf. *Mém.*, n° 52 et n° 57 et les explications *infra*, p. 502 s), de 1974, 1984, 1989, 1994 et 1999 (le processus de cessation est déjà en place, en vertu de l'article 56 Const., lorsqu'intervient très tard le recours à l'article 114 ; cf. pour la date des déclarations de révision *Mém. A*, 1974 n° 40, 1984 n° 53, 1989 n° 38, 1994 n° 44, 1999 n° 65), de 2004 et 2009 (le processus de cessation est en place en vertu de l'art. 56, lorsqu'intervient à la fin une dissolution en vertu de l'art. 74 Const. ; cf. *Mém. A*, 2004 n° 80, 2009 n° 116 et les explications *infra*, p. 517 s).

distingue quatre types de *Normenkonkurrenz* : 1. le chevauchement (« *überlappende Normenkonkurrenz* ») : deux normes visent la même hypothèse et ont exactement le même contenu ; 2. le cumul (« *kumulative Normenkonkurrenz* ») : deux normes imposent dans la même hypothèse deux conduites distinctes qui, toutefois, ne sont pas incompatibles et peuvent être exécutées de façon cumulée ; 3. l'évincement (« *verdrängende Normenkonkurrenz* ») : les contenus des deux normes visant la même hypothèse sont incompatibles, c'est la norme la plus spéciale qui s'applique en vertu de la règle de conflit *lex specialis derogat legi generali* ; 4. l'alternative (« *alternative Normenkonkurrenz* ») : l'incompatibilité des contenus des deux normes ne peut être résolue par le biais de la règle de conflit *lex specialis* ; l'acteur chargé de l'application des deux normes choisit celle qu'il applique.

De quelle catégorie de concurrence de normes relèvent les diverses situations observables au Luxembourg, en matière de cessation des mandats ? Deux options sont, de prime abord, envisageables : le chevauchement et le cumul. Il y a chevauchement si les deux régimes de cessation visaient à faire cesser le mandat parlementaire à la même date, avec les mêmes effets (obligation d'organiser une nouvelle élection), à l'égard des mêmes députés. Or ce cas ne s'est jamais présenté en droit luxembourgeois. Avant la réforme de 1956, l'article 56 Const. ne visait que le renouvellement de la *moitié* des mandats, alors que la dissolution (art. 74 Const.) et la soi-disant « dissolution de plein droit » (ancien art. 114 Const.) visaient *l'intégralité* des mandats. Certes, depuis 1956, la règle du renouvellement ordinaire concernait la totalité des mandats. Or un écart subsistait : en exécution de l'article 56 Const., la loi électorale prévoyait (et prévoit toujours à l'heure actuelle) que le mandat cesse à la date de l'élection⁸⁰ ; en cas de « dissolution de plein droit », le mandat expirait immédiatement, à la date de la signature de la déclaration de révision par le Grand-Duc⁸¹, donc avant l'élection. Une autre différence a trait au fait que, si les deux articles 56 et 114 Const. exigeaient l'organisation de nouvelles élections, l'article 114 avait, en plus, pour effet d'habiliter la nouvelle Chambre à modifier la Constitution, ce que n'autorisait pas l'article 56. On est donc face à un phénomène de *cumul* de normes au sens de la typologie de Peter Koller.

L'existence d'un cumul, et non d'un simple chevauchement, explique aussi l'intérêt pratique d'une telle imbrication de deux régimes de cessation des mandats parlementaires. Car si les acteurs ont fait en sorte d'amalgamer deux régimes, c'est qu'ils y ont trouvé (du moins dans la plupart des cas⁸²) un réel intérêt. Le second régime apportait quelque chose de neuf, de différent. Cela est évident dans le cas de l'application concomitante des articles 56 et 114 Const. : en se servant de l'article 114 peu de temps avant la date des élections ordinaires, les députés sortants pouvaient en plus déclencher la procédure de révision de la Constitution, sans pour autant abrégé outre mesure leur mandat. Le caractère « punitif » de l'article 114 était, certes, présent, mais à dose très faible : le mandat des parlementaires était tout au plus abrégé de quelques jours, de ce laps de temps séparant la date de la déclaration de révision de la date des élections. En général, cet avancement de la date de cessation du mandat n'était noté ni par le grand public, ni par la doctrine, ni par les députés eux-mêmes, pour la simple raison qu'il n'a jamais suscité un problème en pratique⁸³. Dans ce cumul de deux dispositifs de cessation, « le » régime de la cessation était donc marqué tantôt par l'article 56, tantôt par l'article 114, tantôt par les deux ensemble (lorsque leur contenu

⁷⁹ P. Koller, *Theorie des Rechts*, 2e éd., Wien, Böhlau, 1997, p. 193 ss.

⁸⁰ Art. 185 et 80 al. 1er loi électorale du 13 juillet 1913 (*Mém.*, n° 47) ; art. 197 loi électorale du 16 août 1919 (*Mém.*, n° 54) ; art. 92 loi électorale du 31 juillet 1924 (*Mém.*, n° 42) ; art. 122 loi électorale du 18 février 2003 (*Mém. A*, n° 30). A noter que dans divers droits étrangers (notamment en France, en Allemagne), le mandat des députés sortants cesse à la date de la première réunion des députés nouvellement élus. Entre la date de l'élection et la date de la première réunion, les députés sortants restent valablement membres du parlement. En France, en 1932, lorsque le président de la République Paul Doumer a été assassiné entre les deux tours des élections législatives (1er et 8 mai 1932), ce sont les députés sortants qui, le 10 mai, ont désigné son successeur (P. Avril, J. Gicquel, *Droit parlementaire*, op. cit., n° 47).

⁸¹ Voir *supra* note 71.

⁸² Il faut mettre à part les deux cas de 2004 et 2009 : la mobilisation à la fois de l'article 56 et de l'article 74 n'a aucun intérêt juridique. Cf. *infra* p. 517.

⁸³ Au Luxembourg, à ma connaissance, ne s'est jamais posé le cas où, entre la déclaration de révision et la date de l'élection, il aurait été important de réunir, à titre extraordinaire, la Chambre des députés.

était identique). Ainsi, la convocation des électeurs, qui datait souvent d'avant la déclaration de révision, se faisait au regard du seul article 56 Const.⁸⁴. C'est en vertu du régime de l'article 56 (en particulier des délais fixés par cet article) que fut déterminée la date de l'élection et, partant, une première date d'expiration des mandats (i.e. la date de l'élection). L'adoption de la déclaration de révision introduisait dans ces modalités, par voie de cumul, divers changements : a) avant 1956, le recours à l'article 114 avait pour effet d'étendre la cessation à la totalité des mandats, au-delà de la moitié des mandats visée par le seul article 56 ; b) la date d'expiration des mandats était avancée ; c) l'article 114 exigeait que la révision projetée soit non pas le sujet exclusif de la campagne électorale (comme il fut parfois argué, à tort, dans le débat luxembourgeois⁸⁵), mais un sujet parmi d'autres⁸⁶ ; d) quant au mandat de la nouvelle Chambre, les deux articles convergeaient dans l'idée que cette Chambre était investie du pouvoir législatif ; l'article 114 y ajoutait (phénomène de cumul de deux normes !) le pouvoir de révision. Pour ce qui était, en revanche, des modalités de l'élection elle-même, les deux articles 56 et 114 se chevauchaient puisqu'ils se référaient aux mêmes règles de la loi électorale.

Cette première série de cas difficiles étant résolue (les « dissolutions de plein droit », qui ne sont pas des dissolutions), passons à présent à une deuxième série.

2° Les soi-disant « dissolutions » de 1856 et de 1940 : la différence entre « dissolution » et « abolition de l'organe parlementaire »

Cette deuxième série a trait également à des opérations juridiques qualifiées de « dissolutions », alors même que ce vocable est totalement usurpé.

En 1856 a lieu le fameux coup d'Etat du roi grand-duc Guillaume III. A cette occasion est opérée une soi-disant « dissolution » de la Chambre des députés. Avant d'octroyer, de façon illégale, au pays une nouvelle Constitution réactionnaire (art. 2 de l'ordonnance royale grand-ducale du 27 novembre 1856 portant révision de la Constitution), Guillaume III avait d'abord, dans l'article 1^{er} de cette même ordonnance, proclamé la « dissolution » de la Chambre des députés⁸⁷. Or, de même que l'octroi de la nouvelle Constitution s'est fait par une rupture de la légalité (coup d'Etat), de même la soi-disant « dissolution » a constitué une violation de la Constitution de 1848. Car, selon l'article 76 de la Constitution de 1848, une dissolution impliquait nécessairement l'organisation d'élections dans un très bref délai (30 jours). Or, le monarque n'a point respecté cette exigence et il n'a d'ailleurs pas même invoqué l'article 76 dans les vises de son ordonnance pour donner ne serait-ce qu'un simulacre de constitutionnalité à son action. Si la présence du mot « dissolution » pouvait avoir un sens dans la logique réactionnaire qui animait Guillaume (comme déjà indiqué, dans les temps très reculés de l'Ancien régime, une dissolution n'obligeait pas à organiser de nouvelles élections), en revanche le mot était totalement usurpé eu égard à sa définition moderne, qui elle était inscrite dans l'article 76 Const. 1848. L'usage du mot « dissolution » n'était, en vérité, qu'un élément du coup d'Etat lequel visait à abroger la Constitution de 1848. L'article 1^{er} de l'ordonnance royale grand-ducale n'était qu'une redite (sous un terme techniquement inadapté, mais médiatiquement tonitruant) de l'article 2 de l'ordonnance qui, lui, parmi ses diverses mesures, abroge les normes fondant l'organe « Chambre des députés ».

⁸⁴ L'acte de convocation ne visait pas l'article 114 Const., ni ne parlait de « dissolution de plein droit ». Pour les dates des actes de convocation, par rapport aux dates des déclarations de révision, cf. *supra* note 68. Pour un acte de convocation qui est postérieur à la déclaration de révision et qui fait explicitement référence à la dissolution en vertu de l'article 114, cf. *Mémorial A*, 1968, n° 56. En 1954, l'acte de convocation était également postérieur à la déclaration de révision, mais, curieusement, il ne mentionne pas la « dissolution de plein droit » intervenue en vertu de l'article 114.

⁸⁵ Sur ce point, la doctrine belge a été plus clairvoyante. Voir déjà P. Wigny, *Propos constitutionnels*, Bruxelles, 1963, p. 39.

⁸⁶ L'article 114 exigeait donc que les acteurs politiques ajoutent à la liste des « sujets politiques ordinaires », à discuter lors de la campagne électorale, le sujet de la révision constitutionnelle. L'article 114 n'accordait toutefois pas une grande force juridique à cette exigence puisque son non-respect n'était pas une cause de nullité de l'élection.

⁸⁷ Ordonnance royale grand-ducale du 27 novembre 1856 portant révision de la Constitution, art. 1^{er} : « La Chambre des députés est dissoute » (*Mém.*, 1856, n° 28, p. 211).

Une situation en partie analogue se présente en 1940, lorsque, quelques mois après l'occupation du territoire luxembourgeois par les troupes nazies (10 mai 1940), le *Gauleiter* Gustav Simon, par une ordonnance du 22 octobre 1940, a proclamé « la dissolution de la Chambre des députés et du Conseil d'Etat »⁸⁸. En vérité, cet acte n'était pas une dissolution *stricto sensu*, car il n'y a pas eu de nouvelles élections. Il ne visait pas à détruire simplement les mandats parlementaires ; était visée l'existence même de la « Chambre des députés » en tant qu'organe de l'Etat luxembourgeois. L'acte, qui ne se fonde point sur la Constitution luxembourgeoise, vise à saborder celle-ci : son objet est d'abroger les normes de la Constitution établissant l'organe « Chambre des députés ». Aussi n'est-il pas surprenant que cet acte de « dissolution » du *Gauleiter* ait été considéré comme nul et non avenue par le système constitutionnel luxembourgeois, maintenu par le gouvernement en exil⁸⁹ ⁹⁰. Du point de vue de la Constitution luxembourgeoise, seule une révision en bonne et due forme (art. 114 Const.) pouvait abroger ces normes de la Constitution.

Les deux « dissolutions » de 1856 et de 1940 sont donc deux actions visant à supprimer l'organe « Chambre des députés ». Si l'une a atteint son but – en 1856, Guillaume a réussi à faire accepter son nouvel ordre constitutionnel et, ce faisant, à substituer à la Chambre des députés un nouvel organe parlementaire intitulé « Assemblée d'états » –, l'autre a échoué *in fine*, lorsque le sort des armes a penché en faveur des prétentions de l'ordre juridique luxembourgeois.

3° Un cas unique et ignoré d'autodissolution en droit luxembourgeois : 1919

Au cours du XX^e siècle, la problématique de la dissolution change fondamentalement de configuration. Dans nombre de pays d'Europe, y compris au Luxembourg, la fin de la Première Guerre mondiale va de pair avec une crise des institutions. Débute une nouvelle vague de démocratisation, parfois radicale, des régimes hérités du passé. En témoignent, ici et là, l'abolition ou du moins la neutralisation de la monarchie, la proclamation de la souveraineté du peuple et du suffrage universel, la naissance des partis de masse, les nouvelles techniques de rationalisation du parlementarisme, etc. L'instrument de la dissolution subit à son tour des transformations. Si la dissolution par l'exécutif reste présente un peu partout (encore que quelques pays l'aient supprimée⁹¹), la discrétion autrefois accordée au chef de l'Etat est souvent restreinte par des règles de plus en plus strictes, de fond et de procédure, qui sont censées garantir l'usage démocratique de cet outil⁹². Le

⁸⁸ *Verordnungsblatt für Luxemburg herausgegeben vom Chef der Zivilverwaltung in Luxemburg, 1940, n° 53, p. 278* : « *Verordnung über die Auflösung der Abgeordnetenkammer und des Staatsrates in Luxemburg vom 22. Oktober 1940. Auf Grund der dem Chef der Zivilverwaltung in Luxemburg erteilten Ermächtigung wird für dessen Bereich verordnet* : §1. *Die Abgeordnetenkammer und der Staatsrat nach der luxemburgischen Verfassung vom 17.10.1868 und den dazu gehörigen luxemburgischen Gesetzen und sonstigen Bestimmungen werden aufgelöst. §2. Die Verordnung tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft. Luxemburg, den 22. Oktober 1940. Der Chef der Zivilverwaltung in Luxemburg: gez. Gustav Simon, Gauleiter* ». Dans l'article de propagande anonyme « *Auflösung des Luxemburger Parlaments* » publié dans le *Luxemburger Wort* du 23.10.1940, p. 1, l'acte de dissolution est érigé en symbole des temps nouveaux marqués par une « *unmittelbare Volksdemokratie, in der Führungs- und Volkswille sich ohne Parteien tragen und ergänzen* ». « *Die Formen der politischen Entscheidungen sind längst unmittelbar geworden* ».

⁸⁹ Cf. de manière générale l'arrêté grand-ducal du 22 avril 1941 déterminant l'effet des mesures prises par l'occupant, republié au *Mémorial*, en 1944, n° 3, p. 21, qui proclame la nullité des actes de l'occupant pris au mépris des règles du droit international et du droit constitutionnel luxembourgeois. Voir aussi l'article 1er al. 2 de l'arrêté grand-ducal du 13 juillet 1944 modifiant l'arrêté grand-ducal du 22 avril 1941 déterminant l'effet des mesures prises par l'ennemi, republié au *Mémorial* en 1944, n° 3, p. 29.

⁹⁰ Sur le sort des mandats parlementaires après la libération du territoire en 1944, cf. *infra* p. 502 s.

⁹¹ La Confédération suisse et la Norvège, depuis le XIX^e siècle, n'ont jamais connu cet instrument. Au Portugal, sous la Constitution républicaine de 1911, et en Estonie, sous la première Constitution de 1920 (avant la révision de 1933), le parlement ne pouvait être dissous non plus. Sous la République de Weimar, tous les Länder confiaient le droit de dissolution non pas à l'exécutif, mais au parlement lui-même et/ou aux citoyens, tendance qui persiste très largement après 1945. En Autriche, la Loi constitutionnelle fédérale de 1920 (B-VG) prévoyait seulement l'autodissolution (art. 29 B-VG), avant que ne fût rétabli en 1929 le droit de dissolution au profit du chef de l'Etat, le président de la République (cf. l'actuel art. 29 al. 1er B-VG). En Lettonie, le président ne pouvait que proposer une dissolution dont la décision était soumise aux citoyens (cf. aujourd'hui encore art. 48 Const. 1922). En Chypre (Const. 1960) et en Macédoine (Const. 1991), la dissolution n'existe que sous forme d'autodissolution. Au Royaume-Uni, la traditionnelle prérogative de la couronne de dissoudre la Chambre des communes a été abrogée par le *Fixed-term Parliaments Act* de 2011. Le Parlement européen ne peut être dissous.

changement le plus radical a trait à l'entrée en scène de nouveaux acteurs en matière de dissolution. Tantôt la dissolution est décidée, voire déjà initiée par les électeurs : c'est la procédure de la *Abberufung*, l'une des variantes de la démocratie semi-directe inventée en Suisse⁹³. Tantôt la dissolution est décidée par les députés eux-mêmes : c'est l'autodissolution. Celle-ci a déjà connu quelques rares précédents en Angleterre durant la période agitée du XVII^e siècle⁹⁴ et en France dès 1789⁹⁵. Mais le mécanisme de l'autodissolution va être thématiqué surtout à partir des années 1920, avec sa consécration dans les *Länder* allemands, en Autriche, en Pologne, en Grèce, etc. Il connaîtra un succès remarquable dans les nouvelles constitutions qui ont vu le jour après la chute du mur de Berlin⁹⁶. La dissolution devient un instrument de vérification de la confiance mutuelle entre élus et électeurs, instrument qui est entre les mains non pas d'un tiers (monarque, exécutif républicain), mais des deux acteurs impliqués directement dans le lien de représentation. De la puissance de ce mouvement de transformation témoigne le cas du Royaume-Uni, patrie du régime parlementaire, où, depuis l'adoption du *Fixed-term Parliaments Act 2011*, le pouvoir royal de dissolution a cessé d'exister. Des élections anticipées (« *early parliamentary general elections* ») ne peuvent être provoquées que par la Chambre des communes elle-même, soit qu'elle adopte une motion en ce sens à la majorité des deux-tiers de ses membres légaux, soit qu'elle vote une motion de censure à l'encontre du gouvernement sans exprimer par la suite, dans un délai de 14 jours, sa confiance à l'égard d'un nouveau cabinet⁹⁷.

⁹² Pologne : art. 26 Const. 1921 ; Grèce : art. 79 Const. 1927 ; Espagne : art. 81 Const. 1931 ; France : art. 51 Const. 1946 ; Japon : art. 7 et 69 Const. 1946 (la pratique n'a toutefois pas respecté ces limites ; cf. Ph. Lauvaux, *op. cit.*, p. 188 ss) ; Allemagne : art. 63 et 68 *Grundgesetz* 1949 ; Suède : Chap. 3 art. 11, Chap. 6 art. 5 *Forme du gouvernement* 1974 ; Grèce : art. 37 et 41 Const. 1975 ; Espagne : art. 99, 115, 116 Const. 1978 ; Croatie : art. 104 Const. 1990 ; Slovaquie : art. 111, 117 Const. 1991 ; Roumanie : art. 89 Const. 1991 ; Bulgarie : art. 99 Const. 1991 ; République tchèque : art. 35 Const. 1992 ; Slovaquie : art. 102, 106 Const. 1992 ; Estonie : art. 89, 97, 105, 119 Const. 1992 ; Lituanie : art. 58, 84, 87 Const. 1992 ; Belgique : la réforme en 1993 de l'ancien art. 71 Const., i.e. l'actuel art. 46 Const. ; Pologne : art. 98, 155, 225 Const. 1997 ; Serbie : art. 109, 128, 130, 131, 132 Const. 2006 ; art. 82 Const. Kosovo 2008 ; Hongrie : art. 3 Const. 2011 ; Islande : art. 90 du projet de nouvelle Constitution de 2011. Réservez toujours un pouvoir discrétionnaire très large à l'exécutif (chef de l'Etat et/ou chef de gouvernement) : Italie : art. 88 Const. 1947 ; Danemark : art. 32 Const. 1953 ; France : art. 12 Const. 1958 ; Portugal : art. 133 Const. 1976 ; Pays-Bas : art. 64 Const. 1983 ; Finlande : art. 26 Const. 2000 et les anciens *Dominions* de la Grande-Bretagne (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, etc.).

⁹³ L'initiative populaire suivie obligatoirement d'une votation populaire sur le renouvellement intégral du parlement (*Abberufung*) a vu le jour dans divers cantons suisses dès le XIX^e siècle (1869 : Berne, Soleure, Thurgovie ; 1876 : Schaffhouse ; 1888 : Uri). Aujourd'hui, cf. Berne : art. 57 Const. 1993 ; Soleure : art. 28 Const. 1986 ; Schaffhouse : art. 26 Const. 2002 ; Uri : art. 24, 27 Const. 1984 ; Thurgovie : art. 25 Const. 1987. Le mécanisme connaîtra un grand succès en Allemagne après 1918/19 : le mécanisme est présent dans les constitutions de seize *Länder* (Prusse : art. 6, 14 Const. 1920 ; Bavière : § 30 Const. 1919, Wurtemberg : § 16 Const. 1919 ; Bade : § 46 Const. 1919 ; Hesse : art. 24 Const. 1919 ; Saxe : art. 9, 36, 38 Const. 1920 ; Thuringe : § 16, 25 Const. 1921, etc. cf. D. Umbach, *Parlamentsauflösung in Deutschland. Verfassungsgeschichte und Verfassungsprozess*, Berlin, Gruyter, 1989, p. 338 ss). Il sera repris également sous la RFA dans six *Länder* (Bade-Wurtemberg : art. 43 Const. 1953 ; Bavière : art. 18 Const. 1946 ; Berlin : art. 54 Const. 1995 ; Brandebourg : art. 76 Const. 1992 ; Rhénanie du Nord-Westphalie : art. 35, 68 Const. 1950 ; Rhénanie-Palatinat : art. 109 Const. 1947). Le *recall* est également une pratique très répandue dans la plupart des Etats des USA. Voir aussi la Lettonie : art. 48 Const. 1922 (référendum sur la dissolution) et, depuis 2009, art. 14 Const. 1922 (initiative populaire de dissolution).

⁹⁴ Cf. J. Velu, *op. cit.*, p. 241 ss.

⁹⁵ Eugène Pierre, dans son *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5^e éd., Paris, Librairies réunies, 1924, n° 347, p. 382, a attiré l'attention sur l'existence de ce qu'il appelait une « dissolution volontaire » (i.e. autodissolution) dans le cas de plusieurs assemblées françaises, dont les assemblées constituantes de 1789, de 1848 et de 1871. Leur mandat n'était pas limité par un terme.

⁹⁶ A l'époque de la République de Weimar, les constitutions de onze *Länder* prévoient l'autodissolution (Prusse : art. 14 Const. 1920 ; Bavière : § 31 Const. 1919 ; Hesse : art. 24 Const. 1919 ; Saxe : art. 9 Const. 1920 ; Thuringe : § 16 Const. 1921, etc. ; cf. D. Umbach, *op. cit.*, p. 338 ss). Sous la RFA, actuellement, la totalité des seize *Länder* consacrent l'autodissolution (cf. les explications chez K. Heing, *op. cit.*). Voir aussi Autriche : Art. 29 B-VG 1920 ; Pologne : art. 26 Const. 1921 ; Grèce : art. 79 Const. 1927 ; Chypre : art. 67, 98 Const. 1960 ; Turquie : art. 77 Const. 1982 ; Croatie : art. 78 Const. 1990 ; Macédoine : art. 63 Const. 1991 ; Lituanie : art. 58 Const. 1992 ; Pologne : art. 98 al. 3 Const. 1997 ; Ecosse : sect. 3 *Scotland Act 1998* ; République tchèque : art. 35 al. 2 Const. 1992 (réforme de 2009) ; Hongrie : art. 3 Const. 2011 ; Royaume-Uni : sect. 2 *Fixed-term Parliaments Act 2011* ; Islande : art. 73 du projet de nouvelle Constitution de 2011. Hors Europe, on peut citer encore l'Afrique du sud (art. 50 Const. 1996) et Israël (art. 34 *Basic Law on the Knesset* 1958 ; Ph. Lauvaux, *op. cit.*, p. 204 ss).

⁹⁷ M. Ryan, « The Fixed-term Parliaments Act 2011 », *Public Law*, 2012, p. 213 ss ; A. Le Divillec, « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le *Fixed-term Parliaments Act 2011* et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus politicum*, n° 7, 2012.

Comment se situe le droit luxembourgeois par rapport à ces évolutions ? Certaines innovations n'ont rencontré, jusqu'à ce jour, aucun écho au Luxembourg. Il en va ainsi des divers mécanismes de révocation populaire (*Abberufung, recall*). Pour d'autres, l'impact a été réduit. Ainsi, la restriction de l'ancien pouvoir discrétionnaire du Grand-Duc en matière de dissolution n'a donné lieu, ni en 1919 ni plus tard (comme en Belgique), à une réécriture de l'article 74 Const. La restriction est toutefois présente puisque, désormais, l'article 74 doit être lu et combiné avec les articles 1^{er} (démocratie), 32 (souveraineté de la nation) et 51 (démocratie parlementaire). Mais les restrictions qui en découlent doivent être dégagées par voie d'interprétation, de surcroît par voie d'interprétation de normes du type des « principes », ce qui est une source potentielle de controverses comme l'illustre la crise de 2013. Quant à l'autodissolution (un temps évoquée lors de cette crise), la réponse habituelle est double : il n'y a jamais eu d'autodissolution au Luxembourg dans le passé et il ne saurait y en avoir dans l'avenir. Dans son avis du 18 juillet 2013 et déjà auparavant dans son commentaire de la Constitution⁹⁸, le Conseil d'Etat a argué qu'une autodissolution était implicitement interdite par l'article 56 Const. qui définit la durée des mandats parlementaires et ne prévoit pas, du moins pas de façon explicite, une possibilité de dérogation, « fût-ce par une loi ». Si, sur le plan de la dogmatique du droit positif actuel, cette affirmation peut s'appuyer sur certains arguments de poids⁹⁹, l'étude du droit luxembourgeois ancien montre toutefois une image plus complexe. Car, dans le passé, il y a eu un cas d'autodissolution de la Chambre des députés, nonobstant (ou conformément à ?) la Constitution.

a) Démission collective, autodissolution, autodissolution à effet différé

Ce cas unique n'est pas facile à situer. Il est d'ailleurs oublié dans la mémoire collective et ignoré par la doctrine juridique, ancienne ou contemporaine. Ce cas n'est pas lié à l'usage de l'article 114, puisque, comme déjà vu, cette procédure n'établit ni une dissolution ni *a fortiori* une autodissolution, nonobstant un certain rapprochement intuitif dû à une analyse de science politique. N'est pas non plus à qualifier d'autodissolution un autre cas de figure qui est la démission collective de tous les députés. Cette hypothèse ne s'est jamais présentée au Luxembourg, ni, à ma connaissance, dans quelque autre pays, et il est peu probable que cet événement se produise un jour. C'est un cas d'école. Mais le juriste scientifique se doit d'évoquer tous les cas de figure, y compris les cas qualifiés, précisément, « d'école ». Ce mode de cessation n'est pas exclu en droit positif luxembourgeois. Le droit positif luxembourgeois reconnaît à chaque député une liberté entière de démission. Celle-ci entre en vigueur du seul fait de l'expression de la volonté du député, la Chambre des députés se contente d'en « prendre acte »¹⁰⁰. Le droit luxembourgeois n'interdit pas l'exercice collectif de cette liberté individuelle (sauf à penser qu'il s'agirait d'un abus de droit, ce qui resterait à justifier). Serait-ce dès lors une forme, parmi d'autres, d'autodissolution de la Chambre des députés ? La réponse est négative : ce qui pose problème, une fois de plus, n'est pas le préfixe « auto », mais la racine « dissolution ». Selon le sens communément admis de nos jours, une « dissolution » est un mode de cessation de tous les mandats qui implique nécessairement de nouvelles élections¹⁰¹. Or, en cas de démission collective des députés, le

⁹⁸ *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution, op. cit.*, p. 227, à propos de l'article 56 : « Celle-ci [la Chambre des députés] n'a pas le droit de procéder à son autodissolution ». Idée reprise sous l'article 74, *ibid.*, p. 260. Voir aussi, de manière encore plus précise, le § 6 de l'avis du 18 juillet 2013 : « La Chambre des députés elle-même ne dispose pas du droit d'écourter la durée du mandat qui lui a été accordé par les électeurs, fût-ce par une loi » (souligné par moi).

⁹⁹ Il s'agit là d'une interprétation souvent admise dans les doctrines étrangères. Cf. par ex. en Belgique : F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, p. 907, en Allemagne : K. Heinig, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁰ Le principe qu'un député peut démissionner librement et qu'il revient seulement à la Chambre des députés d'en « prendre acte » (et non de l'accepter ou le refuser) est admis dans la pratique politique luxembourgeoise dès le début du XIXe siècle. Voir les débats à propos de la démission du député Ph.-Ch. Würth en 1846 (*Compte-rendu des séances des Etats du Grand-Duché de Luxembourg*, 1846, p. 7-20), la démission d'E. Servais de son mandat de député en 1848 (*Procès-verbaux des séances de la session extraordinaire de 1848, des Etats du Grand-Duché de Luxembourg, réunis en nombre double, pour la révision de la Constitution d'Etats du 12 octobre 1841*, Luxembourg, Buck, 1852, p. 14), la démission du député Ed. Thilges en 1848, sous l'empire de la Constitution de 1848 (*Procès-verbaux des séances de la Chambre des députés. Session de 1848*, Luxembourg, Lamort, 1851, p. 105). Voir, à l'heure actuelle, art. 120 loi électorale du 18 février 2003. A l'inverse, dans d'autres droits, à l'instar du droit français, la démission du député n'est valide qu'à partir du moment où elle est approuvée par l'assemblée parlementaire. Pour un aperçu de droit comparé, cf. F. Delpérée, *op. cit.*, p. 884.

droit luxembourgeois (art. 167 loi électorale de 2003) prévoit non pas de nouvelles élections, mais le remplacement des députés démissionnaires par leurs suppléants (les candidats suivants, en nombre de voix, sur la liste des candidats soumis par leur parti lors des dernières élections législatives). A vrai dire, la démission collective n'est pas même un mode de cessation (collective) des mandats. Il s'agit seulement de l'exercice concomitant par tous les députés de leur droit subjectif de renoncer au mandat. Mais les mandats restent valides : ils passent des titulaires aux remplaçants. Le résultat serait certes un renouvellement intégral du personnel politique parlementaire, mais ce ne serait pas pour autant une autodissolution.

Le véritable cas d'autodissolution en droit luxembourgeois est l'article 217 de la loi du 16 août 1919 concernant la modification de la loi électorale¹⁰². Cet article, complété par un arrêté ministériel, a mis fin de façon anticipée à la totalité des mandats des députés élus le 28 juillet 1918. Des élections générales ont, en effet, eu lieu le 26 octobre 1919. La cessation, en 1919, du mandat des députés élus en 1918 est toutefois très complexe car elle est le résultat de deux causes juridiques : en premier lieu, d'une autodissolution et, en second lieu, d'une « dissolution de plein droit » (donc d'une expiration extraordinaire) pour cause de déclenchement de la procédure de révision de la Constitution (ancien art. 114 Const.). L'autodissolution ayant été décidée en premier, il convient d'évoquer celle-ci en premier.

Ce cas d'autodissolution de la Chambre des députés est unique dans l'histoire luxembourgeoise. Le contexte de cette autodissolution était le suivant : dans le sillage de la révision constitutionnelle du 15 mai 1919 qui avait aboli le suffrage censitaire au profit du suffrage universel, masculin et féminin, de tous les nationaux luxembourgeois âgés de plus de 21 ans¹⁰³, la nouvelle loi électorale du 16 août 1919 a traduit et inscrit ce basculement au niveau de la loi (article 1^{er} de la loi). Se posait dès lors la question de savoir si les députés, qui venaient à peine d'être élus en 1918 selon les anciennes règles du régime censitaire, pouvaient rester en place alors que le régime électoral venait de subir un changement aussi radical. Selon une interprétation classique, la réponse était affirmative puisque la durée ordinaire des mandats était de six ans. En Belgique, à la même époque, le professeur de droit constitutionnel Paul Errera défendait un avis inverse : selon lui, il existait une obligation constitutionnelle implicite de dissolution en cas de profond changement du régime électoral¹⁰⁴. Au sein de la doctrine belge, l'idée a rencontré un accueil mitigé : si Pierre Wigny s'en est fait également le défenseur, les autres membres de la doctrine l'ont rejetée¹⁰⁵. En pratique, toutefois, les grandes réformes du droit électoral belge ont été suivies d'une dissolution décidée par le Roi en vertu de son droit de dissolution discrétionnaire¹⁰⁶. Au Luxembourg, dès le début, le projet gouvernemental de réforme de la loi électorale prévoyait un renouvellement intégral de la Chambre. L'article 217, situé dans la section intitulée « Dispositions transitoires » de la nouvelle loi électorale du 16 août 1919, énonçait ainsi : « *Trois mois au plus tard après l'entrée en vigueur de la présente loi, il sera procédé au renouvellement intégral de la Chambre et il ne sera pas pourvu aux vacances qui pourront se produire avant ce renouvellement. Le renouvellement intégral des conseils communaux aura lieu aux élections du mois d'octobre 1920* »¹⁰⁷.

¹⁰¹ Cf. le troisième critère de la définition donnée *supra* p. 481.

¹⁰² *Mémorial*, n° 54 du 16 août 1919, p. 865, spéc. p. 927.

¹⁰³ Révision du 15 mai 1919 (portant sur l'article 52 Const.), *Mémorial*, n° 33 du 16 mai 1919, p. 531.

¹⁰⁴ P. Errera, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard, 1918, § 110, p. 174 : « Si la loi reconnaît à d'autres citoyens le droit de vote ou si elle exige des garanties nouvelles de sincérité dans le mode de votation, ou enfin si elle établit un système plus parfait de représentation, cette loi disqualifie *ipso facto* les Chambres issues du régime antérieur. Dès qu'un meilleur moyen d'exercer la fonction législative est introduit dans l'Etat, il n'est plus possible de ne pas en user pour les lois à venir ».

¹⁰⁵ P. Wigny, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 613. Pour la critique, cf. F. Delpérée, op. cit., p. 914.

¹⁰⁶ Cf. J. Velu, op. cit., p. 149 ss, sur les dissolutions de 1848 (abaissement du cens), de 1894 (suffrage universel, tempéré par un vote plural), de 1900 (représentation proportionnelle), de 1921 (suffrage universel masculin) et de 1949 (droit de vote des femmes).

¹⁰⁷ Souligné par moi. Cet article 217 était prévu dès le départ, sous le numéro 215, dans l'avant-projet de loi élaboré par le conseiller de gouvernement Nickels. Cf. l'exposé de l'avant-projet par Alphonse Nickels, en particulier de l'art. 215 : *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante de 1918-19*, vol. V, p. 304 ss, spéc. p. 307, p. 399. Dans son avis du 4 février 1919 (*ibid.*, vol. V, p. 310 ss, spéc., p. 320, 399), le Conseil d'Etat admet sans discussion cet article ; il réduit simplement le délai prévu de 4 mois à 3 mois. L'article ne donnera pas lieu à débat dans la Chambre des députés. Voir aussi, après le vote de la loi, le débat à

Déjà auparavant, le pouvoir législatif avait modulé la durée du mandat parlementaire dans le sens d'un court allongement¹⁰⁸. Ici apparaît, pour la première fois, une norme législative opérant un raccourcissement, de surcroît radical, de la durée des mandats. A travers la première phrase de l'article 217, la Chambre des députés a estimé nécessaire un renouvellement, avant terme, des mandats parlementaires selon les nouvelles règles du suffrage universel. Cette loi était-elle conforme à la Constitution, qui, en son article 56, fixait la durée légale des mandats parlementaires ? La révision cruciale du 15 mai 1919 avait certes consacré le nouveau principe du suffrage universel dans l'article 52 Const., mais elle n'avait, de façon expresse, arrêté aucune norme transitoire au sujet des députés en place. Elle n'imposait pas *expressis verbis* un renouvellement anticipé des mandats. Invoquant les intentions démocratiques de l'auteur de la révision, le conseiller de gouvernement Alphonse Nickels, auteur de l'avant-projet de loi, écartait d'un revers de main tout doute quant à la constitutionnalité de cette mesure. Sous l'article 215 de son avant-projet de loi [= futur art. 217 de la loi], il écrivit : « Je n'ai éprouvé aucune hésitation à la rédaction de cette disposition. Car si la Constituante introduit le suffrage universel, c'est qu'elle entend voir créer des corps représentatifs sur la base du nouveau scrutin. Cela me semble péremptoire »¹⁰⁹. De fait, il n'y a pas eu de débat sur ce sujet. Cette norme était donc considérée comme conforme à la Constitution par les acteurs de l'époque.

Or, en abrégant ainsi de façon radicale et à titre exceptionnel (« transitoire ») la durée de leurs mandats, qui était en principe de six ans, les députés ont opéré sans le dire une autodissolution¹¹⁰. A travers l'article 217, ils ont obligé l'exécutif à convoquer, avant terme, des élections générales anticipées, extraordinaires. Ces élections ont eu lieu le 26 octobre 1919, suite à la convocation des électeurs par l'arrêté du ministre d'Etat Emile Reuter du 4 octobre 1919¹¹¹. Il convient de noter que le fondement de ces élections anticipées n'est pas à chercher dans un quelconque usage du droit de dissolution prévu par l'article 74 Const. Le ministre d'Etat Reuter ne pouvait exercer ce droit et, à l'inverse de la pratique belge, la grande-duchesse Charlotte n'a signé aucun arrêté grand-ducal de dissolution en 1919. Le fondement de la cessation volontaire des mandats se situait donc bien dans l'article 217 qui, du reste, était mentionné dans les visas de l'arrêté de convocation des électeurs du ministre d'Etat. C'est l'article 217 qui était la source de cette dissolution « sans nom » qui, de surcroît, était une autodissolution, même si le mot « dissolution » et *a fortiori* celui d'« autodissolution » ne furent employés ni dans l'article 217 ni dans l'arrêté du ministre d'Etat¹¹².

Ce dispositif d'autodissolution présente trois particularités techniques. La première particularité est qu'en vertu de sa qualité de norme transitoire, il s'agissait d'un mécanisme à usage unique. Il visait les députés en place en 1919, et eux seuls. Depuis, l'article 217 a été abrogé. La deuxième particularité réside en ce que le mécanisme s'appuyait sur deux normes. Si l'article 217 avait arrêté le principe de la fin anticipée des mandats et avait fixé une date limite pour l'organisation des élections (« trois mois au plus tard après l'entrée en

la Chambre du 3 octobre 1919 lorsque le ministre d'Etat Reuter propose à la Chambre des députés de fixer les élections, consécutives à l'autodissolution de l'article 217, à la date du 26 octobre 1919. Voir *ibid.*, t. IV, p. 4963 ss.

¹⁰⁸ Cf. la loi du 31 mai 1918 concernant la remise des élections pour le renouvellement partiel de la Chambre, *Mém.*, n° 28, p. 577 (cf. *supra* note 45). Voir aussi par la suite, dans le cadre de la Deuxième Guerre mondiale, l'article 2 de la loi du 29 août 1939 portant extension de la compétence du pouvoir exécutif, *Mém.*, n° 58 et l'arrêté grand-ducal du 7 juillet 1944 ayant pour objet de différer la date des élections législatives, *Mém.*, n° 3, p. 33 (lire les explications *infra* p. 499 ss).

¹⁰⁹ Avant-projet de loi, *sub* art. 215.

¹¹⁰ Le terme « autodissolution », pris au sens strict, suppose que le parlement tout seul, sans l'accord d'un autre organe, puisse décider de sa dissolution. C'est le cas en l'espèce si l'on estime, ce qui paraît justifié eu égard au nouvel article 32 (la proclamation de la souveraineté de la nation), que ni la grande-duchesse ni les ministres ne pouvaient opposer un veto au texte de loi adopté par la Chambre.

¹¹¹ *Mém.*, n° 66 du 4 octobre 1919, p. 1123.

¹¹² Le mot « dissolution » ne tombe qu'à une seule occasion lors des débats parlementaires. A la séance du 3 octobre 1919, lorsque Reuter consulte la Chambre sur la date à retenir pour les élections anticipées, il évoque tout à coup, au cours des discussions, une « dissolution » et même un « arrêté de dissolution » (*Compte-rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante de 1918-19*, vol. IV, p. 4965 : Reuter : « Car ce ne sera que par la publication de l'arrêté de dissolution que la Chambre sera définitivement dissoute »). Ambigu, son propos pourrait laisser croire qu'une dissolution allait intervenir sur le fondement de l'article 74. Or, comme déjà indiqué, rien de tel n'est arrivé.

vigueur de la loi »), il n'avait, en revanche, fixé ni la date exacte des élections, ni celle de la cessation des mandats. La date des élections sera déterminée dans l'arrêté de convocation des électeurs¹¹³. La date de cessation des mandats n'a été précisée nulle part et elle peut, tout au plus, être reconstruite rétrospectivement par l'observateur contemporain. A ce sujet, il est à noter que dans le cas d'une dissolution fondée sur l'article 74, le texte de la Constitution luxembourgeoise n'obligeait pas le Grand-Duc à faire cesser immédiatement les mandats parlementaires. Il en avait le droit, mais il n'y était pas obligé. Il était donc libre de dissocier la date de cessation des mandats de la date d'entrée en vigueur de l'arrêté de dissolution (« dissolution à effet différé »), une pratique récusée en Belgique par la doctrine, mais parfaitement admise aux Pays-Bas¹¹⁴. Cette solution ancienne est d'ailleurs encore valide de nos jours. Remarquons aussi qu'en cas de renouvellement ordinaire de la Chambre, selon le droit luxembourgeois de l'époque, le mandat des députés sortants cessait à la date des élections¹¹⁵. Or quelle était la solution applicable en 1919, lors de l'autodissolution ? Faute d'une règle spéciale, l'article 217 aurait-il repris implicitement la règle ordinaire selon laquelle le mandat parlementaire cessait à la date des élections ? Cela paraît probable. En 1919, les députés n'ont pas cessé tout travail, une fois la nouvelle loi électorale du 16 août entrée en vigueur. L'autodissolution était donc à *effet différé*, ce qui constitue la troisième particularité technique de cette dissolution.

b) Un autre cas de cumul de deux régimes de cessation

Pour conclure, il faut encore mentionner qu'à cette autodissolution s'est ajoutée, en vertu de l'ancien article 114 Const., une « dissolution de plein droit ». Il s'agit, là encore, d'un exemple de cumul de deux régimes de cessation. En effet, après que la Chambre avait opéré la réforme des quatre articles de la Constitution déclarés révisibles (articles 32, 37, 52 et 75) et qu'elle avait voté la nouvelle loi électorale du 16 août 1919, elle a adopté une déclaration de révision qui portait sur l'article 114 Const. Pour mesurer l'incidence juridique de cet acte sur la cessation des mandats des députés, il faut insister sur les dates : la déclaration de révision a été adoptée le 26 septembre 1919 par la Chambre et signée formellement le 19 octobre 1919 par la grande-duchesse Charlotte et les ministres¹¹⁶. La déclaration de révision n'était donc valide qu'à la date du 19 octobre et c'est à cette même date qu'elle opérait ses effets incidents à l'égard de la Chambre (celle-ci était, à cette date, « dissoute de plein droit », les mandats expiraient de façon extraordinaire). Or, à la date du 19 octobre, la convocation anticipée des électeurs avait déjà été décidée par le ministre d'Etat au vu de l'article 217 de la loi électorale de 1919. Son arrêté date du 4 octobre. Autrement dit, la fin de cette Chambre est bien due, en premier lieu, à une autodissolution (art. 217 et arrêté du ministre d'Etat). Les effets de la « dissolution de plein droit » en vertu de l'ancien article 114 Const. se sont ajoutés par la suite¹¹⁷.

4° L'énigmatique cessation de l'Assemblée des états spéciale de 1848 : un cas rare d'expiration d'un mandat parlementaire à terme imprécis

Un autre cas problématique intéressant concerne la fin de l'Assemblée des états, appelée aussi parfois « Assemblée nationale »¹¹⁸, qui, suite à une décision grand-ducale de

¹¹³ Avant de prendre cet arrêté, Reuter avait consulté, le 3 octobre, les députés sur la date idéale.

¹¹⁴ Sur les Pays-Bas, cf. J. Velu, *op. cit.*, p. 203 ; Ph. Lauvaux, *op. cit.*, p. 311 ss. Dans certains pays, l'effet différé de la dissolution est même imposé par le droit (Danemark, Autriche, etc.). Voir J. Velu, *op. cit.*, p. 201, p. 203 ; Ph. Lauvaux, *op. cit.*, p. 312 s et *supra* note 32.

¹¹⁵ Cf. art. 185 combiné avec l'art. 80 al. 1er loi électorale du 13 juillet 1913 (*Mém.*, n° 47), règle reprise dans l'art. 197 de la loi électorale du 16 août 1919 (*Mém.*, n° 54). Cf. *supra* note 80. Cette règle s'applique encore de nos jours.

¹¹⁶ *Mém.*, 1919, n° 71.

¹¹⁷ Le recours à l'article 114 a eu pour effet d'avancer la date de cessation des mandats et de conférer à la nouvelle Chambre le pouvoir de révision. En revanche, le nombre de mandats parlementaires visés n'a pas augmenté car l'autodissolution (art. 217) visait déjà l'intégralité des mandats.

¹¹⁸ Voir par ex. *Procès-verbaux des séances de la session extraordinaire de 1848, des Etats du Grand-Duché de Luxembourg, réunis en nombre double, pour la révision de la Constitution d'Etats du 12 octobre 1841* [en abrégé. : *Procès-verbaux 1848*], Luxembourg, Buck, 1852, p. 5, 7, 21. Cette qualification apparaît aussi dans

dissolution¹¹⁹, avait été élue le 19 avril 1848 en nombre double conformément à l'article 52, dernier alinéa, de la Constitution de 1841. Le mandat de ces députés avait pris fin après quelques mois seulement, vers la fin de l'été 1848, sans que les actes publiés au *Mémorial* n'explicitent la date ainsi que la raison juridique de la cessation. Fut-ce une *dissolution implicite* de la part du monarque (aucun acte explicite de dissolution n'a été pris) ? Fut-ce une *autodissolution* à l'instar de l'autodissolution de 1919 ou de certains précédents en France¹²⁰ ? Ou cette durée si courte était-elle la *durée normale* des mandats des députés de cette assemblée, auquel cas il s'agissait d'un cas d'expiration pour échéance du terme ?

a) Une dissolution grand-ducale peut-elle être non écrite ou implicite ?

Essayons d'abord de cerner le (ou les) rôle(s) de cette Assemblée des états. Cette Assemblée avait assurément pour fonction de réviser la Constitution de 1841 (art. 52 Const. 1841) ; en cela, elle était un organe constituant. Ensemble avec le Grand-Duc, elle a adopté la Constitution du 9 juillet 1848. Avait-elle, aussi, un rôle législatif ? Le texte de la Constitution de 1841 (art. 52 dernier alinéa) ne le précisait pas. La pratique était ambiguë. Certains indices suggèrent que, dans l'esprit des acteurs de l'époque, cette Assemblée des états spéciale ne devait s'occuper, pendant une courte période, que de la révision de la Constitution et non des affaires courantes (budget annuel, lois ordinaires, etc.). *Ab initio*, cette Assemblée des états fut considérée par le Grand-Duc comme étant investie d'une « mission spéciale »¹²¹. La session de l'assemblée était qualifiée tout au long de son existence de « session extraordinaire »¹²² (elle n'a jamais connu de session « ordinaire »). Dès le départ, suivant les suggestions de son gouvernement, Guillaume II opérait une distinction entre la question de la convocation des états en « session annuelle ordinaire » pour l'année 1848, afin notamment de faire voter le budget de 1849, et la convocation de cette Assemblée des états extraordinaire. Dans l'arrêté royal grand-ducal du 29 mars 1848 « décrétant la dissolution des états actuels et la convocation de nouveaux états en nombre double pour la révision de la Constitution » – acte crucial car c'est dans cet acte que les premiers linéaments de l'identité de cette assemblée sont fixés –, Guillaume II énonçait dans l'article 3 : « Il sera statué ultérieurement, et suivant les dispositions nouvelles à intervenir [donc selon les dispositions de la nouvelle Constitution], sur la session ordinaire annuelle pour 1848 de la représentation du pays »¹²³. Cela signifiait que l'Assemblée des états spéciale élue le 19 avril 1848 devait se focaliser limitativement sur la révision et fixer, en plus, le régime électoral de la nouvelle représentation du pays. Ce faisant, elle devait agir vite afin qu'un parlement ordinaire puisse encore être convoqué en automne de l'année 1848.

Les membres de cette Assemblée des états ont, à leur tour, été amenés à discuter de leur propre rôle. Lorsque, la session extraordinaire à peine ouverte, le gouvernement a demandé à l'Assemblée des états de légiférer sur les modalités de désignation des députés luxembourgeois à envoyer à l'Assemblée constituante allemande réunie à Francfort, de très nombreux députés s'y opposèrent en souhaitant voir cette question renvoyée au futur législateur ordinaire¹²⁴. Si, pour certains, les motifs de cette demande d'ajournement étaient

certain documents internes au gouvernement (cf. dossier F008 aux Archives nationales), dans des proclamations (cf. notamment la proclamation du gouvernement du 3 avril 1848, dossier F007 Archives nationales et *Mém.*, n° 28, p. 225), dans des actes normatifs (cf. art. 1er de l'arrêté royal grand-ducal du 31 mars 1848, *Mém.*, n° 40, p. 314) et dans certains organes de la presse de l'époque. Le caractère « national » de cette assemblée est toutefois sujet à caution eu égard aux modalités très restrictives de son élection. Cf. A. Calmes, *La révolution de 1848 au Luxembourg*, 2e éd., Luxembourg, Saint-Paul, 1982, chap. VIII et X, spéc. p. 133.

¹¹⁹ Cf. *infra*, p. 507 s.

¹²⁰ Cf. *supra* note 95.

¹²¹ Arrêté royal grand-ducal du 29 mars 1848 décrétant la dissolution des Etats actuels et la convocation de nouveaux Etats en nombre double pour la révision de la Constitution, *Mémorial*, n° 27, p. 221. Voir aussi en amont la lettre du conseil de gouvernement à Guillaume II du 27 mars 1848 (Archives nationales, dossier F007) qui trace les grandes lignes de cet arrêté et en justifie les choix fondamentaux (cf. l'extrait de la lettre cité *infra* p. 507).

¹²² Voir arrêté royal grand-ducal du 20 mars 1848 ordonnant la révision de la Constitution d'Etats, *Mém.*, n° 23, p. 206 et aussi *Mém.*, 1848, n° 26, p. 217 ; *Mém.*, 1848, n° 27, p. 222 (art. 3) ; *Mém.*, 1848, n° 68, p. 553 et p. 554.

¹²³ *Mém.*, 1848, n° 27, p. 222.

davantage tactiques – il s’agissait de gagner du temps sur un sujet politique sensible¹²⁵ –, d’autres développaient un argumentaire constitutionnel, selon lequel l’Assemblée des états élue en nombre double était incompétente. Ils estimaient être « investis uniquement du droit de faire la Constitution »¹²⁶. Ce à quoi d’autres députés répliquèrent, non sans raison, que la définition du régime électoral des représentants luxembourgeois à l’Assemblée de Francfort – assemblée constituante! – avait une dimension constituante. Au final, l’Assemblée s’est penchée en partie sur la question, mais a laissé surtout le gouvernement agir (c’est lui qui a arrêté, par voie de règlement, le régime électoral). Par la suite, l’Assemblée a également voté trois lois ordinaires. Si la loi électorale pour la Chambre des députés du 23 juillet 1848¹²⁷ pouvait encore se rattacher à sa mission de faire la Constitution (pour qu’une Chambre des députés puisse être élue conformément aux exigences de la nouvelle Constitution, il fallait adapter le droit électoral), en revanche l’Assemblée a glissé insensiblement hors du périmètre de sa mission constituante, même comprise au sens large (matériel), en approuvant « à titre transitoire » la loi sur les élections communales du 23 juillet 1848¹²⁸ et, surtout, en approuvant la loi du 15 juillet 1848 autorisant les toitures en chaume¹²⁹. La question de savoir si l’Assemblée était compétente pour donner son accord à ces trois lois à titre exceptionnel, annexe, ou si, de manière générale, l’Assemblée avait une double fonction, constituante et législative, n’a point été soulevée ni discutée. Pourtant, en pratique, dans ces trois cas, l’Assemblée a agi comme législateur (nul n’a argué que ces trois lois avaient valeur constitutionnelle), comme un législateur soumis aux exigences de fond de la nouvelle Constitution de 1848.

Au vu de ces éléments, comment peut-on, rétrospectivement, essayer d’expliquer la cessation de cette Assemblée? Peut être écartée l’idée d’une éventuelle autodissolution: à l’inverse de ce qui arrivera en 1919, il n’y a aucune disposition en ce sens, ni dans la (nouvelle) Constitution, ni dans la loi électorale du 23 juillet 1848 pour la Chambre des députés. Une autre hypothèse qui doit être creusée davantage est celle d’une dissolution par le Grand-Duc. A supposer que cette Assemblée avait une double fonction, constituante et législative, et que le terme de son mandat était défini en fonction de sa mission *législative* – ce qui sera la pratique constante par la suite, sous le régime de l’ancien article 114 de la Constitution de 1868¹³⁰ –, il s’ensuivrait logiquement que les mandats des députés élus en nombre double le 19 avril 1848 auraient dû courir, pour une moitié jusqu’en 1851, et pour l’autre moitié jusqu’en 1854 (la durée du mandat de député étant de six ans, avec renouvellement par moitié, tant sous la Constitution de 1841 que sous celle de 1848). Comme le mandat de tous les députés élus en 1848 a pris fin plus tôt, après quelques mois seulement, la seule explication plausible dans le cadre des présuppositions indiquées – celles-ci sont-elles exactes? – est celle de l’intervention d’une dissolution grand-ducale. Or cette dernière hypothèse paraît peu crédible.

Un premier point en défaveur de l’hypothèse d’une dissolution est l’absence de tout acte formel évoquant de façon explicite une « dissolution ». Si une dissolution avait eu lieu en 1848, il faudrait supposer que la décision de dissolution a été (et a pu être) soit non écrite, au sens d’orale (absence de tout écrit), soit implicite (implicite à un autre écrit, en lien avec la dissolution, à l’instar de l’acte de convocation des électeurs). Ceci soulève une question générale intéressante, rarement discutée en science juridique, qui est de savoir si le droit

¹²⁴ *Procès-verbaux* 1848, p. 6, 9, 11 ss, 141 ss, 150 ss (rapport de Th. Wurth).

¹²⁵ Cf. V. Molitor, *Histoire de l’idéologie politique dans le Grand-Duché de Luxembourg de 1841 à 1867*, Luxembourg, Worré-Mertens, 1939, p. 77 ss.

¹²⁶ Opinion citée dans le rapport de Th. Wurth, *Procès-verbaux* 1848, p. 151.

¹²⁷ *Mém.*, 1848, n° 64; *Procès-verbaux* 1848, p. 23, 59, 78-98, 119, 227 ss, 304 ss, 352 ss, 396 ss.

¹²⁸ *Mém.*, 1848, n° 66; *Procès-verbaux* 1848, p. 54, 78, 98-113, 117, 119, 332 ss, 337 ss, 411 ss.

¹²⁹ *Mém.*, 1848, n° 55; *Procès-verbaux* 1848, p. 56, 69, 75, 76, 116, 328.

¹³⁰ Selon l’interprétation constante de l’ancien article 114, le terme du mandat d’une Chambre des députés investie également du pouvoir de révision était toujours le terme « habituel », c’est-à-dire 6, respectivement 5 ans. Le mandat d’une Chambre qui, dès le début, avait achevé sa mission de révision de la Constitution, ne venait pas à expirer aussitôt; il continuait jusqu’au terme normal de 6 (ou 5) ans, sauf à être interrompu prématurément par une dissolution. La même lecture a également prévalu en droit belge (cf. O. Orban, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. 2, 1908, p. 714).

positif exige, à peine de nullité, l'existence d'un écrit formel intitulé « dissolution » pour qu'une décision de dissolution soit valide. L'un des rares auteurs à avoir soulevé, en droit belge, la question est Jacques Velu. Etant donné que l'article de la Constitution belge relatif à la dissolution (art. 71 dans la version originale, art. 46 al. 5 de nos jours) évoque un « acte de dissolution » qui doit contenir certaines précisions (« L'acte de dissolution contient convocation des électeurs dans les quarante jours, et des Chambres dans les deux mois »), Velu en déduit que « l'acte de dissolution doit obligatoirement revêtir la forme écrite d'un arrêté royal (...) »¹³¹. Il précise toutefois que, en soi, une dissolution décidée par voie uniquement orale (par un discours) est imaginable et peut être admise dans un droit positif étranger ; il se réfère à ce sujet au droit britannique qui, dans le passé, n'exigeait pas un support écrit¹³².

Qu'en est-il du droit luxembourgeois en 1848 ? Pour répondre à cette interrogation, il convient d'abord de déterminer quelle Constitution était applicable à la cessation de cette Assemblée des états : l'ancienne ou la nouvelle ? La Constitution luxembourgeoise de 1848 reprenait la formulation belge et donc la mention d'un « acte de dissolution contenant convocation des électeurs... » (art. 76 Const. 1848). A l'inverse, la Constitution de 1841 (art. 18 al. 3), comme d'ailleurs plus tard les textes constitutionnels de 1856 (art. 74) et de 1868 (art. 74), ne mentionnait point l'existence d'un instrument écrit. Selon la Constitution luxembourgeoise de 1848, il fallait donc un « acte de dissolution ». Or qu'est-ce qu'un acte de dissolution : un acte qui dissout et pour ce faire se sert du verbe « dissoudre » ou un acte qui dissout, mais sans le dire explicitement ? Un acte du premier type était indéniablement absent en 1848 ; en revanche, l'on pourrait arguer que l'acte de clôture de la session de cette Assemblée (acte présent) ou l'acte convoquant de façon anticipée les électeurs (acte également présent) comportait une décision *implicite* de dissolution. La dissolution en serait le fondement, non explicite. Toutes ces constructions intellectuelles sont pensables, en soi. Ont-elles, effectivement, été présentes dans l'esprit des acteurs de l'époque ? Sur ce point, le doute est permis.

b) Une assemblée constituante dotée d'un mandat à terme imprécis

Il n'est pas certain qu'aux yeux des acteurs de 1848, l'Assemblée des états élue en nombre double ait eu, pleinement, un double rôle. Certains indices, de poids, l'infirmen. Certes, cette Assemblée a adopté trois lois, mais de la lecture des débats il ressort l'impression générale que ces interventions législatives furent autant de digressions, parfois inconscientes¹³³, par rapport à la mission sinon exclusive, du moins principale, qui était de rédiger une nouvelle Constitution. L'Assemblée n'a d'ailleurs pas discuté d'autres projets de loi¹³⁴. Or, si l'on admet que le rôle de l'Assemblée des états était sinon exclusivement, du moins principalement constituant, et que le mandat de ses membres était toujours limité par un terme, il s'ensuit que ce terme était déterminé en fonction non pas du rôle législatif (rôle

¹³¹ J. Velu, *op. cit.*, p. 108. L'avis du Conseil d'Etat du 18 juillet 2013 semble souscrire implicitement à cette vue, en ce qui concerne le droit constitutionnel luxembourgeois actuel, en énonçant : « Lorsque le chef d'Etat est appelé à dissoudre la Chambre des députés en application de l'article 74, alinéa 1er de la Constitution, sa décision prend la forme d'un arrêté grand-ducal » (§ 31).

¹³² Encore à la fin du XIXe siècle, la reine avait officiellement le droit de dissoudre la Chambre des communes de façon orale, par un simple discours, en se déplaçant en personne au parlement. Cf. O. Hood Phillips, Paul Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 7th edn., 1987, p. 139, 152. En pratique, depuis 1818, plus aucun monarque n'a fait usage de ce droit. Sur le dernier cas de 1818, cf. J. Velu, *op. cit.*, p. 250.

¹³³ Est symptomatique le cas de la loi autorisant les toitures en chaume. Cette autorisation, i.e. l'abrogation de la loi du 10 juillet 1845 portant défense de couvrir des toitures en chaume et autres matières combustibles, était initialement insérée dans le texte constitutionnel, avant d'être transvasée à la dernière minute dans un projet de loi.

¹³⁴ A noter : les deux lois, sur l'organisation judiciaire et sur l'enseignement supérieur et moyen, publiées au Mémorial à cette époque (*Mémorial*, 1848, n° 53 et n° 57) n'ont pas été discutées ni approuvées par l'Assemblée des états élue le 19 avril 1848, mais par l'Assemblée précédente. Pour la loi sur l'enseignement, cf. *Compte-rendu des séances des Etats du Grand-Duché de Luxembourg. Session de 1846*, Luxembourg, Lamort, 1846, p. 371. Pour la loi sur la justice, cf. *Compte-rendu des séances des Etats du Grand-Duché de Luxembourg. Session de 1847*, Luxembourg, Lamort, 1847, p. 365. La sanction par le Grand-Duc et la publication sont intervenues très tardivement, retard qui a du reste suscité des questions et critiques de la part des députés à l'égard du gouvernement.

inexistant ou, à tout le moins, annexe, limité), mais du rôle constituant (rôle exclusif ou, du moins, principal). Quel était alors le terme ?

Si on laisse de côté le rôle législatif de cette Assemblée, il n'y a plus de terme *précis* car le droit luxembourgeois applicable en 1848 n'en prévoyait pas pour une assemblée constituante. Le seul terme qui puisse être imaginé est un terme *imprécis* : l'achèvement de la mission, de la mission de pouvoir de révision. Il est vrai que, lorsque le 3 août 1848 le président du gouvernement de la Fontaine a clos la session (extraordinaire) de l'Assemblée des états élus en nombre double, il l'a fait en se référant à la « décision prise par l'Assemblée extraordinaire des états dans sa séance finale du 28 juillet [1848] »¹³⁵. Lors de cette séance (l'ultime séance), l'Assemblée a acté le fait que sa mission était achevée¹³⁶. Dès lors, rétrospectivement, la clôture de la session le 3 août prend un double sens : ce n'était pas seulement la clôture d'une session (signification explicite), mais aussi, plus fondamentalement, la constatation (implicite) de l'expiration du mandat spécial, à durée spéciale, de cette Assemblée spéciale. Son mandat était épuisé. Dès lors, il ne restait plus à l'exécutif qu'à en tirer les conséquences, en convoquant les électeurs pour la désignation de la nouvelle Chambre des députés prévue par la Constitution de 1848¹³⁷.

Selon cette lecture, qui paraît la plus crédible au regard des éléments de preuve disponibles, la cessation de la totalité des mandats des membres de l'Assemblée des états élue en nombre double le 19 avril 1848 n'était pas l'effet d'une quelconque décision de dissolution (dissolution implicite par le Grand-Duc ou autodissolution). Elle était due à l'expiration des mandats après échéance d'un terme à la fois imprécis (l'achèvement de sa mission de constituant) et rapproché (l'assemblée spéciale devait faire vite afin qu'un parlement ordinaire puisse encore être élu en automne 1848, afin de voter le budget de 1849¹³⁸).

5° L'énigme de 1945 : un mandat sans terme, une dissolution grand-ducale implicite et une expiration extraordinaire (art. 114 Const.)

Un dernier cas complexe (véritable nœud gordien !) à évoquer est la cessation en 1945 des mandats de la totalité des députés, dont une moitié avaient été élus le 3 juin 1934 et l'autre le 6 juin 1937. Normalement, en vertu de la loi électorale du 31 juillet 1924 (articles 92 et 105), les mandats des députés de la première série auraient dû venir à échéance le 2 juin 1940. L'ordre de convocation pour cette élection avait d'ailleurs été publié au Mémorial le 27 avril 1940¹³⁹, en pleine « drôle de guerre », mais l'invasion du territoire luxembourgeois par les troupes d'Hitler le 10 mai 1940 a mis fin abruptement au processus électoral. Le maniement juridique de cette situation par les autorités luxembourgeoises a été quelque peu chaotique, ce qui n'est guère surprenant eu égard au contexte dramatique de l'époque. Avant le début de la Deuxième Guerre mondiale, la Chambre des députés avait toutefois pris des précautions et prévu un régime d'exception, afin de parer à la menace d'une déflagration militaire jugée imminente. Parmi diverses mesures extraordinaires, la loi du 29 août 1939 portant extension de la compétence du pouvoir exécutif¹⁴⁰ avait prévu entre autres, dans son article 2, que :

¹³⁵ Arrêté de clôture de la session (« extraordinaire ») des états réunis en nombre double signé le 3 août 1848 par le président du gouvernement de La Fontaine, habilité à cet effet par le Grand-Duc : *Mémorial*, 1848, n° 68, p. 554.

¹³⁶ Voir son vote du 28 juillet 1848 relatif à la « déclaration de clôture », cf. *Procès-verbaux* 1848, p. 121.

¹³⁷ Voir l'arrêté royal grand-ducal de convocation des électeurs du 16 septembre 1848, *Mémorial*, n° 81.

¹³⁸ Cf. les exigences quant à la tenue de la « session ordinaire » de la Chambre des députés au mois d'octobre de chaque année : art. 73 Const. 1848.

¹³⁹ Cf. l'arrêté du ministre d'Etat du 25 avril 1940 portant convocation des collèges électoraux de la 1re et 2e circonscription, *Mém.*, 1940, n° 27, du 27 avril 1940, p. 306. Les préparatifs étaient en pleine marche lorsqu'intervint l'invasion du Luxembourg. Cf. l'annonce officielle de la ville de Luxembourg parue dans la presse (*Luxemburger Wort*, 1.5.1940, p. 5) informant le public que les listes électorales étaient consultables du 1er au 10 mai.

¹⁴⁰ *Mém.*, 1939, n° 58. Cette loi élargit les pouvoirs exceptionnels déjà accordés par la loi du 28 septembre 1938 portant extension de la compétence du pouvoir exécutif (*Mém.*, p. 1099) et les prolonge dans le temps pour une durée indéterminée. A son sujet, E. Haag et E. Krier, *La Grande-Duchesse et son gouvernement pendant la*

« Dans le cas d'une guerre européenne et si la réunion des collèges électoraux se heurtait à des obstacles invincibles ou qu'elle fût de nature à provoquer des inconvénients graves, le gouvernement est autorisé à différer les dates des élections politiques et sociales, et notamment celles des élections législatives, communales et professionnelles.

Au cas où le gouvernement fera usage de la faculté lui accordée par les dispositions du présent article, les mandats venus à expiration seront prorogés jusqu'à de nouvelles élections qui auront lieu dès que les circonstances ayant motivé la prorogation auront cessé ».

Nonobstant la faculté accordée par cet article, le gouvernement luxembourgeois dirigé par Pierre Dupong n'avait pas renoncé à l'organisation des élections régulières de 1940. Comme indiqué, l'ordre de convocation fut promulgué. Mais les élections projetées du 2 juin 1940 n'ont jamais eu lieu. Le pays a été envahi le 10 mai. La Chambre des députés a encore tenu une séance formelle le 16 mai, puis a été éclipsée progressivement par l'occupant nazi¹⁴¹. Le 19 août 1940, l'administration civile d'occupation (la *Zivilverwaltung*) a envoyé une lettre à Emile Reuter, président de la Chambre, et à Albert Wehrer, chef de la commission administrative, leur indiquant que, désormais, la Chambre des députés n'était plus autorisée à se réunir sans l'accord préalable, sur un ordre du jour déterminé, du chef de la *Zivilverwaltung*, le *Gauleiter* Gustav Simon¹⁴². Quatre jours après, le 23 août 1940, ce dernier a interdit tous les partis politiques luxembourgeois, tout en maintenant la mouvance pronazie¹⁴³. Le 22 octobre 1940, le *Gauleiter* a décidé par voie d'ordonnance la « dissolution » (en vérité : l'abolition) de la Chambre des députés et du Conseil d'Etat. A partir de ce moment, deux systèmes juridiques ont été en concurrence et ont prétendu régir la situation : d'une part, le système juridique nazi imposé de force au Luxembourg par l'occupant (cf. la « dissolution » de la Chambre par le *Gauleiter*), et, d'autre part, le système juridique luxembourgeois maintenu et entretenu de l'extérieur par le gouvernement luxembourgeois en exil. Au moment de la Libération en 1944, le gouvernement luxembourgeois a agi comme si, en droit, les mandats des députés élus en 1934/37 étaient toujours valides. La soi-disant « dissolution » de la Chambre par le *Gauleiter* a été considérée implicitement, en vertu des règles fixées par le gouvernement en exil¹⁴⁴, comme un acte nul et non avenue. Quant à la règle du droit luxembourgeois relative à l'expiration des mandats pour échéance du terme de six ans, elle a été considérée comme n'ayant joué ni en 1940 (à l'égard des députés élus en 1934), ni en 1943 (à l'égard de ceux élus en 1937). Or, en vertu de quelle règle de droit (positive ou supra-positive, écrite ou non écrite), l'expiration ordinaire des mandats a-t-elle été empêchée ? S'agit-il de l'une des multiples irrégularités juridiques qui ont eu lieu à cette époque ?¹⁴⁵ Qu'est-il arrivé, en droit luxembourgeois, aux mandats de ces députés ?

La loi du 29 août 1939 avait prévu une règle de droit positif pour ce type de situation : le gouvernement pouvait, avant les élections, prolonger les mandats en repoussant les élections. Or, jusqu'à l'invasion du 10 mai, le gouvernement n'a pris aucun acte formel afin de différer les élections imminentes du 2 juin. Après le 10 mai, surtout après le 2 juin (date à laquelle, d'ordinaire, les mandats de la première série de députés expiraient), il n'a pas non

Deuxième Guerre mondiale. 1940 L'année du dilemme, Luxembourg, RTL Editions, 1987, p. 38, écrivent : « Ces pouvoirs exceptionnels constituaient un renforcement extraordinaire du pouvoir exécutif, susceptible d'aboutir à un Etat autoritaire. Mais le sens de la démocratie des dirigeants politiques allait faire éviter ce piège ».

¹⁴¹ Ce moment historique n'a pas encore été étudié. Pour un bref aperçu, cf. N. Als, R.L. Philippart, *La Chambre des députés. Histoire et lieux de travail*, Luxembourg, Chambre des députés, 1994, p. 273 s.

¹⁴² Dossier ET-225 aux Archives nationales.

¹⁴³ Voir : *Verordnung vom 23. August 1940 über die Auflösung der politischen Parteien in Luxemburg*, publiée dans *Verordnungsblatt für Luxemburg (herausgegeben vom Chef der Zivilverwaltung in Luxemburg)*, 1940, n° 1, 1er septembre 1940, p. 3.

¹⁴⁴ Cf. l'arrêté grand-ducal du 22 avril 1941 déterminant l'effet des mesures prises par l'occupant, republié au *Mémorial*, 1944, n° 3, p. 21, qui proclame la nullité des actes de l'occupant pris au mépris des règles du droit international et du droit constitutionnel luxembourgeois, et l'article 1er al. 2 de l'arrêté grand-ducal du 13 juillet 1944 modifiant l'arrêté grand-ducal du 22 avril 1941 déterminant l'effet des mesures prises par l'ennemi, republié au *Mémorial*, 1944, n° 3, p. 29.

¹⁴⁵ Voir la liste des actions contraires à la Constitution établie par P. Pescatore, « Les actes en apparence non constitutionnels des pouvoirs publics », *Academia*, 1948 et 1949.

plus eu recours à l'article 2 de la loi de 1939. D'autres soucis étaient prioritaires, ce que l'on comprend aisément. Juste après la Libération, par un arrêté grand-ducal du 7 juillet 1944, l'exécutif a formellement invoqué l'article 2 de la loi de 1939 afin de différer les élections¹⁴⁶. Il s'est contenté de repousser les élections, sans indiquer la date des prochaines élections. Par la suite, la Chambre des députés sera ajournée, concurrencée par l'Assemblée consultative (composée des divers groupes de résistants), puis convoquée, sans exercer toutefois un pouvoir normatif sauf l'adoption d'une déclaration de révision¹⁴⁷. Puis, les mandats des députés ont pris fin. Des élections générales ont été organisées le 21 octobre 1945. La nature et le fondement de la cessation de la totalité des mandats sont peu clairs. L'arrêté grand-ducal du 24 septembre 1945 portant convocation des collèges électoraux de toutes les circonscriptions¹⁴⁸ a fixé la date des nouvelles élections (le 21 octobre 1945), mais ne s'est pas prononcé sur la nature juridique de la cessation qui concernait d'ailleurs la totalité des mandats parlementaires et non seulement une moitié. L'arrêté grand-ducal ne parle ni de « dissolution », ni de « dissolution de plein droit ». Les visas figurant dans l'arrêté ne sont pas non plus éloquentes. Ne sont cités ni l'article 114 de la Constitution, ni l'article 74 (« Le Grand-Duc peut dissoudre la Chambre »). S'agissait-il alors d'un cas d'expiration ? Mais, dans ce cas, quel aurait été le terme, celui-ci n'étant plus le terme ordinaire de six ans ? En même temps, ces députés avaient adopté le 14 septembre 1945 une déclaration de révision qui fut également approuvée formellement par la grande-duchesse Charlotte et les ministres le 27 septembre 1945. La cessation de la totalité des mandats des députés était-elle due à l'utilisation de l'article 114 Const. ?

Pour démêler ce nœud, il faut distinguer deux questions : Selon quelles modalités juridiques, les mandats des députés élus en 1934/37 ont-ils été prolongés ? (a) En vertu de quelle règle, ces mandats prolongés ont-ils pris fin ? (b)

a) La loi de 1939 : la transformation des mandats parlementaires à terme en mandats dépourvus de terme

Pour ce qui est de la première question, il importe d'examiner la nature de la prolongation des mandats parlementaires qu'autorisait l'article 2, alinéa 2, de la loi du 29 août 1939. *In abstracto*, une prolongation, ou prorogation, de mandats parlementaires à durée déterminée (avec un terme précis) peut prendre trois formes. Solution n° 1, la plus simple et ordinaire : on remplace la date initiale des élections par une nouvelle date précise qui lui est postérieure. Au terme *précis* initial est substitué un autre terme *précis*.¹⁴⁹ Solution n° 2, déjà plus originale et peu fréquente : le terme *précis* est remplacé par un terme *imprécis*. Celui-ci est censé survenir à une date postérieure non précisée puisque, par définition, cette date ne peut être déterminée d'avance. Solution n° 3, autrement plus originale, voire iconoclaste : on supprime tout terme. Les mandats parlementaires à durée déterminée sont transformés en mandats parlementaires à durée indéterminée, *sans terme*. Les mandats sont prolongés *ad vitam aeternam*, sauf à être interrompus collectivement pour une cause autre que la règle du terme (exemple : une dissolution)¹⁵⁰.

A quelle solution, parmi les trois, se rattache l'article 2 de la loi du 29 août 1939 ? La réponse n'est pas d'une parfaite clarté, ce texte étant en partie vague. Sa formulation n'utilise pas le langage technique de la typologie juridique décrite à l'instant. Son sens n'a pas non

¹⁴⁶ Cf. art. 1er et 2 de l'arrêté grand-ducal du 7 juillet 1944 ayant pour objet de différer la date des élections législatives, republié dans *Mémorial*, 1944, n° 3, p. 33 s. Art. 1er : « Les élections législatives sont différées à une date ultérieure à fixer par arrêté grand-ducal ». Art. 2 : « Les mandats des membres de la Chambre des députés sont prorogés jusqu'à la date prévue par l'article premier ».

¹⁴⁷ Cf. les divers arrêtés grand-ducaux en rapport à la Chambre : *Mém.*, 1944, n° 3, 9, 12, 17 ; 1945, n° 8, 9, 12, 45. Pour la déclaration de révision, cf. *Mém.*, 1945, n° 57.

¹⁴⁸ *Mém.*, 1945, n° 52. On peut y ajouter encore l'arrêté grand-ducal (datant déjà du 22 septembre 1945) ayant pour objet la fixation des délais pour la présentation des listes de candidats, *Mém.*, 1945, n° 52.

¹⁴⁹ C'est la solution retenue en droit britannique lors des deux guerres mondiales. Cf. R. Blackburn, *The Meeting of Parliament*, p. 31 ss.

¹⁵⁰ Pour un exemple assez proche, cf. le régime juridique du Conseil d'Etat luxembourgeois de 1856 jusqu'en 1972, lorsque, en l'absence de tout terme, le mandat de ses membres était à durée illimitée.

plus été clarifié, ni lors des débats parlementaires, ni dans l'avis du Conseil d'Etat de l'époque¹⁵¹, ni dans l'arrêté grand-ducal de 1944. Ce dernier s'est appuyé sur cette loi sans en définir le sens, sans dire si cette loi s'inscrivait dans la logique n° 2 ou n° 3. Un point est, en effet, certain : la logique n° 1 peut être écartée d'office puisque ni la loi de 1939 ni l'arrêté de 1944 n'ont prévu une date précise de substitution. La loi de 1939 appliquait-elle la solution n° 2 ? C'eût été le cas si la loi avait prévu que le mandat de tous les députés élus en 1934/1937 expirait automatiquement au moment du « rétablissement d'une situation à peu près normale permettant l'organisation d'élections ». Si cette dernière formule, qui est présente dans l'article 2 (cf. « ...dès que les circonstances ayant motivé la prorogation auront cessé... »), avait valeur de *terme imprécis*, la loi de 1939 – mobilisée au plus tard en 1944 par l'exécutif – aurait transformé le mandat à terme précis des députés élus en 1934/37 en un mandat à terme imprécis. Or, il semble que ce ne soit pas le cas. Il est en effet à noter que l'article 2, alinéa 2, a utilisé le verbe « expirer » en début de phrase, pour évoquer le régime ordinaire, mais ne s'en est plus servi lorsqu'il a fallu définir le nouveau mode de cessation des mandats parlementaires après prorogation. En outre, l'article ne disait pas que les mandats venus à expiration étaient prorogés jusqu'au rétablissement de la paix, de conditions normales permettant à nouveau l'organisation d'élections. Il énonçait que « les mandats venus à expiration [étaient] prorogés *jusqu'à de nouvelles élections* ». C'est l'élection – élection dont la date était décidée par l'exécutif – qui mettait fin aux mandats. Il s'agissait donc bien d'un acte de volonté – autrement dit une dissolution – qui, dans le régime établi par la loi de 1939, était censé provoquer la cessation des mandats. Si l'exécutif ne prenait pas une telle décision, et tant qu'il ne prenait pas une telle décision, les mandats parlementaires restaient valides. Ceux-ci étaient valides sans limitation de durée.

Quant à cette dissolution « sans nom » (car le terme « dissolution » n'a point été utilisé dans ce contexte), l'on peut estimer que l'article 2, alinéa 2, de la loi de 1939 se référait implicitement au dispositif général de dissolution consacré à l'article 74 Const. En même temps, il en infléchissait le régime sur un point crucial. En effet, l'article 2, alinéa 2, de la loi du 29 août 1939 restreignait le pouvoir discrétionnaire dont était investis le Grand-Duc et les ministres en matière de dissolution, puisqu'il énonçait : « De nouvelles élections [...] auront lieu dès que les circonstances ayant motivé la prorogation auront cessé ». Le futur (« auront lieu ») avait ici, visiblement, valeur d'un impératif : les élections *devaient* avoir lieu... L'exécutif *devait* convoquer les électeurs et, donc, au préalable, il *devait* dissoudre la Chambre des députés dès que le contexte permettait à nouveau l'organisation d'élections dans des conditions à peu près normales. De discrétionnaire, la dissolution était devenue obligatoire, lorsque ces conditions étaient remplies. Dans le système établi par la loi du 29 août 1939, le caractère iconoclaste d'un mandat parlementaire à durée illimitée, *sans terme*, a été adouci par l'établissement d'une *obligation de dissolution* pesant sur l'exécutif. Le législateur de 1939 avait donc prévu une nouvelle forme, spéciale, de dissolution : un dispositif de dissolution plus encadré pour la simple raison que, dans le contexte de la future guerre, les mandats parlementaires pouvaient être, sur décision de l'exécutif, prorogés de façon illimitée, et que la dissolution était censée être l'instrument pour mettre fin à ces mandats sans terme.

b) La cessation des mandats : un cumul de deux régimes de cessation

Si l'on admet que les mandats des députés élus en 1934/37 ont été prolongés par la voie d'une transformation en des mandats à durée indéterminée, il reste la seconde question : comment ces mandats ont-ils *effectivement* pris fin ? Trois possibilités sont à évoquer : 1. Les mandats ont été interrompus en vertu d'une dissolution prise, de manière implicite, sur le fondement de l'article 74 Const. et de l'article 2 de la loi de 1939 (la solution imaginée par le législateur de 1939). 2. Les mandats ont expiré, en application de la règle de l'article 114 Const. (ce mode de cessation n'avait pas été évoqué en 1939, mais, bien évidemment, il

¹⁵¹ Eu égard à la gravité de l'heure, les débats parlementaires ainsi que l'avis du Conseil d'Etat sur la loi de 1939 avaient été d'une grande solennité, mais aussi d'une extrême brièveté sur les aspects techniques (cf. *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés. Session ordinaire de 1938-39*, p. 1460-65, Annexes, p. 446-7). Aucun article n'a fait l'objet d'une analyse détaillée.

n'était pas exclu, étant prévu de manière générale par la Constitution). 3. Ces deux modes de cessation ont été cumulés d'une certaine façon.

La cause juridique à laquelle l'on est tenté de penser en premier est le déclenchement de la procédure de révision (solution n° 2). La Chambre des députés a effectivement adopté une déclaration de révision, avant les élections du 21 octobre 1945. L'ancien article 114 Const. a indéniablement déployé des effets juridiques : il a permis la grande réforme de la Constitution de 1948 et il a, aussi, de façon incidente, eu un impact sur certaines modalités de la cessation de la Chambre des députés. En a-t-il été, dès le départ, le fondement ? Selon une analyse juridique rigoureuse, qui s'attache à la chronologie des actes, la réponse est négative. La déclaration de révision de 1945 n'était valide qu'à partir du moment où la grande-duchesse Charlotte et les ministres avaient apposé leur signature. Or celle-ci intervint seulement le 27 septembre 1945, à une date où l'arrêté grand-ducal de convocation des électeurs du 24 septembre 1945 était déjà promulgué. Le recours à l'article 114 Const. ne pouvait donc fonder l'acte de convocation¹⁵². L'article 114 étant inopérant à la date du 24 septembre 1945, il devait donc exister (à supposer une certaine régularité juridique) un autre fondement de la cessation. Or le seul autre fondement juridique imaginable est l'hypothèse d'une dissolution fondée sur le dispositif de l'article 74 Const. combiné avec l'article 2, alinéa 2, de la loi du 29 août 1939. L'arrêté grand-ducal du 24 septembre 1945 convoquant les électeurs ne comporte point le mot « dissolution ». Or, à ce moment, en vertu de la Constitution (art. 74 Const. 1868), une dissolution pouvait être implicite¹⁵³. L'article 74 de la Constitution de 1868, à la différence de l'article 76 de la Constitution luxembourgeoise de 1848, n'exigeait pas/plus l'existence d'un acte formel intitulé « dissolution ».

En conclusion, à la lumière de tous ces éléments, il apparaît que les mandats des députés élus en 1934/37 – mandats qui, en vertu de la loi du 29 août 1939, ont été transformés en mandats à durée illimitée, sans terme, par l'arrêté grand-ducal du 7 juillet 1944 – ont cessé d'être valides en fonction de deux mécanismes juridiques. D'une part, il y a eu une *décision implicite de dissolution*, qui était fondée sur le dispositif spécial fixé par l'article 2 de la loi du 29 août 1939 combiné avec l'article 74 Const. D'autre part, les mandats ont *expiré* du fait du déclenchement de la procédure de l'article 114 Const. (expiration extraordinaire). Il s'agit donc d'un cas de cumul d'un régime (spécial) de dissolution et d'un régime (spécial) d'expiration.

C. Un tableau récapitulatif des modes de cessation des mandats des députés (1841-2013)

Au vu de tous les éléments recueillis, il est à présent possible de présenter une version affinée de la grille d'analyse, dont les subdivisions, au fil de nos investigations historiques, ont été repensées et enrichies. La *summa divisio* s'opère non pas, comme il est souvent avancé, entre « dissolution » (y compris « dissolution de plein droit ») et « échéance du terme », mais, plus largement, entre, d'une part, les divers cas d'*expirations collectives* (dont l'échéance du terme est une illustration parmi d'autres) et, d'autre part, les divers cas de *cessation volontaire* de la totalité des mandats (les divers types de dissolution). Cette grille est reproduite dans le tableau suivant. Focalisé sur le ou les fondements juridiques de chaque élection pour le parlement luxembourgeois (des premières élections ordinaires en 1845¹⁵⁴ jusqu'aux dernières élections du 20 octobre 2013), ce tableau récapitule les divers types et cas de cessation des mandats parlementaires dans l'histoire du Luxembourg. Lorsque des mandats de députés ont cessé pour deux motifs juridiques, ces cas atypiques ont été mis en évidence par l'inscription d'un double X (« XX ») dans les deux colonnes concernées.

¹⁵² Le recours à l'ancien article 114 Const. a eu toutefois pour conséquence de faire expirer immédiatement, à la date du 27 septembre, le mandat des parlementaires, et non à la date des élections (21 octobre 1945). On notera en effet que l'article 2 de la loi de 1939 prorogeait les mandats « jusqu'aux élections ». Selon le système établi par la loi de 1939, la date de cessation des mandats devait coïncider avec la date des élections.

¹⁵³ Cf. *supra* p. 497-498.

¹⁵⁴ En 1841, les premiers membres de l'Assemblée des états n'ont pas été élus, mais nommés par le Grand-Duc.

Fondement(s) juridique(s) des élections du parlement luxembourgeois (1845-2013)									
Date de l'élection (renouvellement partiel, par moitié [RP], ou total [RT])	Création d'un nouvel organe parlemen- taire	Expiration collective des mandats (moitié ou totalité)					Fin volontaire de la totalité des mandats (les divers types de dissolu- tion)		
		Echéance d'un terme précis	Echéance d'un terme précis (après prolonga- tion ¹⁵⁵)	Echéance d'un terme imprécis	Expiration extraordi- naire ancien art. 114 Const. (« dissolution de plein droit »)	Expiration extraordi- naire : art. 7 Const.	Dissolution discrétion- naire en temps normal par le Grand-Duc (art. 74 Const., etc.)	Dissolution obligatoire dans le contexte spécial de la guerre (loi 1939)	Autodis- solution par le biais d'une loi (loi 1919)
Elections des 3.4- 2.5.1845 (RP)		X							
19.4.1848 : Election de l'Assemblée consti- tuante (RT)							X		
28.9.1848 (RT)				X					
10.6.1851 (RP)		X							
14.6.1854 (RT)							X		
Elections des 16.6.- 17.9 1857 (RT)	X (coup d'Etat de 1856)								
Elections de 1860 à 1914 (RP tous les 3 ans)		X (19)							
23.12.1915 (RT)							X		
28.7.1918 (RT)					X				
26.10.1919 (RT)					XX				XX
28.5.1922 (RP)		X							
1.3.1925 (RT)							X		
3.6.1928 (RP)		X							
7.6.1931 (RP)		X							
3.6.1934 (RP)		X							
6.6.1937 (RP)		X							
21.10.1945 (RT)					XX			XX	
6.6.1948 (RP)		X							
3.6.1951 (RP)		X							
30.5.1954 (RT)		XX			XX				
1.2.1959 (RT)							X		
7.6.1964 (RT)		X							
15.12.1968 (RT)					X				
26.5.1974 (RT)		XX			XX				
10.6.1979 (RT)		X							
17.6.1984 (RT)		XX			XX				
18.6.1989 (RT)		XX			XX				
2.6.1994 (RT)		XX			XX				
13.6.1999 (RT)		XX			XX				

¹⁵⁵ Cf. *supra* notes 45 et 65.

Fondement(s) juridique(s) des élections du parlement luxembourgeois (1845-2013)									
Date de l'élection (renouvellement partiel, par moitié [RP], ou total [RT])	Création d'un nouvel organe parlementaire	Expiration collective des mandats (moitié ou totalité)					Fin volontaire de la totalité des mandats (les divers types de dissolution)		
		Echéance d'un terme précis	Echéance d'un terme précis (après prolongation)	Echéance d'un terme imprécis	Expiration extraordinaire ancien art. 114 Const. (« dissolution de plein droit »)	Expiration extraordinaire : art. 7 Const.	Dissolution discrétionnaire en temps normal par le Grand-Duc (art. 74 Const., etc.)	Dissolution obligatoire dans le contexte spécial de la guerre (loi 1939)	Autodissolution par le biais d'une loi (loi 1919)
13.6.2004 (RT)		XX					XX		
7.6.2009 (RT)		XX					XX		
20.10.2013 (RT)							X		
Total	1	38	0	1	10	0	8	1	1

Pour la période historique allant de 1841 jusqu'en 2013, l'on observe au total trois types distincts de dissolutions : le dispositif général de la dissolution discrétionnaire par le Grand-Duc (art. 18 Const. 1841, art. 76 Const. 1848, art. 74 Const. 1856, art. 74 Const. 1868) ; le dispositif spécial, à usage unique, de la dissolution obligatoire par le Grand-Duc prévu dans le contexte de la Deuxième Guerre mondiale par la loi du 29 août 1939 ; enfin, l'autodissolution de la Chambre des députés décidée par celle-ci à travers l'article 217 de la loi électorale du 16 août 1919 (pour l'autodissolution, il n'existe pas de dispositif général). Le nombre effectif de dissolutions (normes particulières de dissolution) s'élève à dix. Elles sont intervenues en 1848, 1854, 1915, 1919 (autodissolution), 1925, 1945 (dissolution obligatoire), 1958, 2004, 2009 et 2013. Il reste à présent à étudier de plus près l'usage (les usages) du droit de dissolution plus ou moins discrétionnaire confié, à titre général, par toutes les Constitutions luxembourgeoises à l'organe de l'Etat « Grand-Duc » (dissolutions de 1848, 1854, 1915, 1925, 1958, 2004, 2009 et 2013). C'est la catégorie la plus vaste, la plus importante en termes quantitatifs, qui mérite à présent d'être décortiquée. Quels ont été les usages de cette faculté ? Autour de ces usages (uniformes ?), des règles coutumières se sont-elles cristallisées, ainsi que l'a affirmé le Conseil d'Etat dans son avis du 18 juillet 2013 ?

II^e partie | Le *Holzweg* de la coutume, en matière de dissolution et de manière générale

Dans son avis du 18 juillet 2013, le Conseil d'Etat a, d'emblée, estimé qu'il convenait d'analyser la question qui lui était soumise dans un « contexte constitutionnel (...) plus large » (§ 2). Il est conduit ainsi à affirmer que la Constitution luxembourgeoise se composerait de diverses sources. Si l'une de ces sources est le texte de 1868 tel que formellement révisé jusqu'à ce jour, une autre ou l'autre – le nombre exact de sources n'est pas précisé par le Conseil – serait la coutume constitutionnelle. Il énonce en effet, en imbriquant étroitement ces deux sources, que « la dissolution que prévoit la Constitution luxembourgeoise est, dans la coutume constitutionnelle, du type de la dissolution-remède » (§ 13). L'invocation de la coutume par le Conseil d'Etat a suscité de l'étonnement : Voilà que, tout à coup, il est question d'une source juridique qui viendrait compléter (ou contredire ?) le texte constitutionnel, source dont, de surcroît, le contenu n'est pas clair. L'ordre constitutionnel serait profondément affecté, voire ébranlé dans ses fondations. Les critiques qui ont pu être exprimées immédiatement après la publication de l'avis, de la part des élus politiques¹⁵⁶ ou de la doctrine¹⁵⁷, sont amplement confirmées *a posteriori*. L'invocation de la « coutume

¹⁵⁶ L'avis n'a pas été suivi par les acteurs politiques. Voir la réaction de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des députés, procès-verbal de la réunion du 18 juillet 2013, p. 3 ss, et le communiqué de presse du maréchalat de la cour grand-ducale du 19 juillet 2013.

¹⁵⁷ L. Heuschling, « Un vieux bateau pris dans la tempête : la Constitution luxembourgeoise. Une analyse scientifique de l'avis du Conseil d'Etat du 18 juillet 2013 », *Lëtzebuurger Land*, 2 août 2013, p. 10-11.

constitutionnelle » par le Conseil d'Etat s'avère infondée tant sur le plan du *contenu* que sur celui du *contenant*.

Si, à titre d'hypothèse de travail, l'on admet que la coutume est une source de droit constitutionnel au Luxembourg ainsi que le prétend le Conseil d'Etat, se pose la question de son contenu. Comment est-il possible de connaître et, surtout, de prouver la teneur de cette coutume en matière de dissolution ? Cette preuve a-t-elle été rapportée par le Conseil d'Etat ? Sur ce point, l'avis du Conseil d'Etat est sommaire et superficiel. Il affirme plus qu'il ne démontre, lacune qui ne saurait être comblée rétrospectivement par une étude historique approfondie. Au contraire, celle-ci ne fait que confirmer et amplifier les critiques déjà exprimées. L'historien ne trouve aucune trace dans le passé d'une éventuelle coutume constitutionnelle en matière de dissolution (A).

Au-delà du contenu, c'est le *contenant* même qui pose problème. La coutume constitutionnelle est-elle une source de droit au Luxembourg ? En vertu de quel fondement – de quel *type* de fondement –, le Conseil d'Etat, ou quelque autre acteur ou auteur, est-il habilité à soutenir une telle thèse ? Du reste quelle thèse ? Que veut dire exactement « coutume constitutionnelle » ? Cette dernière expression, employée par le Conseil d'Etat, désigne-t-elle des normes coutumières portant sur la matière constitutionnelle (mais qui n'ont pas forcément rang constitutionnel) ou, au contraire, s'agit-il de normes ayant rang constitutionnel, quelle que soit à la limite la matière (qui peut être ou non constitutionnelle) ? Autrement dit, quelle est censée être la place de cette source au sein de la hiérarchie des normes : à côté ou en dessous des normes consacrées dans le texte de la Constitution ? Sur ce point, fondamental, l'avis du Conseil d'Etat est silencieux. Il repose sur des présupposés implicites qui, mis au jour, s'avèrent infondés. Contrairement à ce que suggère le Conseil d'Etat, la « coutume constitutionnelle » n'est ni une source de droit de même rang que les normes consacrées dans le texte constitutionnel, ni même une source de normes infra-constitutionnelles intervenant dans une matière constitutionnelle. Elle n'existe pas en tant que source du droit. Il ne s'agit que de simples *usages* politiques (B).

A. L'infructueuse recherche d'une coutume en matière de dissolutions discrétionnaires par le Grand-Duc

Pour ne pas se perdre dans l'histoire, et ses méandres, il faut savoir ce que l'on cherche. En l'espèce, l'objet recherché est une coutume (en matière de dissolution). Conceptuellement, une *coutume* doit être distinguée d'un simple *usage*. La plupart des gens, lorsqu'ils prennent la voiture, écoutent la radio. C'est une habitude, un usage. Mais, bien sûr, il ne viendrait à l'esprit de personne – ni à celui qui conduit, ni à un éventuel observateur externe – d'affirmer, tout à coup, au vu de cette seule constatation empirique de l'habitude, que, *de ce fait*, la personne concernée est désormais *obligée* d'écouter la radio. Certes, dans le passé, la personne n'a pas utilisé sa liberté de ne pas écouter la radio (liberté que nous imaginons accordée par les textes du droit) ; mais de ce non-usage il ne découle pas que la personne ait implicitement renoncé à cette liberté. L'usage, en l'espèce, n'est qu'un usage ; ce n'est pas une coutume. La différence entre les deux est simple, classique, et elle est fermement établie en science juridique. L'usage se définit par la simple répétition d'une même conduite. La coutume, elle, se définit par deux critères : un usage à quoi s'ajoute – élément crucial, spécifique, d'ordre psychologique – l'existence d'une « *opinio juris* ». Le concept d'*opinio juris* désigne le phénomène suivant : les acteurs sociaux eux-mêmes sont convaincus – dans *leur* esprit –, que cet usage du passé *doit* être respecté, qu'il s'agit d'une norme juridique. L'observateur externe, qui peut être un historien, un sociologue ou un juriste, doit se limiter à *constater* la présence, ou l'absence, de cette idée d'obligation, de cette prise de conscience collective chez les acteurs. Concrètement, celui qui invoque l'existence d'une coutume et donc d'une *opinio juris* doit être capable de citer des discours des acteurs d'antan dans lesquels ces derniers se disent « liés », « obligés » par tel usage¹⁵⁸. En tout cas,

¹⁵⁸ A titre d'illustration, en Angleterre, cf. R. Brazier, *Constitutional Texts. Materials on Government and the Constitution*, Oxford, Clarendon, 1990. L'avis de Christian Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht ? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der BRD*, Heidelberg, C. Winter, 1972, p. 71 qui, de façon incidente, estime que,

ce n'est pas à l'observateur externe de créer ou d'alléguer cette *opinio juris*, sans quoi il réduirait arbitrairement la liberté des acteurs. Il ne serait plus observateur, mais législateur. Cette facette du concept de coutume est cruciale pour l'analyse de l'avis du 18 juillet 2013, car celle-ci est méconnue par le Conseil d'Etat.

C'est à la lumière de cette grille d'analyse classique que seront étudiées successivement les sept dissolutions discrétionnaires grand-ducales (article 74 et articles analogues) qui ont eu lieu avant 2013 : il s'agit des dissolutions de 1848 (1°), de 1854 (2°), de 1915 (3°), de 1925 (4°), de 1958 (5°) et de 2004 et 2009 (6°)¹⁵⁹. La dissolution de 2013 ne sera pas évoquée pour la simple raison que la coutume invoquée par le Conseil d'Etat est censée préexister à cette dissolution.

1° La dissolution du 29 mars 1848 : dissolution et révision

Sous la Constitution de 1841, la procédure de révision était ébauchée en termes succincts et imprécis par le dernier alinéa de l'article 52. Selon cet alinéa, seule une Assemblée des états « réunis en nombre double » était habilitée à consentir à un changement du texte constitutionnel approuvé également par le Grand-Duc¹⁶⁰. Le texte n'explicitait pas la procédure selon laquelle était obtenu ce nombre double de parlementaires : était-ce par la voie d'une dissolution par le Grand-Duc (art. 18 al. 3 Const. 1841) ou la constitution de cette assemblée spéciale, en nombre double, se ferait-elle, éventuellement ou obligatoirement, par l'organisation d'élections complémentaires ? Cette dernière procédure, plus respectueuse des mandats des parlementaires en place, était prévue aux Pays-Bas. Sous le régime de la Loi fondamentale néerlandaise de 1815 (art. 229 et 230 *Grondwet*)¹⁶¹, il était prévu *expressis verbis* que le nombre double de parlementaires serait obtenu par la simple *adjonction* de nouveaux membres aux membres déjà élus. Une dissolution n'était ni prévue, ni même autorisée (en 1815, la *Grondwet* n'accordait pas le droit de dissolution au Roi ; ce droit ne sera introduit qu'en 1848). Au Luxembourg, le texte de la Constitution de 1841 était silencieux sur la voie à suivre.

Lors de la révolution de 1848, qui a donné lieu à la première et unique révision de la Constitution de 1841, le gouvernement luxembourgeois dirigé par Théodore de la Fontaine s'était résolulement engagé en faveur de la solution d'une dissolution. Dans une lettre du 27 mars 1848, après avoir envisagé les deux options, le gouvernement écrit ce qui suit au roi grand-duc Guillaume II : « La nouvelle assemblée a un but spécial, déterminé ; les membres actuels des Etats n'ont pas reçu mission de concourir à la révision de la Constitution. Il convient du reste qu'il n'y ait dans cette assemblée que des membres ayant une origine commune, un caractère égal. Nous croyons donc qu'il convient de dissoudre l'assemblée actuelle ; après la révision de la Constitution il y aura lieu de constituer une nouvelle chambre d'après les changements éventuels qui seront apportés à la Constitution d'Etats »¹⁶². Eu

dans le cas d'un usage de la part des autorités publiques, l'existence d'une *opinio juris* est « en principe » (*in der Regel*) à présupposer, n'est guère étayé par l'auteur et est isolé dans la littérature européenne (voir tout au plus l'ancienne jurisprudence du *Oberverwaltungsgericht* de la Prusse : E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, t. 1, 10e éd., München, Beck, 1973, p. 146 s). Un tel point de vue revient à ignorer qu'une pratique constante même de la part des autorités de l'Etat peut être due à de multiples facteurs, y compris des raisons d'opportunité, et non de légalité. Présupposer l'existence de l'*opinio juris* revient à dissoudre la différence entre un usage et une coutume.

¹⁵⁹ Dans son avis (§§ 14-19), le Conseil d'Etat cite, dans l'histoire politique luxembourgeoise, six dates, six événements qui sont censés se rapporter à la problématique de la dissolution : 1856, 1867, 1915, 1925, 1958 et 1968. Or, de ces six dates, trois – 1856, 1867 et 1968 – doivent être écartées car il ne s'agit pas de dissolutions au sens strict du terme. La soi-disant « dissolution » de 1856 (coup d'Etat) n'est pas une dissolution, mais un acte de suppression de l'organe parlementaire (abrogation des normes constitutives de l'organe). La date de 1867 renvoie à la démission du gouvernement dirigé par le baron de Tornaco suite à un revers au parlement. Le lien de cet événement avec la présente problématique n'est pas clair car il n'y a pas eu de dissolution. Faudrait-il, selon le Conseil d'Etat, attacher un sens normatif (lequel ?) à la non-présence d'une dissolution ? La date de 1968 doit également être écartée car il s'agissait d'une « dissolution de plein droit », donc d'un cas extraordinaire d'expiration des mandats en vertu de l'ancien article 114 Const. La liste du Conseil d'Etat se réduit dès lors à trois dates (1915, 1925, 1958). Cette liste est incomplète puisqu'elle omet, en amont, les deux dissolutions de 1848 et 1854, et, en aval, les deux dissolutions de 2004 et 2009.

¹⁶⁰ Article 52, dernier alinéa, Const. 1841 : « La présente loi ne pourra être modifiée que du consentement du Roi Grand-Duc et des Etats réunis en nombre double ». *Mémorial*, 1841, n° 51, p. 436.

¹⁶¹ Pour le texte, cf. <http://mjp.univ-perp.fr/constit/pb1815.htm#11>

égard à l'agitation révolutionnaire de l'époque, il est probable que le gouvernement a retenu cette interprétation afin de canaliser, et freiner, les aspirations du peuple dont certains (notamment le milieu catholique) allaient jusqu'à revendiquer la désignation d'une véritable Assemblée nationale élue au suffrage universel¹⁶³. « Sur les propositions de (son) conseil de gouvernement », Guillaume II s'est effectivement servi, le 29 mars 1848, de son droit de dissolution (art. 18 al. 3 Const. 1841), afin de faire élire en intégralité cette Assemblée des états spéciale¹⁶⁴. Selon les motifs de l'arrêté royal grand-ducal de dissolution, il fallait, eu égard à la « mission spéciale » de ces états, que « tous les membres aient une origine commune »¹⁶⁵. Composée de 74 parlementaires, cette Assemblée d'états spéciale (appelée aussi parfois « Assemblée nationale ») sera élue le 19 avril 1848, selon les règles du régime électoral ultra-censitaire de 1841.

En résumé, en 1848, le gouvernement et le monarque retenaient de l'article 52 de la Constitution de 1841 une certaine concrétisation qui nouait un lien fort entre révision et dissolution, celle-ci devenant une condition *sine qua non* de celle-là. Ce lien sera aboli par la suite, sous les Constitutions de 1848 et 1868, pour être remplacé par la « dissolution de plein droit » qui, comme il a été vu, n'était pas une dissolution au sens strict du terme mais un cas extraordinaire d'expiration des mandats. Il convient également de remarquer qu'à aucun moment des échanges épistolaires entre les ministres résidant à Luxembourg et Guillaume II résidant à La Haye, n'a été mentionnée une quelconque norme coutumière.

2° La dissolution du 15 mai 1854 : le paradigme de la dissolution monarchique de combat

La deuxième dissolution au Luxembourg date du 15 mai 1854. Celle-ci révèle, de façon paradigmatique, l'ampleur du pouvoir *discretionnaire* du monarque en matière de dissolution. A quelques semaines seulement des élections régulières prévues pour juin 1854, le nouveau roi grand-duc Guillaume III, monté sur le trône en 1849 et hostile aux idéaux de 1848, s'est servi, « sur proposition de [son] conseil des administrateurs généraux », de son droit de dissoudre la Chambre des députés (art. 76 Const. 1848)¹⁶⁶. L'objectif technique était de provoquer un renouvellement de la totalité des mandats des députés, au lieu du simple renouvellement partiel, par moitié, prévu en vertu des règles d'expiration ordinaire des mandats¹⁶⁷. L'objectif politique sous-jacent de Guillaume III était d'obtenir un parlement plus docile à ses visées politiques réactionnaires. En termes d'analyse politique, il s'agissait d'une dissolution *de combat* : le monarque entendait poursuivre une ligne politique personnelle et cherchait à se libérer de l'entrave d'une majorité parlementaire réfractaire. En témoigne de façon topique le fait que le gouvernement de Charles-Mathias Simons avait proposé à Guillaume III de procéder à une seconde, voire troisième dissolution, si jamais les électeurs, malgré la pression exercée par l'administration, ne se montraient pas suffisamment malléables aux desiderata du gouvernement et du monarque¹⁶⁸.

¹⁶² Lettre du conseil de gouvernement à Guillaume II du 27 mars 1848, Archives nationales Lux., dossier F007.

¹⁶³ Sous la pression de la rue, et sur demande d'un gouvernement inquiet, Guillaume II avait concédé de signer le 31 mars 1848 un arrêté créant une « Assemblée nationale » élue au suffrage direct et au cens réduit (par rapport au suffrage ultra-censitaire du règlement électoral du 16 octobre 1841). Mais cet arrêté du 31 mars sera finalement gardé secret par le gouvernement, une fois que l'agitation avait baissé. Voir A. Calmes, *La révolution de 1848 au Luxembourg*, 2e éd., Saint-Paul, Luxembourg, 1982, chap. VIII et X.

¹⁶⁴ Arrêté royal grand-ducal du 29 mars 1848 décrétant la dissolution des états actuels et la convocation de nouveaux états en nombre double, pour la révision de la Constitution, *Mémorial*, 1848, n° 27, p. 221.

¹⁶⁵ Arrêté royal grand-ducal du 29 mars 1848, *Mémorial*, n° 27, p. 221.

¹⁶⁶ Arrêté royal grand-ducal du 15 mai 1854 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial*, n° 51, p. 405. L'arrêté est, matériellement, signé par le prince Henri, lieutenant-représentant de Guillaume III, et contresigné par tous les cinq membres du cabinet ministériel présidé par Charles-Mathias Simons.

¹⁶⁷ P. Weber, « Les Constitutions du 19e siècle », in *Conseil d'Etat 1856-1956. Livre jubilaire*, Luxembourg, 1957, p. 333 ; C. Calmes, D. Bossaert, *Histoire du Grand-Duché de Luxembourg de 1815 à nos jours*, Luxembourg, Saint-Paul, 1995, p. 98. Sur le contexte général, voir aussi V. Molitor, *Histoire de l'idéologie politique dans le Grand-Duché de Luxembourg 1841-1867*, op. cit., p. 99 ss ; J. Goedert, *La révision de la Constitution de 1856*, Luxembourg, Saint-Paul, sans date.

¹⁶⁸ Cf. A. Wehrer, *L'histoire parlementaire du coup d'Etat de 1856*, non daté (probablement : 1926), sans éditeur, 19 pages, spéc. p. 8 s. Wehrer cite un rapport de Simons au roi grand-duc Guillaume III du 19 janvier 1854. Cette menace est mentionnée aussi par le député Ritter lors de la rentrée parlementaire : *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, sessions de 1854, p. 65.

Contre un tel usage éminemment monarchiste du droit de dissolution, nul n'a invoqué à l'époque l'existence d'une quelconque règle juridique, écrite ou coutumière. Ainsi, le député libéral Michel Jonas, défenseur sourcilieux de la Constitution de 1848, déclarait, lors de la rentrée de la nouvelle Chambre : « Certainement, le gouvernement était en droit de dissoudre la Chambre, c'est un droit que la Constitution sanctionne »¹⁶⁹. Mais il critique vertement les modalités autoritaires des élections du 14 juin 1854 (les pressions exercées par l'administration sur les électeurs, les menaces distillées selon lesquelles le Guillaume III briserait la Constitution si la majorité parlementaire n'était renversée). Lors d'une vive discussion avec Simons, Jonas concède encore une fois : « Vous étiez dans votre droit en dissolvant la Chambre »¹⁷⁰, point que le chef du gouvernement se plaît à redire : « Le droit ne fait pas de doute ; c'est la question d'opportunité. Le droit est dans la Constitution ; c'est la prérogative de la Couronne »¹⁷¹. Nul acteur n'a donc, à ce moment, évoqué une quelconque limite juridique au droit de dissolution du monarque, excepté l'obligation du contreseing.

Comme la fin recherchée par Guillaume III (la révision de la Constitution de 1848) n'a pas été atteinte avec la Chambre issue des élections du 14 juin 1854, il a été amené à user de méthodes autrement plus musclées. Plutôt que de procéder à une nouvelle dissolution, il a fomenté le coup d'Etat du 27 novembre 1856. A cette occasion, il a aussi proclamé la « dissolution de la Chambre des députés », mais, comme déjà montré, cette « dissolution » était en vérité un acte de suppression de l'organe parlementaire (abrogation).

3° La dissolution du 10 novembre 1915 : le dernier soubresaut de l'esprit monarchiste du XIX^e siècle

A partir de 1854, plus aucune dissolution *stricto sensu* n'est intervenue jusqu'en 1915. Aussi, comparé à la fréquence des dissolutions dans les pays voisins, le nombre de dissolutions au Luxembourg au cours du XIX^e siècle est-il peu élevé : deux, voire trois si l'on inclut la dissolution de 1915 au titre du « long XIX^e siècle ». Une fois le régime autoritaire de 1856 remplacé par le régime plus libéral de la Constitution de 1868, le système politique s'est stabilisé, ainsi qu'en témoigne notamment la longévité politique de Paul Eyschen, ministre d'Etat pendant 27 ans (de 1888 jusqu'à sa mort en 1915). Le monarque a été, peu à peu, éclipsé du jeu politique ordinaire, soit qu'il était géographiquement éloigné (Guillaume III qui, à partir de 1879, n'était plus représenté à Luxembourg par un lieutenant-représentant), soit qu'il était d'un âge très avancé (Adolphe, né en 1817 et régnant de 1890 jusqu'en 1905), soit qu'il était gravement malade (Guillaume IV, règne de 1905-12).

Aussi l'arrivée sur le trône en 1912 de Marie-Adélaïde, qui entendait pleinement épuiser les pouvoirs que lui conférait le texte de la Constitution, constitua-t-elle une rupture sur le plan des usages¹⁷². Très croyante, elle fut proche (trop proche) des positions de l'Eglise catholique et du parti (catholique) de droite. Elle a non seulement envisagé de se servir de son droit de refuser la sanction d'une loi (à l'encontre de la loi scolaire de 1912, votée par une majorité anticléricale) et a, effectivement, refusé certaines nominations de fonctionnaires et bourgmestres, mais en outre elle a « sorti de l'oubli » le mécanisme du droit de dissolution qui n'avait plus été employé depuis plus de 60 ans. La dissolution de la Chambre des députés prononcée par Marie-Adélaïde le 10 novembre 1915 s'inscrivait dans la logique monarchiste

¹⁶⁹ *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, sessions de 1854, p. 60 (séance du 6 octobre 1854 relative à la réponse au discours du trône).

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 68.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Sur la conception que se faisait Marie-Adélaïde de son rôle et de son indépendance, lire par ex. la déclaration de politique générale du ministre d'Etat Loutsch du 9 novembre 1915, *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, session 1915-16, vol. 1 et *Luxemburger Wort*, 10 novembre 1915, p. 1. En soutien à cette conception, lire l'article anonyme instructif « Ein wenig Verfassungsrecht » dans le *Luxemburger Wort*, 11 nov. 1915, p. 1 (la Constitution se réduit au texte de la Constitution) et « Was wollten sie ? » (*Luxemburger Wort*, 18 nov. 1915, p. 1). Sur le règne de Marie-Adélaïde, cf. C. Calmes, 1914-1919, *Le Luxembourg au centre de l'annexionnisme belge*, Luxembourg, Editions Saint-Paul, 1976, p. 518 ss ; C. Calmes, D. Bossaert, *Histoire du Grand-Duché de Luxembourg de 1815 à nos jours*, Luxembourg, Saint-Paul, 1995, p. 262 ss ; G. Trausch, « Le Grand-Duché face à sa dynastie. Un essai d'analyse historique et politique », *Luxemburger Wort*, 7 octobre 2000, édition spéciale « Trounwiessel », p. 6 ss.

du XIX^e siècle. Loin d'inaugurer le XX^e siècle et la nouvelle pratique démocratique du droit de dissolution – ce sera le cas après la guerre, avec la dissolution prononcée par Charlotte en 1925, sans oublier l'autodissolution de la Chambre des députés de 1919 –, la dissolution de 1915 fait figure de dernier sursaut de l'esprit dualiste du XIX^e siècle, où le monarque et le parlement se faisaient face tels deux pôles politiques opposés¹⁷³. Cet événement de 1915 est crucial pour notre problématique car, si la thèse de la coutume en tant que source du droit constitutionnel luxembourgeois doit avoir quelque pertinence historique, on s'attendrait à la voir émerger à cette occasion. C'eût été le moment idéal pour les forces libérales de faire admettre, ou à tout le moins de revendiquer, la transformation d'un simple usage politique (60 ans d'absence de toute dissolution de combat) en une véritable norme juridique à caractère coutumier (la prohibition d'une dissolution de ce type). Or, en 1915, une telle thèse n'est jamais formulée.

L'avis du Conseil d'Etat de 2013 étant très succinct sur cet événement historique, il convient d'insister sur cette crise politique majeure. Après le décès de Paul Eyschen, le 11 octobre 1915, et la démission du très éphémère gouvernement de Mathias Mongenast (dont la démission était due à des divergences de vue « principes » avec la grande-duchesse¹⁷⁴), Marie-Adélaïde a nommé Hubert Loutsch à la tête du gouvernement le 6 novembre 1915, alors même que Loutsch, issu du parti (catholique) de droite, ne disposait pas d'une majorité à la Chambre des députés. Dès la présentation de son programme à la Chambre des députés le 9 novembre, Loutsch a dû faire face à l'hostilité virulente de la majorité libérale-socialiste qui lui reprochait son inexpérience politique, ses origines plébéiennes et, surtout, le fait qu'il était issu du parti catholique, minoritaire à la Chambre. Le lendemain, le 10 novembre 1915, la grande-duchesse Marie-Adélaïde signa l'arrêté grand-ducal de dissolution, « sur proposition de [son] ministre d'Etat, président du gouvernement, et après délibération du gouvernement en conseil »¹⁷⁵. Le but était d'obtenir, grâce aux élections anticipées, qui valaient de surcroît renouvellement total (et non partiel) des mandats, une majorité parlementaire au profit de la droite. C'était une dissolution de combat. De l'avis de la grande-duchesse et de son gouvernement, la configuration de la Chambre des députés ne reflétait pas l'état d'esprit du corps électoral.

C'était aussi la première utilisation du droit de dissolution discrétionnaire dans le cadre de la nouvelle Constitution, globalement plus libérale, de 1868¹⁷⁶. Le texte de l'article 74 de cette Constitution était pourtant des plus laconiques. L'article 74 énonçait alors (et énonce toujours à l'heure actuelle) que : « Le Grand-Duc peut dissoudre la Chambre. Il est procédé à de nouvelles élections dans les trois mois au plus tard de la dissolution ». A quelques détails près (la définition des délais, la rédaction de l'article était (est) la même qu'en 1856 (art. 74), 1848 (art. 76) et 1841 (art. 18). A lire ce qu'écrivait Paul Eyschen, ministre d'Etat et auteur du premier et longtemps unique manuel de droit constitutionnel luxembourgeois, en 1890 et encore en 1910, la prérogative du chef de l'Etat était, sur le fond, inconditionnée : « Auch das Recht der Auflösung der Kammer steht dem König-Grossherzog *unbeschränkt* zu »¹⁷⁷. Selon Eyschen, seules des règles procédurales (contreseing ministériel, obligation de convoquer de nouvelles élections) limitaient le pouvoir discrétionnaire du Grand-Duc. Il ne parla point de

¹⁷³ Sur l'esprit dualiste du droit constitutionnel luxembourgeois jusqu'en 1919, cf. L. Heuschling, *Le citoyen monarque*, p. 117 ss.

¹⁷⁴ Cf. la lettre ouverte de Mongenast, Thorn et Leclère dans *Luxemburger Zeitung*, 11 déc. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 2 (« Ein Protest der alten Regierung ») et *Luxemburger Zeitung*, 6 nov. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 2 : « Quo vadis ! ». L'élément déclencheur fut le refus de Marie-Adélaïde de nommer le professeur Oster – à qui le camp catholique reprochait de ne pas être un catholique pratiquant – à la tête de l'école de formation des instituteurs. C'était relancer la guerre scolaire de 1912 et, aussi, porter atteinte à la Constitution qui interdisait toute discrimination pour motif religieux dans l'accès aux fonctions publiques. De manière plus large, était posée la question du rôle actif (« régime personnel ») ou effacé (« au-dessus des partis ») du chef de l'Etat.

¹⁷⁵ *Mémorial*, 1915, n° 94, p. 1033. Pour l'arrêté grand-ducal de convocation des électeurs, cf. *Mémorial*, n° 98.

¹⁷⁶ Pour une analyse nuancée du caractère libéral de ce texte (la pratique politique était, en vérité, plus libérale que le texte ; le droit luxembourgeois se situait à mi-chemin entre le modèle de la monarchie dite parlementaire et de la monarchie dite constitutionnelle), cf. l'étude doctrinale de « Dr. rerum pol. M. », « Staatsrechtliche Gedanken », *Luxemburger Zeitung*, 24 nov. 1915, Abend-Ausgabe, p. 2-3.

¹⁷⁷ P. Eyschen, *Staatsrecht*, 1890, p. 108 (souligné par moi). La phrase est reprise à l'identique dans l'édition de 1910 (p. 58).

coutume, ni sur ce point précis, ni de manière générale¹⁷⁸. De même, l'auteur anonyme « M », fin connaisseur de la littérature constitutionnaliste française, allemande et luxembourgeoise, et proche des cercles libéraux, ne retenait guère en droit luxembourgeois la thèse de l'existence de la coutume constitutionnelle, brièvement effleurée¹⁷⁹. La coutume n'apparaissait non plus dans le petit manuel *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, écrit en 1914 par le conseiller de gouvernement Robert Frauenberg¹⁸⁰.

L'arrêté grand-ducal de dissolution de 1915 se revendiquait de cette conception très large de la discrétion du chef de l'Etat, évoquée par Eyschen, puisque la dissolution visait à renverser les rapports de majorité au sein de la Chambre des députés. La radicalité de cette démarche a-t-elle, par réaction, provoqué dans l'esprit des acteurs de l'époque la prise de conscience de l'existence d'une coutume constitutionnelle qui, bien que jusque-là latente, innommée (en tout cas non mentionnée par Eyschen, ni par « M » ou par Frauenberg), aurait interdit un tel agissement ? A la lecture des débats parlementaires de l'époque, en particulier ceux des séances fatidiques et agitées des 9 et 10 novembre 1915, lorsque la majorité libérale-socialiste pressentait déjà l'imminence d'une dissolution – Robert Brasseur, Pierre Pescatore et Nicolas Welter en parlèrent ouvertement –, l'observateur contemporain est frappé de constater qu'aucun des leaders du bloc de gauche n'a fustigé le caractère inconstitutionnel d'une telle dissolution¹⁸¹. S'il avait existé à l'époque une coutume constitutionnelle en matière de dissolution, les ténors de la Chambre des députés, de surcroît hostiles à Loutsch, n'auraient-ils pas été les premiers à en connaître l'existence et à en faire valoir le bénéfice ? Or, il n'en est rien. Alors qu'ils sont peu avares en critiques d'inconstitutionnalité, s'il en existe – qu'on relise simplement les critiques acerbes, en 1907, de Welter quant à l'inconstitutionnalité du droit princier¹⁸² ou, en 1915, la dénonciation d'une « violation flagrante de la Constitution » (i.e. du principe d'égalité) dans l'affaire du refus de nomination du professeur Otter par Marie-Adélaïde¹⁸³ –, aucun des dirigeants de la majorité libérale-socialiste n'a affirmé l'inconstitutionnalité de la dissolution imminente. Aucun d'entre eux n'a parlé de coutume constitutionnelle. A l'inverse, Emile Reuter, au nom du parti catholique, a vigoureusement défendu le 10 novembre 1915 l'idée que, dans un régime dualiste, où la couronne et le parlement se faisaient face, il n'était que normal qu'en cas de conflit entre ces deux acteurs, le peuple puisse, par le biais d'une dissolution, être appelé à trancher¹⁸⁴. Sur ce point précis – la constitutionnalité du recours à l'article 74 –, il n'a pas été contredit. Même après la dissolution, lorsque la nouvelle Chambre des députés – toujours dominée de peu par le bloc de gauche¹⁸⁵ – s'est réunie pour la première fois le 11 janvier 1916¹⁸⁶, le reproche qui a été aussitôt adressé au gouvernement Loutsch, et qui lui a valu le vote d'une motion de censure, était celui d'être un gouvernement minoritaire et incompétent. Nul n'a évoqué une quelconque inconstitutionnalité de la dissolution ou un quelconque

¹⁷⁸ Cf. *infra* note 253.

¹⁷⁹ Dr. rerum pol. M., « Staatsrechtliche Gedanken », *op. cit.*

¹⁸⁰ Robert Frauenberg, *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-Duché de Luxembourg* (Luxembourg, Th. Schroell, 2e éd., 1914), revue par Jules Kalbfleisch pour la 3e édition (1922) et par Jules Brucher pour la 4e édition (1937).

¹⁸¹ Lire le *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, session 1915-16, vol. 1, p. 11 ss, p. 42 ss. Même silence aussi dans la presse qui soutenait le bloc de gauche et évoquait dès le mois d'octobre la menace d'une dissolution. Cf. le journal libéral *Luxemburger Zeitung*, 25 oct. 1915, Abend-Ausgabe, p. 2 ; 6 nov. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 2-3 (« Quo vadis ! ») ; 7 nov. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 1 s (« Quo vadis ! II ») ; 8 nov. 1915, Abend-Ausgabe, p. 2 s (« Quo vadis ! III ») ; 12 nov. 1915, Abend-Ausgabe, p. 2 (« Zur Kammerauflösung ») ; 24 nov. 1915, Abend-Ausgabe, p. 2 s (M., « Staatsrechtliche Gedanken ») ; 11 déc. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 2. Côté presse socialiste : *Tageblatt*, 12 nov. 1915, p. 1 (« Die Auflösung der Kammer ») ; 13 nov. 1915, p. 1 (« Letzte Warnung ») ; 17 nov. 1915, p. 3 (P.S., « Die Hofkamarilla gegen das Volk » ; J.G. « Consummatum est ! Das politische Verbrechen ist vollbracht ! »).

¹⁸² Chambre des députés, *Projet de loi conférant force de loi au statut de famille de la maison de Nassau du 16 avril 1907. Discussions et annexes*, Luxembourg, Buck, 1907.

¹⁸³ Parmi de nombreux documents, lire par ex. la lettre ouverte des députés libéraux Schmit, Pescatore et Brasseur à l'avocat Loesch, publiée dans *Luxemburger Zeitung*, 11 déc. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 2-3.

¹⁸⁴ *Compte-rendu*, session 1915-16, p. 54.

¹⁸⁵ En ce sens, l'allégation par la grande-duchesse Marie-Adélaïde d'une contradiction entre le parlement et le corps électoral ne s'est pas confirmée.

¹⁸⁶ *Compte-rendu*, session 1915-16, p. 93 ss.

« coup d'Etat », terme *polémique* qui, à certains moments, a certes surgi dans la propagande électorale¹⁸⁷, mais qui n'a jamais été étayé ne serait-ce que par un début de démonstration.

En conclusion, il n'existe aucune preuve de l'existence en 1915 d'une coutume constitutionnelle restreignant le pouvoir discrétionnaire du Grand-Duc en matière de dissolution de la Chambre des députés.

4° La dissolution du 28 janvier 1925 : l'infléchissement de la pratique suite à la césure juridique de 1919

Une nouvelle pratique – démocratique – de la dissolution de l'article 74 Const. a été inaugurée par la dissolution signée par la grande-duchesse Charlotte le 28 janvier 1925, « sur proposition de [son] ministre d'Etat, président du gouvernement, et après délibération du gouvernement en conseil »¹⁸⁸. Ce changement de la pratique a-t-il donné naissance à une coutume ou convient-il simplement de replacer ces événements dans le contexte de la révision constitutionnelle de 1919? Pour y répondre, il faut s'interroger, d'un côté, sur les éléments constitutifs de la coutume et, de l'autre, sur l'impact du nouveau principe de la souveraineté de la nation (art. 32, § 1^{er}). Si le premier volet peut être évacué assez rapidement – il manque toute trace d'une *opinio juris* (a) –, le second soulève la question cruciale de savoir quelle place a, effectivement, occupé le nouveau principe de la souveraineté de la nation dans l'analyse doctrinale (b), et quelle place il aurait dû occuper (c).

a) La nouvelle pratique démocratique du droit de dissolution : l'émergence d'une coutume ?

Le 20 janvier 1925, lors du second vote sur la ratification de la convention ferroviaire avec la Belgique, cruciale pour l'avenir du pays¹⁸⁹, le gouvernement de droite d'Emile Reuter a vu sa majorité s'effriter, plusieurs députés du parti catholique ayant voté avec l'opposition. A l'inverse du premier vote, qui avait été favorable, le second vote sur la convention se solda par une égalité de voix (24 pour, 24 contre), ce qui valait rejet du traité et, en même temps, de la question de confiance posée par Reuter. Le gouvernement démissionna le soir même. Débuta alors une période d'incertitudes où la grande-duchesse Charlotte sondait les intentions des partis et les possibilités d'une nouvelle majorité. La tâche était ardue car, comme le notait le *Tageblatt*, le parti de droite avait perdu la majorité et la gauche à son tour n'avait pas de majorité¹⁹⁰. Plus aucune majorité ne se dessinait clairement. En outre, la durée de vie d'un nouveau gouvernement aurait été des plus courtes puisque des élections ordinaires devaient avoir lieu en juin 1925. Dès les premiers jours des conciliabules, la presse commençait à spéculer sur une dissolution¹⁹¹. Celle-ci intervint effectivement le 28 janvier 1925, au vu de l'impossibilité de faire émerger une majorité. Le communiqué officiel du gouvernement énonçait ainsi : « *Unter diesen Umständen hat die Grossherzogin entsprechend den für diesen Fall von der Mehrzahl der Delegierten gemachten Vorschlägen die Auflösung der Abgeordnetenkommission beschlossen* »¹⁹². Le précédent de 1925 tombe ainsi dans le registre des « dissolutions-remède »¹⁹³, comme le note à juste titre le Conseil d'Etat dans son

¹⁸⁷ Voir le manifeste électoral des députés socialistes du canton d'Esch, *Escher Tageblatt*, 20 nov. 1915, p. 1 : « [...] Kampf denen, die zur Erreichung ihrer dunklen Pläne vor einer Kammerauflösung, die einem Staatsstreich d.h. einem Verbrechen gleich kommt, nicht zurückschrecken. [...] ». De même : le manifeste des députés libéraux de la ville de Luxembourg, *Luxemburger Zeitung*, 21 déc. 1915, Abend-Ausgabe, p. 2 (« *Mitbürger! Ihre bisherigen Vertreter in der Kammer, die durch einen Gewaltstreich ihres Mandates beraubt worden sind...* »).

¹⁸⁸ Arrêté grand-ducal du 28 janvier 1925 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial*, n° 4, p. 37. Pour l'arrêté grand-ducal de convocation des électeurs, cf. *Mémorial*, n° 5.

¹⁸⁹ Cf. C. Calmes, D. Bossaert, *Histoire du Grand-Duché de Luxembourg de 1815 à nos jours*, Luxembourg, Saint-Paul, 1994, p. 325, 330 ss. L'affaire fut jugée si importante par certains opposants, en termes de transferts de souveraineté, qu'ils en appelaient à l'organisation d'un référendum.

¹⁹⁰ *Tageblatt*, 22 janvier 1925, p. 1 (« Die Demission »). Voir aussi *Tageblatt*, 28.1.1925, p. 1 et *Luxemburger Wort*, 28.1.1925, p. 2 et 29.1.1925, p. 3. D'aucuns espéraient, dans l'attente des élections ordinaires prévues en juin 1925, la formation d'un gouvernement d'union nationale ou d'un gouvernement de techniciens chargés de quelques dossiers précis.

¹⁹¹ *Tageblatt*, 22.1.1925, p. 1 : « *Sollte eine Verständigung unmöglich sein, so würde eine Auflösung der Kammer sich aufdrängen. Diese Lösung (...) hat denn auch bereits heute manche Sympathien* ».

¹⁹² Publié dans *Tageblatt*, 29 janvier 1925, p. 3.

avis du 18 juillet 2013. Face à l'incapacité des partis de se mettre d'accord sur une majorité gouvernementale, la grande-duchesse Charlotte, sur demande des partis, et avec le contreseing des ministres, a soumis l'issue de la crise à l'appréciation des électeurs.

Illustration d'une dissolution-remède, cet usage du droit de dissolution révèle-t-il de surcroît que, désormais, la dissolution-remède est en droit – en vertu d'une règle coutumière – le seul usage autorisé de l'article 74 ? Peut-on, déjà en 1925, mettre en évidence des preuves d'une *opinio juris* ? Les acteurs de l'époque se sont-ils, dans leur esprit, sentis liés par une norme juridique à caractère coutumier à propos de la dissolution ? L'avis du Conseil d'Etat de 2013 (lire § 13 ss) est silencieux sur l'existence d'une *opinio juris* en 1925, car, de manière générale, il omet de développer ce point, qui est pourtant un élément clé de toute coutume. Or des sources historiques disponibles ne ressort aucune preuve de l'existence d'une *opinio juris* en ce sens. Aucune source écrite provenant de la part des acteurs politiques de l'époque (débat parlementaires, écrits autobiographiques, etc.) ne vient corroborer la thèse de l'existence d'une coutume. La presse de l'époque n'évoqua pas la question sous cet angle. La doctrine juridique, à son tour, ne relate aucune preuve à cet effet. Il faut dire qu'aucun ouvrage doctrinal luxembourgeois, ancien ou récent (la courte introduction de Frauenberg, le manuel de Majerus, le précis de Paul Schmit et, *last but not least*, le commentaire de la Constitution édité par le Conseil d'Etat lui-même) ne défend, en matière de dissolution, la thèse de l'existence d'une coutume¹⁹⁴.

b) La révision de 1919, les principes et la place des principes dans l'analyse doctrinale

Ce silence sur la coutume n'est pas surprenant. Il s'explique, et se justifie, par le fait que l'origine du *nouveau* cadre normatif du droit de dissolution – ce cadre évolue, en effet, au cours du XX^e siècle – n'est pas à chercher dans une quelconque coutume, mais dans le texte de la Constitution, plus exactement dans les modifications introduites dans ce texte à partir de 1919. 1925 marque bien une rupture de la pratique, mais celle-ci est fondée sur une rupture juridique qui, elle, est consommée dès 1919. Entre la dissolution de 1915, qui est le dernier sursaut du XIX^e siècle, et la dissolution de 1925 qui, avec l'autodissolution de 1919, inaugure la nouvelle pratique démocratique de la dissolution au Luxembourg, se situe un fossé ouvert par la révision constitutionnelle du 15 mai 1919¹⁹⁵.

Certes, l'énoncé de l'article 74 Const. demeura inchangé à cette occasion. Il était, et est toujours : « Le Grand-Duc peut dissoudre la Chambre. Il est procédé à de nouvelles élections dans les trois mois au plus tard de la dissolution ». Mais, ce n'est pas parce que le *texte* de cet article est resté le même, avant et après 1919, que son *sens* l'est également. Le juriste s'intéresse au sens (normatif) d'un texte, le texte (le support verbal, l'*instrumentum*) n'est qu'un instrument, que le chemin qui mène le juriste vers le sens. Or, depuis l'entrée en vigueur de la révision de 1919, le texte (inchangé) de l'article 74 fait partie d'un texte plus large – la Constitution dans son ensemble – qui, lui, a changé. La révision de 1919 y a introduit l'idéal de démocratie à travers les nouveaux articles 32 (la souveraineté de la nation) et 52 (suffrage universel, masculin et féminin). En 1948, cet idéal est rappelé, et confirmé, à travers la proclamation du principe de la « démocratie parlementaire » dans l'article 51 Const. *Idem*, en 1998, avec la reformulation de l'article 1^{er} Const. qui, depuis lors, affirme (exige !) que le Grand-Duché de Luxembourg est (*doit* être !) un Etat « démocratique ».

« On ne peut suffisamment insister sur le changement apporté par la révision de 1919 au caractère général de la Constitution de 1868. Depuis 1919, la souveraineté réside dans la nation et la Constitution luxembourgeoise est démocratique dans son essence »¹⁹⁶. Qui ne

¹⁹³ La formule est empruntée à la classification de F. Delpérée, *op. cit.*, p. 913 s.

¹⁹⁴ Voir leurs analyses à propos de l'article 74 : R. Frauenberg, *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, 3^e éd. revue par J. Kalbfleisch, 1922, p. 30 et 4^e éd. de 1937 revue par J. Brucher, p. 29 ; P. Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, p. 169, 220 ; *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution*, p. 260 ; P. Schmit, *Précis de droit constitutionnel*, p. 159 s. Ainsi que cela a été souligné précédemment (cf. *supra* note 9), la doctrine s'intéresse très peu à la pratique.

¹⁹⁵ *Mémorial*, 1919, n° 33.

¹⁹⁶ P. Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, 6^e éd., 1990, p. 33.

pourrait souscrire à ce propos de Pierre Majerus ? Pourtant, nombre de représentants de la doctrine luxembourgeoise traditionnelle, à commencer par Majerus lui-même, n'ont pas suffisamment insisté sur le changement apporté par la révision de 1919, une fois qu'il s'agissait de tirer du « caractère général » ou de « l'essence » de la Constitution quelque effet sur le plan technique, au niveau des articles concrets qui configurent le système constitutionnel, à l'instar de l'article 34 (d'avant la révision du 12 mars 2009¹⁹⁷) ou de l'article 74. Objet d'une apologie au niveau des principes, la révision de 1919 se voyait refuser toute incidence juridique au niveau des dispositions techniques. Nonobstant les affirmations du nouvel idéal démocratique en 1919 (art. 32 et 52 Const.) et en 1948 (proclamation du principe de la « démocratie parlementaire » dans l'article 51 Const.), Majerus a continué, à propos de l'article 34, à affirmer l'existence d'un « droit de veto absolu » (sic) du Grand-Duc¹⁹⁸ et, au sujet de l'article 74, à laisser la porte ouverte à un usage néo-monarchiste du droit de dissolution. En effet, le manuel de Majerus, après avoir tant insisté de manière rhétorique (à la page 33) sur l'importance « générale » de la césure de 1919, a persisté jusqu'en 1990, jusqu'à la 6^e et dernière édition reprise par Marcel Majerus, à affirmer, page 169 (loin des propos de la page 33), que : « Le Grand-Duc peut par exemple user de son droit de dissolution pour consulter le pays lorsqu'il est en désaccord avec la Chambre ou lorsque la constellation politique empêche la formation d'un gouvernement majoritaire »¹⁹⁹. Ainsi, l'ancienne pratique de la dissolution de combat est présentée comme une option – et même comme la première option ! – qui, sous l'empire de l'article 74, même après la révision de 1919, resterait ouverte au Grand-Duc pour l'exercice de « son »²⁰⁰ droit de dissolution.

Une telle lecture n'est, logiquement, concevable qu'à condition d'ignorer totalement les révisions de 1919, 1948 et 1998, c'est-à-dire de refuser, comme l'a argumenté de façon explicite Pierre Pescatore dans son étude de 1956 sur le concept de loi, la qualité de norme juridique aux énoncés des articles 32, 51 et 1^{er}. Il s'agirait d'énoncés à caractère *politique, idéologique*, mais non de véritables normes juridiques²⁰¹. Ailleurs, Pescatore écrivait : « Sa Constitution [celle du Luxembourg], qui date de l'année 1868, est restée inchangée depuis dans ses dispositions *essentielles* ; deux révisions, faites en 1919 et 1948, ont introduit des modifications importantes, mais elles n'ont néanmoins *pas affecté sa substance* »²⁰². Une thèse analogue avait été formulée dès le lendemain de la révision de 1919, en 1922, par le conseiller de gouvernement Jules Kalbfleisch (ou Jules Brucher, comme il s'appellera plus tard). Chargé de la mise à jour du manuel de droit public luxembourgeois rédigé en 1914 par Robert Frauenberg, Jules Kalbfleisch (Brucher) affirma en 1922, et le redit en 1937 : « La Constitution de 1919, en établissant ce nouveau principe [la souveraineté de la nation], n'a apporté aucune atteinte aux prérogatives que la Constitution de 1868 garantissait au Souverain. Comme par le passé, le Grand-Duc exerce seul le pouvoir exécutif et il a conservé son ancienne part au pouvoir législatif [et au pouvoir de révision]. Aussi ce nouveau texte, loin de changer notre droit public, n'a-t-il que sanctionné l'état des choses existant depuis

¹⁹⁷ *Mémorial A*, 2009, n° 43.

¹⁹⁸ P. Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, p. 151, 170. Cette thèse du « droit de veto absolu » (sic) fut défendue aussi, peu de temps après la révision de 1919, par l'auteur qui a repris l'opuscule *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-Duché de Luxembourg* de Robert Frauenberg décédé entre-temps. Cf. la 3^e éd. revue par Jules Kalbfleisch, Luxembourg, Th. Schroell, 1922, p. 18, 27, 30 ; 4^e éd. revue par Jules Brucher, 1937, p. 16, 26, 29 (l'auteur a changé de nom patronymique entre-temps). L'auteur maintient même l'idée, issue du XIX^e siècle, du veto du Grand-Duc en matière de révision (p. 22 resp. p. 21). Sur le droit de veto dans la littérature luxembourgeoise, cf. L. Heuschling, *Le citoyen monarque. Réflexions sur le grand-duc, la famille grand-ducale et le droit de vote*, Promoculture-Larcier, 2013, p. 123 s.

¹⁹⁹ C'est moi qui souligne.

²⁰⁰ Que le grand-duc ne puisse agir qu'avec le contreseing ministériel n'est ni mentionné ni répercuté ici par Majerus. La question de savoir qui *décide* véritablement d'une dissolution n'est pas thématisée. Le monarque *prononce* assurément la dissolution, c'est lui qui *signe* l'arrêté de dissolution. Il ne peut le faire qu'avec le contreseing d'un ministre. Mais a-t-il encore le droit de s'opposer à une demande de dissolution soumise par le gouvernement ou par une partie du gouvernement ?

²⁰¹ Cf. P. Pescatore, « Essai sur la notion de la loi », in *Conseil d'Etat 1856-1956. Livre jubilaire*, Luxembourg, 1957, p. 372, où il réduit les articles 32 et 51 à des déclarations « à portée idéologique et politique plutôt que juridique ». Il n'en tient aucunement compte dans son analyse du concept de loi, car ce discours « n'ajoute rien de nouveau à la solution du problème qui nous intéresse ». Pour une mise en perspective, cf. L. Heuschling, *Le citoyen monarque, op. cit.*, p. 124, 203-4.

²⁰² P. Pescatore, *L'organisation générale de l'Etat au Grand-Duché de Luxembourg*, 2^e éd., Luxembourg, 1953, p. 3 (souligné par moi).

1868 »²⁰³. Loin d'être une césure, la révision de 1919 n'aurait fait que maintenir l'état du droit du XIX^e siècle. En toute rigueur, il faudrait conclure que le constituant, en 1919, aurait pu tout aussi bien s'abstenir de la révision de l'article 32.

Le résultat des argumentations de Kalbfleisch (Brucher), Majerus et Pescatore est le même : en interprétant l'article 74 Const., le juriste n'a pas à tenir compte de la révision de 1919 (art. 32 § 1^{er}), ni de celles, ultérieures, de 1948 (art. 51 § 1^{er}) et de 1998 (art. 1^{er}). Or, qu'est-ce qui autorise un auteur, ou un acteur, à dénier la qualité de norme juridique à un énoncé figurant dans le texte de la Constitution édictée par le pouvoir constituant ? Il est certain que tout mot, toute phrase, qui se trouve dans le texte constitutionnel n'est pas nécessairement le support d'une norme. Il reste dès lors à dégager le critère de la présence d'une norme juridique. Sauf à penser que leur attitude soit, en elle-même, le fruit d'une posture ouvertement idéologique (en l'espèce antidémocratique et néo-monarchiste), admettons que le critère retenu par les divers auteurs cités soit celui de la « précision technique ». Un énoncé, dans un texte de droit positif, n'accède au statut de norme juridique qu'à condition d'être « normatif », d'indiquer une direction (une norme oblige, interdit ou autorise). Si un énoncé n'indique aucune direction à la conduite des individus (s'il est « vague », « flou »), il n'y a pas de norme. Est-ce le cas avec l'énoncé consacrant « la souveraineté de la nation », la « démocratie parlementaire » ou le caractère « démocratique » de l'Etat ? Une telle thèse serait pour le moins osée (la Cour constitutionnelle, quant à elle, ne l'a pas retenue²⁰⁴). Certes, le mot « démocratie » a de multiples facettes, parfois controversées, mais on ne saurait dire qu'il s'agit d'un mot absolument creux, *sans sens*. Quels que soient les débats (réels) sur sa signification exacte, il est évident pour toute personne raisonnable que le mot « démocratie » n'est pas compatible, en matière de dissolution, avec l'ancienne pratique monarchiste des dissolutions de combat. L'ancien dualisme a été définitivement aboli en 1919 : au fondement de l'Etat luxembourgeois, il n'y a pas deux sujets (le monarque, d'un côté, le peuple, de l'autre). Il n'y a qu'un seul (la nation, le peuple luxembourgeois)²⁰⁵.

c) La lecture systématique et diachronique de l'article 74

L'interprétation de l'article 74 Const., dont l'énoncé est certes resté inchangé en 1919 et par la suite, doit tenir compte de ce nouveau cadre général. Le juriste, en matière de dissolution, doit chercher la réponse de *la* Constitution – la Constitution qui est composée certes de l'article 74, mais aussi d'autres articles. Deux perspectives sont ici à considérer, cumulativement ou alternativement (le résultat sera identique, en l'espèce).

La première perspective est *systématique*²⁰⁶ : l'article X faisant partie d'un texte, l'article X doit être combiné avec d'autres articles si ceux-ci concernent également la matière visée par cet article. Or, en l'espèce, si l'article 74 a trait (spécialement) à la question de la dissolution, on ne peut nier que les divers articles portant sur l'idéal de démocratie véhiculent aussi, à leur tour, un certain message relatif à la dissolution. Il faut donc lire l'article 74 non pas de façon isolée (« lecture microscopique »), mais en combinaison avec ces autres articles, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'articles définissant l'esprit général de la Constitution (les « principes structurels de l'Etat »). La lecture de chaque composante de la Constitution doit être

²⁰³ R. Frauenberg, *Notions élémentaires*, 3e éd., 1922, revu par J. Kalbfleisch, p. 18. Le propos est repris, à l'identique, dans la 4e éd., revue par J. Brucher, 1937, p. 16.

²⁰⁴ Dans son arrêt récent n° 107/13 du 20 décembre 2013, *Mém. A*, 2014, n° 2, à propos du statut particulier en droit processuel des princes de la famille « impériale » (comprendre : grand-ducale), la Cour constitutionnelle s'est appuyée sur la césure opérée par la révision du 15 mai 1919 et, ce faisant, a reconnu un effet normatif à l'article 32 dans l'abrogation de l'article 510 du Code d'instruction criminelle. De même, dans l'arrêt n° 57/10 du 1er octobre 2010 (*Mém. A*, n° 180), la Cour constitutionnelle a déduit de la formule de la « démocratie parlementaire » (art. 51 § 1er Const.) la consécration de la règle de la séparation des pouvoirs. Voir aussi Cour de cassation, 17 janvier 1957, *Pasicrisie*, t. 17, p. 105.

²⁰⁵ Pour une analyse approfondie du « tremblement de terre » qu'est la révision de 1919 par rapport à l'ancien système dualiste du XIX^e siècle, cf. L. Heuschling, *Le citoyen monarque*, p. 189 ss.

²⁰⁶ Sur ce canon d'interprétation, fondamental pour l'interprétation de l'actuel texte constitutionnel luxembourgeois, cf. L. Heuschling, *Le citoyen monarque*, p. 192 ss et, déjà auparavant, G. Margue, « La Constitution : fiction et réalité », *Feuille de liaison de la conférence saint-Yves*, n° 72, mars 1989, p. 12 ss.

imprégnée de cet esprit général. Il faut combiner, relier chaque disposition avec cette disposition centrale, essentielle, qu'est la proclamation de la démocratie. Il faut lire (relire !) chaque énoncé à la lumière du paradigme de la démocratie qui sert de cadre, et qui, comme le nom l'indique, « encadre », ou, dans une perspective historique, « recadre ».

La deuxième perspective à considérer est, en effet, d'ordre historique, chronologique ou *diachronique*. Il est unanimement admis qu'une norme (constitutionnelle) postérieure Y peut venir abroger, implicitement, et de façon partielle, une norme (constitutionnelle) antérieure X. La norme plus récente Y l'emporte, sur certains points, sur X. En l'espèce : X = art. 74 (datant de 1868), Y = art. 32 (datant de 1919). Nous savons que l'article 74, dans le cadre originel de la Constitution de 1868 (avant la réforme de 1919), autorisait au moins deux usages de la dissolution : un usage monarchique (usage qui s'est réalisé en 1915) et un usage plus démocratique (aucun exemple effectif). En 1919, s'ajoute l'article 32 Const. qui, de manière générale, n'autorise plus que des pratiques politiques conformes à l'idéal démocratique. *Ergo* : l'article 32 est venu interdire toute dissolution de combat, option qui était laissée ouverte dans l'article 74 d'avant la réforme de 1919. Nous sommes en présence ici d'un cas d'abrogation implicite et partielle.

Cette construction intellectuelle, décortiquée dans tous ses éléments, peut paraître complexe et sophistiquée. Pourtant, intuitivement, elle est aisée à comprendre, et du reste les praticiens du système politique luxembourgeois, à commencer par la grande-duchesse Charlotte, l'ont bien cernée. Nonobstant l'ouverture laissée par le manuel (« de référence » !) de Majerus, il n'a plus jamais été question au Luxembourg, depuis 1919, d'une dissolution monarchique de combat. La limite que d'aucuns (le Conseil d'Etat dans son avis de 2013) cherchent à découvrir dans la *coutume* se trouve, en vérité, déjà dans le *texte*. Encore faut-il prendre ce texte au sérieux et se donner la peine d'en creuser le sens.

5° La dissolution du 18 décembre 1958 : un second cas de dissolution-remède

Si les traces historiques des événements de 1925 ne permettent pas à l'observateur contemporain de conclure à l'existence d'une *opinio juris* et, partant, d'une coutume autour de la nouvelle pratique de la dissolution, les défenseurs de la coutume seront peut-être tentés d'arguer que le silence des acteurs de 1925 ne porte pas à conséquence. Ce silence serait « naturel » car 1925 serait le point de départ d'une nouvelle pratique. Il serait donc encore trop tôt pour trouver quelque discours des acteurs sur l'existence ou la naissance d'une coutume. Celle-ci émergerait par la suite. Or, même si l'on admet cet argument, le passé n'en reste pas moins silencieux sur une éventuelle *opinio juris*. C'est ce qui ressort de l'étude des dissolutions suivantes, à commencer par celle de 1958.

Le 9 décembre 1958²⁰⁷, le socialiste Victor Bodson, ministre des transports et de la justice, avait provoqué un débat à la Chambre des députés. Il a répondu à des articles de presse qui l'accusaient d'avoir violé la loi en ayant omis de transmettre au parquet les informations qu'il détenait, en sa fonction officielle, à propos d'une tentative de corruption d'un haut fonctionnaire par une entreprise participant à l'appel d'offre pour la construction de la station de contrôle des voitures à Sandweiler. Informé par le fonctionnaire en question, Bodson, en tant que ministre des transports, avait certes exclu l'entreprise de l'appel d'offre, mais n'avait pas, en sa qualité de ministre de la justice, déclenché l'action pénale. Ce débat, célèbre pour ses enjeux du point de vue des rapports entre le ministre de la justice et le parquet²⁰⁸, se solda, abruptement, par la chute du gouvernement de coalition CSV-LSAP. Au milieu du débat du 10 décembre 1958, la fraction chrétienne-sociale se solidarisa avec l'opposition libérale qui avait été à l'origine des critiques dans la presse. La motion du CSV, désavouant l'action de Bodson, fut votée avec les voix des députés chrétiens-sociaux et libéraux. Dès lors, par solidarité, le parti socialiste se retira du gouvernement, lequel présenta sa démission à la grande-duchesse Charlotte. Aucune nouvelle majorité ne voyait le jour, les partis ne

²⁰⁷ *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, 1958-59, p. 209 ss.

²⁰⁸ Sur l'histoire de la règle de l'indépendance du parquet au Luxembourg, cf. R. Biever, « Considérations sur le Ministère public. Allocation prononcée à l'audience publique solennelle de la Cour du 4 mai 2011 », *Pasicrisie luxembourgeoise*, t. 35, 2012, p. 103 ss.

voulant s'engager pour les quelques mois qui restaient de la législature (des élections ordinaires étaient normalement prévues pour le mois de juin 1959). Le 18 décembre 1958, la grande-duchesse Charlotte signa l'arrêté de dissolution de la Chambre des députés « sur proposition de (son) ministre d'Etat, président du gouvernement, et après délibération du gouvernement en conseil »²⁰⁹.

L'usage de l'article 74 en 1958 est le même qu'en 1925 : il s'agit d'une dissolution-remède. Y aurait-il des traces prouvant l'existence, du côté des acteurs de l'époque, d'une *opinio juris* dont l'objet serait la restriction de l'usage du droit de dissolution à la seule hypothèse d'une dissolution-remède ? Là aussi, il manque toute preuve historique pouvant conforter la thèse de l'existence d'une coutume.

6° Les étranges dissolutions, inutiles et à effet différé, de 2004 et de 2009. Le chevauchement de deux régimes de cessation

L'étude de ces deux dissolutions, que le Conseil d'Etat n'a pas mentionnées dans son avis du 18 juillet 2013, révèle que l'usage effectif du droit de dissolution du Grand-Duc (art. 74 Const.) ne se réduit pas seulement à des dissolutions-remède et qu'il y a déjà eu, avant 2013, dans le cadre de l'article 74, deux cas de dissolution à effet différé²¹⁰. Analysons donc ces actes en partie curieux, étranges, que sont les arrêtés grand-ducaux « portant dissolution de la Chambre des députés » du 4 juin 2004 et du 19 mai 2009²¹¹.

La première observation à leur sujet a trait au contreseing : alors qu'en 1915, 1925, 1958 et 2013, l'arrêté grand-ducal de dissolution est contresigné *par tous les ministres*, les arrêtés de 2004 et 2009 sont contresignés par le *seul premier ministre*. Les motifs sont également formulés d'une façon différente. La formule habituelle de 1915, 1925 et 1958 (« Sur proposition de Notre Ministre d'Etat, Président du Gouvernement, et après délibération du Gouvernement en Conseil »), que l'on retrouvera en 2013, est remplacée en 2004 et 2009 par la phrase suivante : « Sur le rapport de Notre Premier Ministre, Ministre d'Etat, et après délibération du Gouvernement en Conseil ». Se pose ici la question de savoir qui, en matière de dissolution, a le droit d'initiative et le pouvoir (exclusif ou solidaire ?) de contresigner l'acte ? En Grande-Bretagne, jusqu'au début du XX^e siècle, il était d'usage que le premier ministre ne pouvait « conseiller » (i.e. demander) au roi la dissolution du parlement qu'après décision collective du cabinet. Or, avec le remplacement du *cabinet government* par le *prime ministerial government*, le premier ministre s'est arrogé l'exclusivité de cette prérogative : depuis 1918, il en décide tout seul, sans être obligé de consulter quiconque.²¹² Tant que les gouvernements n'étaient formés que d'un parti, cet état des choses pouvait ne pas être problématique. Il en allait autrement une fois que le cabinet était formé d'une coalition et que, du fait de cette règle traditionnelle, le partenaire de coalition risquait d'être placé devant le fait accompli par le premier ministre. Cette problématique se pose aussi, et même à plus forte raison, au Luxembourg où, depuis 1919, la quasi-totalité des gouvernements ont été des gouvernements de coalition. Or, si dans la pratique du passé tous les membres du gouvernement ont été associés à l'arrêté grand-ducal de dissolution, le droit (en l'espèce l'article 45 Const.) n'exige qu'un seul contresignataire. En droit, un seul membre du gouvernement, quel qu'il soit (premier ministre, vice premier-ministre, ministre, voire secrétaire d'Etat), pourrait donc contresigner un arrêté grand-ducal de dissolution. En ce qui concerne le contreseing, les deux arrêtés de dissolution de 2004 et 2009 sont donc « surprenants » du point de vue de la pratique politique antérieure, mais ils ne sont nullement

²⁰⁹ Arrêté grand-ducal du 18 décembre 1958 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial*, n° 65, p. 1565. Pour l'arrêté grand-ducal de convocation des électeurs, cf. *ibid.* Les élections ont eu lieu le 1er février 1959.

²¹⁰ A ces deux cas s'ajoute la dissolution à effet différé que fut l'autodissolution de 1919. Cf. *supra* p. 495.

²¹¹ Arrêté grand-ducal du 4 juin 2004 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial A*, n° 80, p. 1160 ; arrêté grand-ducal du 19 mai 2009 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial A*, n° 116, p. 1682.

²¹² I. Jennings, *Cabinet Government*, Cambridge, CUP, 3e éd., 1959, p. 417 ss ; R. Blackburn, *The Meeting of Parliament*, p. 64 s ; *id.*, « The Prerogative Power of Dissolution of Parliament : Law, Practice, and Reform », *Public Law*, 2009, p. 766 ss.

contraires à la Constitution. Ils révèlent toutefois un inconvénient politique dont il serait bon de tenir compte lors de la refonte de la Constitution. Ne serait-il pas judicieux de confier le droit de demander (d'exiger ?) une dissolution au Conseil de gouvernement, organe collectif, voire de lui confier directement cette prérogative, comme c'est le cas en Suède ?²¹³

Remarquons aussi que, tant en 2004 qu'en 2009, les effets de la dissolution ont été différés dans le temps. Ainsi, l'arrêté de dissolution datant du 19 mai 2009 a énoncé en son article 1^{er} que la Chambre des députés sera dissoute, non pas immédiatement, mais à la date du 7 juin 2009 (« La Chambre des députés est dissoute le dimanche 7 juin 2009 »). En 2004, le décalage des effets a été moins important : l'arrêté grand-ducal signé le 4 juin fixait la date de la dissolution au 6 juin (art. 1^{er} : « La Chambre des députés est dissoute avec effet au 6 juin 2004 »).

Le plus déroutant dans les deux arrêtés grand-ducaux de dissolution de 2004 et 2009 est qu'une dissolution fondée sur l'article 74 (article qui figure dans les visas des deux textes) était, en l'espèce, superflète puisque les mandats des députés venaient de toute manière à expirer, en vertu de l'échéance du terme ordinaire de cinq ans. Les élections du 13 juin 2004 et du 7 juin 2009 ont été des élections ordinaires, régulières, fondées entre autres sur l'article 122 de la loi électorale du 18 février 2003 (version de l'époque) : « La sortie ordinaire des députés a lieu le premier dimanche du mois de juin ou, si cette date coïncide avec le dimanche de Pentecôte, le dernier dimanche du mois de mai ». Cet article 122 est d'ailleurs aussi visé par les deux actes dits « de dissolution » de 2004 et 2009. Somme toute, ces deux actes sont certes des normes valides (aucun juge n'a été saisi afin de leur dénier la validité) ; il n'y a pas de grief fondamental d'invalidité (le dispositif de l'article 74 n'interdit pas d'opérer une dissolution à la dernière minute avant les élections ordinaires) ; mais ces deux normes de dissolution sont parfaitement inutiles. En droit, contrairement à une opinion défendue par certains²¹⁴, le chef de l'Etat n'a pas besoin de dissoudre la Chambre des députés lorsque, de toute manière, le mandat des parlementaires vient à échéance en vertu du terme prévu par la Constitution et la loi électorale. La perte, par les individus concernés, de leur qualité de député se fait par l'écoulement du temps. Aucun acte formel n'est nécessaire pour « décider » ou même constater cette déchéance. La fin de leur mandat est automatique, en vertu des dispositions de la Constitution (article 56) et de la loi électorale (articles 121, 122, 134).

En l'espèce, l'application simultanée de la règle de l'échéance du terme et du droit de dissolution relève de la catégorie du « chevauchement », au sens de la classification de Peter Koller. Elle est sans aucune incidence pratique. Aucune des deux normes n'ajoute quelque chose par rapport à l'impact de l'autre. Dès lors, l'ajout d'une décision de dissolution est, d'un point de vue rationnel, absurde (mais cela n'empêche pas que ces deux actes normatifs aient existé et aient été valides). A rebours du Conseil d'Etat, qui, dans son avis du 18 juillet 2013, a ignoré ces deux dissolutions, il faut donc les mentionner au titre de l'application de l'article 74, car il s'agit bien de normes valides.

7° L'introuvable coutume en matière de dissolutions grand-ducales

Concluons en ce qui concerne l'allégation, par le Conseil d'Etat, de l'existence d'une coutume en matière de dissolution discrétionnaire par le Grand-Duc. Cette thèse se révèle infondée à la fois sur le plan matériel de l'usage et le plan psychologique de l'*opinio juris*.

²¹³ La proposition n° 6030, dans sa version initiale (2009, doc. parl. 6030-00), comportait un article 99 alinéa 3 qui énonçait : « La dissolution de la Chambre des députés prévue à l'article 78 doit faire l'objet d'une décision du conseil de gouvernement ». Or, à l'heure actuelle (mai 2014), cet article ne figure plus dans la version actualisée de la proposition (cf. le document visible sur le site www.forum.lu/constitution).

²¹⁴ L'idée ne se retrouve nulle part dans la doctrine juridique luxembourgeoise. En revanche, elle surgit de façon subite sous la plume de Nicolas Als qui, sans indiquer des sources, et sans autre explication, écrit dans son ouvrage d'histoire : « La dissolution de la Chambre est *prononcée à titre ordinaire à la fin de chaque législature*, et à titre extraordinaire en cas de crise politique survenant avant la fin de la législature » (N. Als, R.L. Philippart, *La Chambre des députés. Histoire et lieux de travail*, Luxembourg, Chambre des députés, 1994, p. 407 ; c'est moi qui souligne). La thèse pourrait tout au plus se revendiquer de l'ancien usage médiéval du terme « dissolution » et de l'actuelle terminologie de la doctrine juridique autrichienne (cf. *supra* p. 478), mais non de la conceptualisation du droit constitutionnel luxembourgeois. Comme l'écrit aussi, en droit belge, Francis Delpérée, *op. cit.*, p. 907 note 66 : « Il est incorrect de parler de dissolution des chambres lorsqu'au terme normal de la législature, celles-ci sont renouvelées intégralement ».

L'usage n'est pas uniforme et constant depuis le début du XIX^e siècle, si – ce qui soulève une question délicate de l'âge nécessaire d'un usage pour être qualifié d'usage constant – on doit remonter jusqu'au XIX^e siècle²¹⁵. Alors que les dissolutions de 1854 et 1915 avaient été des dissolutions de combat (le monarque voulait obtenir une chambre docile à ses propres vues ou du moins aux vues de son gouvernement, quitte, dans le pire des cas, à utiliser de façon répétée l'outil de la dissolution), celles de 1925, de 1958 (sans oublier la dissolution récente de 2013) furent des dissolutions-remède. Même si l'on restreint l'horizon aux seules dissolutions démocratiques du XX^e siècle (après 1919), l'usage n'est pas homogène puisqu'il y a, d'un côté, la pratique des dissolutions-remède (1925, 1958) et, de l'autre, la pratique (certes inutile, mais réelle et valide) des dissolutions de 2004 et 2009 que le Conseil d'Etat omet de citer dans son avis. En outre, dans le passé, il y a eu trois cas de dissolutions à effet différé (1919, 2004 et 2009), ce qu'ignore encore le Conseil d'Etat dans son avis. La pratique est donc variée. Même à supposer qu'il existe un usage uniforme et constant (l'usage des dissolutions-remède²¹⁶), il n'en resterait pas moins à prouver l'existence d'une *opinio juris*. Or, sur ce point – crucial –, l'avis du Conseil est totalement silencieux (lire §§13-19, § 34), alors même que la charge de la preuve pèse sur celui qui allègue l'existence d'une norme coutumière. L'étude historique n'a fait apparaître aucune trace, pas même la plus infime, témoignant d'une quelconque *opinio juris* dans l'esprit des acteurs d'antan à propos des usages du droit de dissolution. D'ailleurs, le Conseil d'Etat lui-même, dans ses divers écrits, officiels ou doctrinaux, antérieurs à 2013²¹⁷ n'a jamais évoqué l'existence d'une norme coutumière relative à l'article 74 Const. Il n'est donc guère surprenant que l'invocation subite, par lui, d'une coutume en ce domaine soit vécue comme une surprise par les élus, les citoyens et les membres de la science du droit.

En vérité, en matière de dissolution, les normes juridiques valides sont contenues dans le texte de la Constitution et dans celui de la loi électorale – textes qui, bien évidemment, doivent être interprétés, ce qui peut donner lieu à des variations de sens –, à l'exclusion toutefois de toute norme coutumière. Plus généralement, la prémisse même du raisonnement du Conseil d'Etat – l'existence d'une source de droit constitutionnel appelée « coutume constitutionnelle » – peut être questionnée. C'est cette critique plus fondamentale, touchant au contenant, qu'il convient à présent de développer.

B. La « coutume constitutionnelle », une source alléguée sans fondement

En vertu de quoi – sur le fondement de quel *fait*, de quelle *norme* (positive ou supra-positive) ou de quelle *théorie* –, un acteur ou un observateur d'un système juridique donné est-il autorisé à affirmer que, dans ce système, la coutume est, ou non, une source de droit constitutionnel ? Délicate, la question implique une réflexion épistémologique et théorique²¹⁸.

²¹⁵ Le Conseil d'Etat ne répond pas explicitement à cette question. Dans sa recherche historique, il remonte au-delà du texte constitutionnel de 1868 (cf. les deux événements cités par lui de 1856 et de 1867, §§ 14 et 15), mais il ne s'explique pas sur ce point.

²¹⁶ Faute de temps, il n'est guère possible d'entreprendre une analyse détaillée du contenu de toutes les normes coutumières que le Conseil d'Etat croit pouvoir dégager de cet usage. Soulevons juste une question à propos de l'une de ces normes : Quelle doit être, exactement, la nature de la « crise » justifiant l'usage par le Grand-Duc du droit de dissolution ? Faut-il, nécessairement, un « conflit entre le gouvernement et la Chambre » (en ce sens : § 13) ? Dans ce cas, le droit de dissolution ne pourrait plus être utilisé dans l'hypothèse suivante, bien connue de la littérature scientifique. Imaginons qu'après des élections, l'éventail des partis soit si éclaté, et les partis si divisés, qu'aucune majorité ne voit le jour. Dans cette hypothèse, il n'y a pas *stricto sensu* de conflit entre le gouvernement et le parlement. Ce dernier s'avère incapable de remplir sa mission de faire émerger une majorité et un gouvernement. Ce serait, incontestablement, une crise, mais non une crise au sens du § 13, ni même une crise au sens du § 25 de l'avis qui élargit le concept de « crise » aux crises « entre les partis de la majorité gouvernementale ». Sur ce point, soit la norme coutumière alléguée par le Conseil d'Etat dans les §§ 13 et 25 est floue, soit elle est parfaitement nette et précise (et dans ce cas la norme s'avérerait contre-productive pour le bon fonctionnement du régime).

²¹⁷ Lire *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution*, op. cit., p. 260, sub article 74 et l'avis du Conseil d'Etat du 6 juin 2012 sur la proposition de révision n° 6030 (cf. doc. parl. 6030-6, p. 72 ss).

²¹⁸ Pour un premier aperçu des pistes théoriques s'ouvrant au juriste, cf. V. Tiefenthaler, *Gewohnheit und Verfassung*, Wien, Facultas, 2012, p. 46 ss ; M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, Puf, 1994, p. 127 ss (« Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement ») ; C. Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht ? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. Winter, 1972, p. 81 ss.

Or, il arrive que des acteurs ou auteurs répondent à la question, de manière positive ou négative (peu importe), sans s'interroger au préalable sur la méthode permettant de valider la réponse. A l'encontre d'une telle attitude, la présente étude vise d'abord à éclaircir les termes de la question et le(s) chemin(s) menant à la réponse.

Une telle réflexion est d'autant plus indispensable qu'en droit comparé, les réponses peuvent varier d'un pays à l'autre²¹⁹ et que, au Luxembourg, un « même » acteur (le Conseil d'Etat luxembourgeois) a défendu, à différentes occasions, des positions sensiblement différentes sur ce sujet. En 1952, dans son avis sur la CECA²²⁰ et en 2013, dans ses avis sur la dissolution à effet différé et sur les douzièmes provisoires²²¹, le Conseil d'Etat s'est servi de l'idée de coutume constitutionnelle afin d'en tirer des normes applicables dans les cas d'espèce, sans toutefois approfondir ni la nature ni le fondement de cette « coutume ». En 1953, dans son avis sur la Communauté européenne de défense (CED)²²², il a évoqué comme une « évidence » l'idée que la coutume constitutionnelle était une source du droit (sauf si elle allait à l'encontre du texte de la Constitution), mais, une fois qu'il a abordé le fond de la question, il n'a plus invoqué aucune norme coutumière. Enfin, dans ses écrits à envergure plus systématique à l'instar du commentaire de la Constitution rédigé en 2006²²³ et du récent avis de 2012 sur la refonte de la Constitution²²⁴, la coutume était totalement absente.

²¹⁹ Dans nombre de pays à constitution écrite et rigide, la coutume constitutionnelle est rejetée comme source, que ce soit par la doctrine (dominante) ou, à plus forte mesure, par les juridictions constitutionnelles. La renaissance qu'a connue le droit constitutionnel grâce à la justice constitutionnelle ne profite pas à la coutume constitutionnelle. Cf. en France : V. Bouvier, « Le Conseil constitutionnel et la coutume », *Droits*, n° 3, 1986, p. 87 ss ; M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Institut universitaire Varenne, 2013, p. 86 ss. En Allemagne : C. Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht ?*, *op. cit.*, 1972, p. 10 s ; H.A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen, Mohr, 2000, p. 427 ss. En Autriche : V. Tiefenthaler, *Gewohnheit und Verfassung*, *op. cit.*, p. 19 s, p. 122 ss. Au Canada, il est distingué entre « usages » (simples habitudes politiques), « *constitutional conventions* » et « *constitutional law* ». Les usages politiques ayant acquis force normative sont catalogués sous le concept diceyen de « *constitutional conventions* » ; celles-ci n'ont pas force juridique (« law »), car elles ne sont pas justiciables. Le terme de « *customs* » n'est pas utilisé sauf à titre de synonyme de « *constitutional convention* ». Cf. spéc. P. Hogg, *Constitutional Law of Canada. 2010 Student Edition*, Carswell, Toronto, 2010, chap. 1 ; P. Monahan, *Constitutional Law*, 3rd edn., Irwin, Toronto, 2006. En Belgique, l'existence de coutumes dites « supplétives / *praeter legem* » est admise plutôt en doctrine, mais non par les juges. Cpr. P. Wigny, *op. cit.*, p. 177 ; F. Delpérée, *op. cit.*, p. 52 s, n° 38 (très critique) ; Y. Lejeune, *Droit constitutionnel belge*, Larcier, 2010, p. 79 ; H. Dumont, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », in I. Hachez et alii (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Anthemis, Limal (Belgique), 2012, vol. 1, p. 581 ss. En Finlande, le statut de la coutume est discuté au sein de la doctrine, mais elle semble admise par les acteurs politiques. Cf. J. Husa, *The Constitution of Finland*, Oxford, Hart, 2011, chap. 1 et 8. En Norvège, la Cour suprême (*Norges Høyesterett*) a admis la coutume constitutionnelle parmi les sources formelles de la Constitution. Cf. J. Husa, « Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective », *American Journal of Comparative Law*, vol. 48, 2000, p. 356 ss. Aux Pays-Bas, la coutume constitutionnelle est admise par une partie de la doctrine. Cf. L. Besselink, « Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Niederlande », in A. von Bogdandy, P.M. Huber, P. Cruz Villalon (dir.), *Ius Publicum Europaeum*, t. 1, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, p. 355 ss, 368. Sur la place de la coutume dans le droit constitutionnel britannique actuel, cf. *infra* note 288.

²²⁰ Avis du 9 avril 1952 (traité CECA), Documents parlementaires relatifs au projet de loi n° 395, p. 151 ss, spéc. p. 156 : « Il apparaît donc que les notions d'indépendance et de souveraineté ont évolué en marge des textes constitutionnels. Il semble au Conseil qu'un état de droit ayant persisté chez nous depuis plus d'une centaine d'années puisse être constitutif d'une coutume constitutionnelle susceptible de servir de base juridique à l'approbation du Traité ». Etais en cause l'interprétation des articles 1er et 37 Const.

²²¹ Avis du 10 décembre 2013 (douzièmes provisoires), Doc. parl. relatifs au projet de loi n° 6630, doc. 6630-2, p. 2.

²²² Avis du 31 juillet 1953 (CED), Doc. parl. relatifs au projet de loi n° 454, p. 1065 ss, spéc. p. 1067 : « La coutume constitutionnelle est, bien entendu, une source de droit, mais elle est imprécise et aux contours fuyants. (...) Elle ne peut être contraire aux dispositions formelles de la Constitution, dût-elle se fonder sur une répétition de faits remontant dans un lointain passé. (...) On ne crée pas du droit coutumier à l'encontre de la Constitution ». Cf. déjà, dans le même sens, l'avis du Conseil d'Etat du 23 juin 1953 sur le projet de loi n° 476 (ratification de la Convention du 29 avril 1952 entre le Luxembourg et la RFA relative aux contrôles de douane et de police), doc. parl., p. 1221 : « De bons esprits admettent qu'une coutume constitutionnelle peut se former en marge du texte écrit, mais non pas contre un texte ». Ces « bons auteurs » étaient les professeurs de droit civil français Colin, Capitain, Julliot de la Morandière, auteurs d'un *Traité élémentaire de droit civil*.

²²³ *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution*, *op. cit.*, 2006. L'idée de « coutume » est mentionnée juste à la page 192, à titre historique, en référence aux avis du Conseil à propos de la CECA et de la CED. Elle est absente ailleurs dans l'ouvrage de 2006. Elle est totalement absente dans la mise à jour de 2009.

²²⁴ Voir, au sein des documents parlementaires relatifs à la proposition de loi n° 6030, le doc. 6030-6. L'avis du 6 juin 2012 évoque parfois, de façon très incidente, des « pratiques coutumières » (p. 6, 12), une « coutume institutionnelle » (p. 77, 142), pour désigner visiblement de simples usages. Il manque toute réflexion sur la coutume constitutionnelle.

Pour commencer à répondre à la question posée, il est crucial d'acter d'abord un point fondamental : eu égard à la distinction épistémologique entre *Sein* et *Sollen*, le fondement de la coutume constitutionnelle est nécessairement une *norme*, et non un simple *fait* (social, politique) ou une *théorie scientifique*. Il faut donc chercher une norme, une norme dite « supérieure » (2°). Un autre point qui, d'emblée, mérite d'être souligné est l'ambiguïté de l'expression « coutume constitutionnelle ». A ce titre, il convient d'en distinguer deux sens possibles (1°).

1° La polysémie du vocable « coutume constitutionnelle » : sens fort et sens faible

Est en cause ici non pas le substantif « coutume », mais l'adjectif « constitutionnel ». Ce dernier terme peut être analysé à la lumière de la distinction entre le sens formel et le sens matériel du mot « Constitution ».

La pertinence de la distinction entre le sens formel et le sens matériel de la Constitution, à propos de la problématique de la coutume dite « constitutionnelle », est parfois récusée²²⁵. Or, ce binôme classique est éclairant à condition de se mettre d'accord sur sa définition²²⁶. Par Constitution au sens formel, il importe d'entendre dans le contexte de la présente recherche une classe de normes dont la particularité est d'être soit la classe suprême dans la hiérarchie des normes, soit, à tout le moins, une classe supérieure de normes (par rapport à la classe des lois) si, comme c'est le cas au Luxembourg, la position suprême est reconnue au droit international. L'adjectif « formel » dans « Constitution formelle » dénote donc ici le *rang* de la norme, et seulement le rang, quelle que soit la forme écrite ou non écrite de la norme, et quel que soit le fondement de ce rang. Si l'on part de cette définition, l'expression « coutume constitutionnelle » signifie que des normes coutumières (« non écrites ») ont rang constitutionnel, i.e. rang suprême ou supérieur (supra-légal)²²⁷. La conséquence logique est qu'en vertu de la règle de conflit classique *lex posterior derogat legi priori*, une norme constitutionnelle coutumière, si elle est postérieure à une norme constitutionnelle écrite, peut déroger à celle-ci et l'abroger (abrogation implicite). A ce sujet, il est habituel de parler d'une coutume *contra legem* ou, plus exactement, *contra constitutionem*. Eclairante à certains égards, cette formule risque toutefois d'induire en erreur le juriste : la préposition « *contra* » (contra « *constitutionem* ») suggère que la coutume s'oppose à la Constitution et, partant, se situe à l'extérieur de celle-ci²²⁸. Or cette déduction tirée de la simple dénomination est fautive car la dénomination elle-même est inexacte, car réductrice par rapport au concept sous-jacent. Selon celui-ci, la Constitution est composée à la fois des normes posées dans le texte et des normes posées via la coutume. Selon cette vision, la coutume se situe *dans* la Constitution, elle en est une composante essentielle (ce que traduit mal l'expression « coutume *contra constitutionem* »). Afin de désigner de la façon la plus objective possible

²²⁵ En ce sens : C. Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht ?*, op. cit., p. 58 ; H.A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, p. 267 ss. En revanche, la distinction est retenue par exemple par V. Tiefenthaler, op. cit., p. 77 ss.

²²⁶ Sur les différentes définitions, cf. L. Heuschling, « La Constitution formelle », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 1, 2012, p. 266 ss ; H.A. Wolff, op. cit., p. 268 s. Chez nombre d'auteurs, le caractère « formel » est lié à trois critères : 1° le rang dans la hiérarchie des normes (formel = rang suprême/supérieur) ; 2° le caractère écrit de la norme (formel = écrit) ; 3° la rigidité de la norme (formel = la norme ne peut être modifiée que selon la procédure spéciale de révision). Or, c'est amalgamer des facettes qui ne sont pas nécessairement liées. On peut imaginer une norme suprême/supérieure à la loi qui soit non-écrite, à l'instar de la coutume constitutionnelle (cf. en Angleterre l'affaire Dr. Bonham's Case de 1610 : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2001, p. 199 ss). Sur le plan analytique, il ne faut donc pas confondre le critère de l'écrit, d'un écrit dit « rigide », et le critère de la suprématie. Si l'on retient une définition trop étroite de la Constitution au sens formel (Constitution formelle = supérieure, écrite & rigide), la problématique serait dès le départ viciée car biaisée. La réponse (i.e. le refus de la coutume constitutionnelle au sens fort, strict) serait déjà inscrite dans les termes de la question et on aboutirait nécessairement à la conclusion de Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920-22), réimp., Paris, Dalloz, 2004, t. 2, p. 582 note 10 : « Il y a incompatibilité entre ces deux termes, Constitution et coutume ».

²²⁷ Cf. R. Capitant, « La coutume constitutionnelle » (1929), republié dans *RDP*, 1979, p. 968 : « Or, si l'on prend en considération la véritable notion de constitution, (...), si la constitutionnalité d'une règle réside non dans la procédure de sa création, mais dans le degré qu'elle occupe dans la pyramide juridique (...), alors la notion de coutume constitutionnelle cesse d'être contradictoire ». Dans le même sens : H.A. Wolff, op. cit., p. 272 s, 458 s.

²²⁸ En ce sens : M.A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Paris, Montchrestien, 2011, *verbo* « sources du droit constitutionnel », p. 445 : « Les prétendues coutumes *contra constitutionem* sont évidemment, par définition, contraires à la Constitution. Elles ne sauraient donc être considérées comme une source de la Constitution ».

cette thèse, je préfère parler de la « coutume constitutionnelle au sens fort, strict ou formel », ou, de manière encore plus explicite, d'une « coutume de rang constitutionnel ».

D'aucuns diront que ce premier sens du mot « coutume constitutionnelle » est le seul sens possible ou acceptable²²⁹. L'argument oublie toutefois que le mot « Constitution » est également, quoique à titre minoritaire, compris au sens matériel. Dès lors, l'expression « coutume constitutionnelle » doit aussi être envisagée dans cette perspective. Souvent, les auteurs qui distinguent deux types de coutumes constitutionnelles évoquent, au titre de la seconde catégorie, la coutume « *praeter legem* » ou « *praeter constitutionem* »²³⁰. Or qu'est-ce qui est entendu par ces formules ? Leur sens n'est pas parfaitement clair. En latin, la préposition « *praeter* » peut signifier, selon les contextes : devant, le long de, outre, indépendamment de, au-delà de, en dehors de, en opposition à, contre, hormis...²³¹ En général, ces auteurs entendent par coutume *praeter constitutionem* une norme coutumière qui vient « compléter » les normes du texte constitutionnel, qui en « comble les lacunes ». Ces formules, à leur tour, ne sont pas d'une parfaite clarté. *In abstracto*, l'on pourrait distinguer deux sens possibles. Soit il est affirmé que ces normes coutumières ont rang constitutionnel (dans ce cas, nous retombons dans l'hypothèse de la coutume au sens fort, et il n'est guère prouvé qu'il soit possible et nécessaire de distinguer deux sens de l'expression « coutume constitutionnelle »). Soit il est argué que ces normes coutumières portent sur la matière constitutionnelle, tout en ayant rang infra-constitutionnel, comme si on disait que la loi électorale (qui a rang légal, mais porte sur une matière constitutionnelle) « comble les lacunes » de la Constitution en matière d'élections ou « complète » la Constitution sur ce point. Retenons donc de ce qui précède que si l'on veut retenir un second sens du vocable « coutume constitutionnelle » – sens que je propose d'appeler le « sens faible, large ou matériel » de coutume constitutionnelle²³² –, le vocable désignerait des normes coutumières qui porteraient sur la matière constitutionnelle (d'où l'adjectif « constitutionnel »), mais qui auraient rang infra-constitutionnel. Dans ce cas, la coutume constitutionnelle pourrait tantôt être conforme à la Constitution (au sens formel / hiérarchique), tantôt être contraire à celle-ci, de même qu'une loi électorale, norme constitutionnelle au sens matériel, peut être conforme ou contraire à la Constitution au sens formel / hiérarchique.

A propos de la définition de la coutume constitutionnelle, il convient encore de faire trois remarques.

Première remarque. Au vu de ce qui vient d'être dit, il apparaît que la formule « coutume constitutionnelle » ne saurait désigner une norme qui (1) aurait rang constitutionnel, mais (2) n'aurait aucune force abrogatoire à l'égard des normes constitutionnelles écrites (elle ne pourrait qu'être « *praeter constitutionem* »). Si la coutume a le même rang que le texte, et qu'elle est postérieure, elle ne peut pas ne pas avoir force abrogatoire. Affirmer l'inverse reviendrait à saborder la règle classique *lex posterior* qui est l'un des fondements les mieux établis du raisonnement juridique.

Deuxième remarque. Dans certains avis du Conseil d'Etat et sous la plume de certains auteurs, étrangers²³³ ou luxembourgeois²³⁴, l'on trouve des définitions de la « coutume

²²⁹ J. Chevallier, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1387 note 34 : « La notion même de coutume constitutionnelle exige que la force juridique de cette coutume soit identique au texte constitutionnel ». Si l'on parlait de cette acception étroite, l'on pourrait se limiter à une démonstration plus réduite. Or, comme dans la littérature luxembourgeoise, circule toujours la distinction entre coutume constitutionnelle *contra legem* et *praeter legem*, la présente étude se doit d'envisager une autre définition du terme « coutume constitutionnelle ».

²³⁰ Fréquente, cette distinction n'est toutefois pas unanime. D'aucuns distinguent entre « *contra* », « *praeter* » (ou « *secundum* ») et « *intra legem* » (voir V. Tiefenthaler, *op. cit.*, p. 80 ss). D'autres auteurs distinguent entre « *secundum legem* », « *praeter legem* » et « *contra legem* » (F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 5e éd., 2000, n° 210 ss ; en droit commercial où la coutume est particulièrement présente : D. Houtcieff, *Droit commercial*, 2e éd., Paris, Sirey, 2008, n° 28 ss).

²³¹ H. Goelzer, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Flammarion, 1966, p. 464 ; F. Gaffiot, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 1937, p. 1229.

²³² G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, rééd. Dalloz, 2002, p. 122 avait proposé à ce sujet de distinguer entre coutume « de droit constitutionnel » et coutume « de droit politique ».

²³³ Cf. J. Laferrière, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944, p. 41 ss ; J. Chevallier, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1413 ss.

constitutionnelle » (parfois associée au qualificatif « *praeter legem* ») dans lesquelles la question de la coutume est étroitement imbriquée avec la problématique de l'interprétation, au point d'être confondue avec celle-ci. Cerner ces définitions n'est pas aisé car elles sont souvent floues ou contradictoires.

Parfois, le mot « coutume » est mobilisé par le Conseil d'Etat simplement pour dire qu'une certaine interprétation d'un article a été développée dans le passé, de façon récurrente, et que, dans l'affaire dans laquelle il a à statuer, il entend reprendre la même interprétation²³⁵. Ici l'apport du mot « coutume » est nul : pour dire qu'il est *possible* de reprendre une interprétation déjà retenue dans le passé, il n'est nul besoin d'invoquer le concept de « coutume ». Ce dernier mot ne véhicule aucune norme en l'espèce (l'acteur ne dit pas qu'il *doit* reprendre cette interprétation). Dans d'autres occurrences, le mot « coutume » est censé, à l'inverse, véhiculer une norme. Julien Laferrière avait ainsi estimé que l'on pouvait considérer qu'un texte constitutionnel court et imprécis, à l'instar de la Constitution française de 1875, avait implicitement repris, incorporé, les normes constitutionnelles véhiculées par la coutume constitutionnelle antérieure à ce texte (en l'espèce : antérieure à 1875). Est en cause ici une coutume constitutionnelle antérieure au texte. Mais, en vérité, le cœur du problème a trait à l'interprétation du texte constitutionnel : que signifie le silence (la brièveté) du texte ? L'éventuelle validité, après 1875, des normes coutumières antérieures à 1875 n'était pas due à la coutume. Ces normes étaient valides après 1875, parce que et dans la mesure où elles faisaient partie, implicitement, du texte constitutionnel de 1875. Il ne s'agissait donc pas (plus) de normes coutumières. Au Luxembourg, dans certains avis du Conseil d'Etat et sous la plume de Paul Schmit, l'on trouve encore un autre discours qui, lui, a trait à une coutume postérieure au texte. Selon ce discours, si, dans le passé, les acteurs politiques ont toujours retenu une certaine interprétation du texte constitutionnel²³⁶, cette interprétation est non seulement possible dans un cas présent ; elle est *obligatoire*. L'interprétation définie par les acteurs politiques dans le passé s'imposerait à leurs successeurs politiques²³⁷. L'interprétation ancienne aurait acquis rang constitutionnel, elle ferait corps avec la Constitution. En quelque sorte, l'interprétation se rigidifierait à l'égard des acteurs postérieurs par le biais d'un phénomène de cristallisation ou de pétrification. Par analogie, l'on est tenté de penser ici à l'attitude de la Chambre des lords d'avant 1966, lorsque, en tant que juridiction suprême du Royaume-Uni, elle avait défini la règle du précédent de telle façon à être liée par ses propres décisions antérieures (seul le parlement, par le vote d'une loi, pouvait la délier du respect de ses précédents).

Or, cette argumentation présentée sous couvert du terme de la « coutume » contredit la définition classique de la coutume. Il est avancé que la « coutume » aboutirait à la cristallisation d'une norme rigide (les acteurs politiques ne pourraient plus, par leur propre pratique, modifier cette interprétation, une fois qu'elle s'est imposée dans le passé ; pour la modifier, il faudrait une révision du texte constitutionnel). Pourtant, en théorie du droit, il est généralement admis qu'une norme coutumière peut être modifiée par une autre norme coutumière (contraire). La coutume est flexible, souple, évolutive. Dès lors, toute la construction d'une « coutume interprétative à effet pétrificateur » s'effondre en elle-même. Ce concept est inconcevable, car incohérent²³⁸. S'il s'agit d'une véritable coutume, la coutume interprétative doit logiquement pouvoir être remplacée par une nouvelle coutume interprétative ; il n'y a pas de rigidité. S'il y a rigidité, il ne peut s'agir d'un phénomène coutumier. En vérité, ce que le Conseil d'Etat, dans ce discours, entend affirmer sous couvert du terme impropre de « coutume » est une *certaine doctrine de l'interprétation*, selon laquelle il faudrait toujours faire prévaloir une *certaine* interprétation *historique*. Devrait prévaloir à l'heure actuelle, non pas forcément l'interprétation « originelle » (celle des pères fondateurs),

²³⁴ Cf. P. Schmit (membre du Conseil d'Etat), *Précis de droit constitutionnel*, p. 85.

²³⁵ En ce sens, l'avis du Conseil d'Etat du 9 avril 1952 relatif à la CECA (*supra* note 220).

²³⁶ Exemple : les acteurs, dans le passé, ont compris le mot « dissoudre » dans l'article 74 de la Constitution luxembourgeoise comme signifiant dissolution « immédiate », sans effet différé, alors que le texte, sur ce point, reste vague et permet les deux lectures.

²³⁷ Et aussi, logiquement, aux juges qui, en cas de saisine, seraient à leur tour amenés à interpréter le texte constitutionnel.

²³⁸ Sauf à proposer un nouveau concept de « coutume », ce que ne font pas ces auteurs ou acteurs.

mais celle qui, « par la suite » (quand exactement ?), s'est établie de manière constante dans la pratique, et sur laquelle il serait interdit de revenir (sauf par le biais d'une révision du texte constitutionnel). Dès lors, le débat se déplace vers la question de la désignation de la « bonne » méthode d'interprétation. Il faudrait à tout le moins justifier le choix de cette méthode d'interprétation particulière, selon le mode de justification propre à ce type de débat. En l'absence de toute indication du droit positif lui-même – à l'inverse d'autres textes, le texte constitutionnel luxembourgeois ne définit pas un ou plusieurs canons d'interprétation –, comment se justifie le choix de telle méthode plutôt que de telle autre ? Faire intervenir ici l'idée de coutume revient non seulement à méconnaître le concept classique de coutume, mais aussi à esquiver le véritable débat de fond.

Troisième remarque. De quel type de coutume constitutionnelle est-il question dans l'avis du Conseil d'Etat du 18 juillet 2013 ? La réponse à cette interrogation ne va pas de soi. Le Conseil d'Etat n'a pas explicité de quelle façon il entendait le vocable « coutume constitutionnelle » dans cet avis. La question de la nature de la coutume constitutionnelle n'est soulevée, ni dans la terminologie proposée de « faible/fort », ni même dans la terminologie ancienne, ambiguë qui distingue entre coutume *contra legem* et coutume *praeter legem*. Dans la phrase clé de l'avis du 18 juillet 2013 – « La dissolution que prévoit la Constitution luxembourgeoise est, dans la coutume constitutionnelle, du type de la dissolution-remède » (§13) –, le Conseil d'Etat entremêle le texte et la coutume, au point de les confondre. Serait-ce une application de cette curieuse construction (infondée) de la « coutume interprétative à effet pétrificateur » ? Quoi qu'il en soit, il ne faut point se laisser brouiller la vue. Si la coutume existe, elle constitue une source de normes à part, qu'il est possible de distinguer des normes consacrées dans le texte. En l'espèce, le texte (l'article 74 combiné avec d'autres articles) accorde au Grand-Duc un pouvoir discrétionnaire encore relativement étendu. Ainsi, par exemple, la liberté de définir la date d'effet de la dissolution ne lui est enlevée par aucun article. Dans l'avis du Conseil d'Etat, la coutume ajoute de nouvelles restrictions à ce pouvoir : elle retranche en particulier, selon le Conseil d'Etat, cette option de différer la dissolution. La coutume constitutionnelle alléguée contredit donc, sur ce point précis, l'article 74. Elle ajoute une limite qui ne figure pas dans le texte constitutionnel. Cette limite issue de la coutume est-elle valide ? Pour le savoir, il faut envisager deux pistes de réflexion, en partant de la distinction entre le sens fort et le sens faible de la coutume constitutionnelle²³⁹.

Soit la limite ajoutée se situe au même rang que les normes du texte constitutionnel. Sa validité est assurée à condition qu'elle soit plus récente et que l'on admette la prémisse générale selon laquelle, au Luxembourg, la Constitution au sens formel / hiérarchie serait formée à la fois des normes consacrées dans le texte de la Constitution de 1868 et des normes véhiculées par la coutume. C'est la piste de la coutume constitutionnelle au sens fort. Soit – et c'est l'autre piste, celle d'une coutume constitutionnelle au sens faible –, cette nouvelle limite a été ajoutée par le biais d'une norme coutumière de rang infra-constitutionnel. Dans ce cas, il faudrait de prime abord conclure que la norme constitutionnelle coutumière est inconstitutionnelle puisqu'elle contredit l'article 74 Const., à moins de prouver que l'auteur de la coutume a été habilité à cet effet par une norme supérieure, en particulier par un article du texte constitutionnel de 1868. En effet, une norme inférieure peut valablement ajouter de nouvelles restrictions à un pouvoir ou à une liberté établie par des normes de rang supérieur, si celles-ci l'habilitent à le faire²⁴⁰. Est-ce le cas en l'espèce ? Existe-t-il une norme supérieure habilitant la coutume constitutionnelle au sens faible à poser de nouvelles

²³⁹ Dans mon premier commentaire de l'avis, je n'avais envisagé qu'une seule possibilité (la première des deux). Sur ce point, je corrige et complète mon analyse, sans toutefois devoir changer de conclusion.

²⁴⁰ Un exemple simple : dans la Constitution de 1868 (version originale), l'article 52 définissait l'extension du corps électoral en fonction de quatre critères et prévoyait, en outre, dans son alinéa 4, que la loi (norme infra-constitutionnelle) pouvait ajouter de nouveaux critères d'exclusion du corps électoral (c'est en vertu de cette habilitation que, dans le passé, la loi électorale a pu écarter les personnes assistées, les tenanciers de bars, les patrons de bordel, etc.). De façon analogue, il est à noter qu'une exception à une règle ne se trouve pas forcément au même niveau que la règle de principe (imaginons que celle-ci se trouve dans une loi). L'exception peut être ajoutée par le biais d'une norme inférieure (ex. un règlement) à condition que celle-ci soit habilitée à le faire par une norme ayant le même rang que la règle de principe (ici : la loi, qui habilite le règlement à introduire des exceptions). Cf. L. Heuschling, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in M. Fatin-Rouge Stéfani, A. Vidal-Naquet, *La norme et ses exceptions*, Bruylant, Bruxelles, 2014.

restrictions au pouvoir de dissolution du Grand-Duc ? Voilà qui reste à vérifier. En tout cas, étant donné que le Conseil d'Etat n'explicite pas la nature de la « coutume constitutionnelle » invoquée par lui, il nous faut envisager les deux hypothèses de la coutume constitutionnelle au sens fort et au sens faible.

2° A la recherche d'une norme supérieure servant de fondement à la coutume

Comme déjà évoqué, eu égard à la distinction entre *Sein* et *Sollen*, le fondement d'une norme se situe logiquement dans une norme, une norme de rang supérieur. Mais où situer cette norme supérieure ? A l'étude, la question s'avère complexe, car il faut envisager une multiplicité d'hypothèses théoriques. Pour quadriller un tant soit peu le champ de l'étude, il est utile de partir de la distinction entre sens fort et sens faible de la coutume constitutionnelle. De prime abord, l'on est tenté de penser que le fondement de la coutume constitutionnelle au sens faible (source de droit de rang infra-constitutionnel) doit être cherché dans cette norme supérieure qu'est la Constitution (au sens formel / hiérarchique). A l'inverse, pour la coutume constitutionnelle au sens fort (source de droit de rang constitutionnel), la seule option ouverte serait celle d'un fondement normatif se situant au-delà de la Constitution (« droit naturel »). Or, à l'étude des divers présupposés théoriques mobilisés ou mobilisables dans ce débat, il s'avère qu'une telle vision est trop simple et nécessite d'être enrichie. Selon les divers cadres théoriques, la norme supérieure servant de fondement à une coutume constitutionnelle au sens fort ou au sens faible pourrait se situer soit en droit positif, soit au-delà du droit positif. Il existe ainsi quatre hypothèses. Or, chacune de ces quatre pistes, qui seront approfondies à tour de rôle dans le cadre du droit luxembourgeois (a, b, c), s'avère être une impasse.

a) La coutume constitutionnelle au sens faible : l'absence de fondement dans et au-delà du texte de la Constitution de 1868

Commençons par l'hypothèse de la coutume constitutionnelle au sens faible. Comment savoir si, au Luxembourg, une telle source de droit de rang infra-constitutionnel existe ? Pour d'autres sources de rang infra-constitutionnel, la réponse semble assez simple : il suffit de consulter la Constitution. Pour que la « loi », le « règlement ministériel » ou un « arrêt de la Cour de cassation » soit une source de droit de rang infra-constitutionnel dans un système juridique donné, il faut que cette source soit reconnue par la Constitution ou, à tout le moins, par une autre norme supérieure de droit positif. On raisonne en droit positif. C'est une norme de droit positif qui institue une source de droit. Ne faudrait-il pas raisonner de la même manière pour la coutume constitutionnelle au sens faible ? Or, curieusement, un certain nombre de juristes ont adopté sur ce point un avis théorique différent.

Kelsen affirme que la coutume de rang infra-constitutionnel peut être consacrée, en tant que source de droit positif, soit par la Constitution, soit par la *Grundnorm* (la norme fondamentale) qui n'est plus une norme de droit positif, mais fonde la validité de la première norme de droit positif²⁴¹. D'un côté, Kelsen dit certes que : « *Als objektiv gültige Rechtsnorm kann aber der subjektive Sinn des Gewohnheitstatbestandes nur gedeutet werden, wenn dieser so qualifizierte Tatbestand in der Verfassung als Rechtsnorm-erzeugender Tatbestand eingesetzt ist* »²⁴². Mais il poursuit : « *Wie schon früher betont, kann Gewohnheitsrecht von den rechtsanwendenden Organen nur angewendet werden, wenn die Organe als hierzu ermächtigt angesehen werden können. Wird diese Ermächtigung nicht durch die Verfassung im positivrechtlichen Sinne erteilt [...], dann muss, wenn die Anwendung eines Gewohnheitsrechts und insbesondere eines dem Gesetzesrecht derogierenden Gewohnheitsrechtes als rechtmässig angesehen werden soll*²⁴³, vorausgesetzt werden, dass die Einsetzung

²⁴¹ Lire H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2e éd. (1960), p. 228 ss ; *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, p. 299 ss.

²⁴² *RR*, p. 232 ; *TPD*, p. 304.

²⁴³ A titre d'illustration, l'on peut penser ici à la situation de la coutume (des « usages ») en droit commercial en France et au Luxembourg. La validité d'usages commerciaux dérogeant à des lois impératives (coutume *contra legem*) y est admise par la doctrine et les juridictions, sans aucun fondement constitutionnel. Cf. M. Salah, « L'usage *contra legem* », *Les petites affiches*, 8 novembre 1991, n° 134 ; M. Salah, « Usages commerciaux »

der Gewohnheit als rechtserzeugender Tatbestand schon in der Grundnorm, als der Verfassung im rechtslogischen Sinne, erfolgt »²⁴⁴. Un raisonnement analogue se retrouve aussi sous la plume de Hart²⁴⁵.

L'argument se trouve également, quoique dans un autre cadre théorique, sous la plume de Pierre Pescatore dans son *Introduction à la science du droit*. Au titre de la théorie des sources du droit en droit luxembourgeois, Pescatore affirme, d'une part, que la coutume est une source « subsidiaire » en droit constitutionnel luxembourgeois (« subsidiaire » voulant dire : inférieure au texte de la Constitution²⁴⁶) et, d'autre part, que la coutume tant nationale qu'internationale relève, avec la Constitution (le texte de 1868), des « sources suprêmes », c'est-à-dire des sources qui trouvent leur fondement hors du droit positif. « Ces sources [la Constitution, la coutume nationale, la coutume internationale] ont un fondement méta-juridique, c'est-à-dire qu'elles sont justifiées par des considérations qui dépassent le droit »²⁴⁷. Or, pourquoi faudrait-il admettre qu'une source de rang immédiatement infra-constitutionnel existe, sans être consacrée dans cette Constitution ? Il faudrait à tout le moins un argumentaire théorique puissant. Or celui-ci n'est pas fourni.

Mais, à la limite, admettons cette grille d'analyse : pour que la coutume soit une source de droit de rang infra-constitutionnel dans un système juridique donné, il faut et il suffit qu'elle soit consacrée ou bien dans cette norme supérieure de droit positif qu'est la Constitution²⁴⁸, ou bien dans une norme supérieure de nature méta-juridique, à l'image de la *Grundnorm* chez Kelsen ou des valeurs morales chez Pescatore. A la lumière de cette grille, quelle est la réponse pour le Luxembourg ? Cherchons d'abord dans le droit positif, dans la Constitution, avant d'envisager l'au-delà du droit positif.

Le texte de la Constitution luxembourgeoise de 1868, tel que modifié à ce jour, érige-t-il, en matière constitutionnelle, la coutume en source de rang infra-constitutionnel ? Poser la question d'un fondement de droit positif pour la coutume n'est pas en soi une question absurde, à l'inverse de ce que suggèrent certains auteurs selon lesquels, « par nature », la coutume se déploie et s'impose hors de toute habilitation de la part d'un texte. La riche étude en droit comparé de Katrina Cuskelly montre qu'il existe, dans le monde, de très nombreux textes de droit positif de rang constitutionnel²⁴⁹ qui, de manière explicite, reconnaissent à la coutume un certain rang (infra-constitutionnel) et un certain champ d'application (la régulation de tel ou tel domaine de la vie sociale). La problématique est donc, d'abord, une problématique en droit positif. Or, au Luxembourg, les auteurs et acteurs qui allèguent l'existence de la coutume constitutionnelle au sens faible ne citent aucune norme de droit positif à l'appui de leur thèse. Les divers avis du Conseil d'Etat sont

(oct. 2007 ; mise à jour : sept. 2011), in *Répertoire de droit commercial*, n° 60 ss ; D. Houtcief, *Droit commercial, op. cit.*, n° 31 ; J.-B. Blaise, *Droit des affaires*, 4e éd., Paris, LGDJ, 2007, n° 51.

²⁴⁴ H. Kelsen, *RR*, p. 232 ; *TPD*, p. 305.

²⁴⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edn, Oxford, Clarendon, 1994, chap. VI, p. 101.

²⁴⁶ Lire P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1978, p. 101 ss.

²⁴⁷ P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, p. 129.

²⁴⁸ Par souci de simplification, les autres sources de droit positif pouvant porter sur la matière constitutionnelle (lois, règlements grand-ducaux, règlement interne au parlement, droit princier, etc.) ne seront pas analysées.

²⁴⁹ Voir, par ex., art. 66 Const. Namibie 1990 (« *Both the customary law and the common law of Namibia in force on the date of Independence shall remain valid to the extent to which such customary or common law does not conflict with this Constitution or any other statutory law* ») ; art. 9, 34, 78 Const. Éthiopie 1994 ; art. 2 Const. Libéria 1986 ; section 110, 200 Const. Malawi 1994 ; sect. 237, 265, 280, 282, 288 Const. Nigéria 1999 ; art. 11 Const. Ghana 1992 ; art. 170 Const. Sierra Leone 1991 ; sect. 15, 25, 39 Const. Afrique du sud 1996 ; art. 89, 139 Const. Pérou 1993 ; sect. 22, 25, 35 Const. Canada 1982 ; art. 13, 371A, 371G Const. Inde 1949 ; art. 8, 28, 203B, 247 Const. Pakistan 1999 ; art. V sect. 1 et 2, art VIII sect. 6 Const. Palaou 1979 ; sect. 38 Const. Fidji 1997 ; art. XI sect. 11 Const. Micronésie 1975 (« *Court decisions shall be consistent with this Constitution, Micronesian customs and traditions, and the social and geographical configuration of Micronesia.* ») ; art. 125, 149 n° 8 Const. Espagne 1978 ; art. 79, 84 Const. Andorre 1993 ; art. 77 Const. France 1958 ; art. 44 § 7 Const. Roumanie 1991 (« Le droit de propriété oblige au respect des charges concernant la protection du milieu environnant et le bon voisinage, ainsi qu'au respect des autres charges qui, selon la loi ou la coutume, incombent au propriétaire »). Lire K. Cuskelly, *Customs and Constitutions : State Recognition of Customary Law around the World*, Draft for Comments. IUCN Regional Environment Law Programme, Asia (2010), consultable sur internet : http://cmsdata.iucn.org/downloads/customs_and_constitutions_15_09_10.pdf. Selon cette étude, sur un total de 172 constitutions contemporaines étudiées, 104 comportaient une référence à la coutume.

totalemment silencieux sur ce point. Il est, en effet, très difficile de débusquer dans le texte de la Constitution luxembourgeoise de 1868 une quelconque habilitation de la coutume.

Déjà le mot «coutume» ne figure nulle part dans le texte de la Constitution luxembourgeoise actuelle, pas plus que quelque autre terme équivalent («usages», «tradition», etc.). L'habilitation de la coutume serait-elle implicite? Dans ce cas, dans la pénombre de quel article faudrait-il la chercher? Puisque, en l'espèce, le débat qui nous intéresse porte sur la dissolution, ce serait l'article 74 Const. Or il serait pour le moins osé d'affirmer que l'article 74 Const. consacre non seulement, de manière explicite, le droit de dissolution du Grand-Duc, mais habiliterait en plus, de manière implicite, certains acteurs socio-politiques (lesquels?) à définir par voie de coutume de nouvelles restrictions à ce pouvoir. Le Conseil d'Etat n'en souffle mot, ni dans son avis du 18 juillet 2013, ni dans son commentaire de la Constitution. Le même silence prévaut aussi dans le reste de la doctrine luxembourgeoise. L'habilitation implicite serait-elle à chercher, entre les lignes, dans une disposition plus générale à l'instar de l'article 32 (la souveraineté de la nation)? Outre d'élire ses représentants et de participer directement, à de rares occasions, à la production de normes écrites (art. 114 Const.), la nation pourrait-elle exprimer sa souveraineté par le biais de la génération de normes coutumières? Pour l'instant, à une exception près (marginale et totalement oubliée de nos jours²⁵⁰), aucun commentateur de la Constitution luxembourgeoise n'a défendu un tel point de vue²⁵¹.

L'absence d'argument de droit positif est patente également dans le récent manuel de droit constitutionnel luxembourgeois écrit par Paul Schmit, juriste, membre du Conseil d'Etat, en collaboration avec Emmanuel Servais, haut fonctionnaire au Conseil d'Etat. L'un des traits saillants de ce manuel est qu'il affirme de façon assez développée, au sein du chapitre relatif aux «caractéristiques de la Constitution [luxembourgeoise]», «la place de la coutume dans la Constitution»²⁵². C'est une innovation. C'est le premier manuel de droit constitutionnel au Luxembourg à affirmer cette thèse. Dans les deux manuels classiques, antérieurs – celui de Paul Eyschen²⁵³ et celui de Pierre Majerus²⁵⁴ –, la coutume n'est pas même évoquée. Le même constat d'absence, de silence, se vérifie dans d'autres exposés systématiques du droit constitutionnel luxembourgeois²⁵⁵. L'intitulé qui peut prêter à confusion (que veut dire «dans la Constitution»? est clarifié par la suite: Paul Schmit distingue entre, d'une part, la «coutume *contra legem*» à valeur abrogatoire, qui est catégoriquement rejetée²⁵⁶, et, d'autre

²⁵⁰ Léon Metzler, *Mélanges de droit luxembourgeois*, Bruylant / J. Beffort, Bruxelles / Luxembourg, 1949, p. 293 ss («La coutume constitutionnelle»). Sur la thèse de cet auteur, voir *infra* p. 537.

²⁵¹ Sur la définition habituelle de la souveraineté de la nation, cf. P. Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, p. 128 ss, 132 ss; *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution*, p. 138 ss; P. Schmit, *Précis de droit constitutionnel*, p. 26 s.

²⁵² C'est l'intitulé du point 4.1.3, pages 83 à 86 de P. Schmit, *Précis de droit constitutionnel. Commentaire de la Constitution luxembourgeoise*, Luxembourg, Editions Saint-Paul, 2009.

²⁵³ Cf. l'absence de toute mention de la coutume dans l'index et les pages relatives à la Constitution et aux sources du droit chez P. Eyschen, *Staatsrecht* (1910), p. 13 ss.

²⁵⁴ L'index du manuel de Pierre Majerus ne renvoie, sous le *verbo* «coutume», qu'à la succincte introduction de théorie générale du droit (*L'Etat luxembourgeois*, 6e éd., 1990, p. 21-24) où est évoquée aussi la coutume (p. 24). Or le propos se limite à deux affirmations: d'une part, il est affirmé de manière générale que «la coutume ne peut jamais déroger à une règle d'ordre public» et, d'autre part, Majerus, auteur d'un manuel de droit constitutionnel et administratif, se contente de citer le droit civil et, surtout le droit commercial, comme branches où la coutume serait présente. Il n'est question d'une coutume constitutionnelle ni à cet endroit, ni par la suite, lorsque l'auteur aborde la dogmatique du droit constitutionnel et administratif luxembourgeois. Lorsqu'il définit la Constitution luxembourgeoise (p. 22, p. 43-49), il n'évoque jamais la coutume constitutionnelle. Au contraire, il affirme de façon tranchante: «La Constitution est une constitution écrite du système rigide. Elle est écrite, comme la loi ordinaire, et non pas coutumière, comme par exemple la Constitution anglaise». Par la suite, il n'évoque aucune norme coutumière, que ce soit, par exemple, en matière de dissolution (p. 169, 220) ou sur d'autres questions (voir, par ex., p. 173, où il évoque des «usages politiques», mais non une coutume constitutionnelle).

²⁵⁵ Lire par ex. R. Frauenberg, *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, op. cit.; P. Pescatore, *L'organisation générale de l'Etat au Grand-Duché de Luxembourg*, 2e éd., Luxembourg, 1953; M. Thewes, «Le régime politique du Grand-Duché de Luxembourg» in Y. Guchet (dir.), *Les systèmes politiques des pays de l'Union européenne*, Paris, Colin, 1994, p. 313 ss; J. Thill, L. Frieden, «The Grand-Duchy of Luxembourg» in L. Prakke, C. Kortmann (dir.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 549 s; *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution*, etc.

²⁵⁶ P. Schmit, op. cit., p. 83: «La coutume ne saurait cependant revêtir de caractère supra-constitutionnel qui lui permettrait de lier le constituant lui-même. Elle ne saurait non plus comporter d'effet *contra legem* qui reviendrait à abroger ou du moins à suspendre l'effet de telle disposition écrite de la Constitution. Cette

part, la « coutume *praeter legem* » qui, à l'inverse, est admise comme une source du droit constitutionnel luxembourgeois. Précisons aussi que l'auteur situe la coutume *praeter legem* « à côté du texte écrit ».²⁵⁷ Cette formule pourrait signifier que la coutume a, au sein de la hiérarchie des normes, le même rang que le droit constitutionnel écrit. Dans ce cas, si la coutume est postérieure, elle devra l'emporter sur le texte en vertu de la règle *lex posterior*. Dès lors, la coutume *praeter legem* ne se différencierait plus de la coutume *contra legem* et la récusation énoncée par Paul Schmit à l'égard de celle-ci vaudrait aussi à l'égard de celle-là. Aucune coutume ne serait donc, en vérité, admise. Toutefois, puisque l'auteur insiste dès le départ sur l'existence d'une différence entre *deux* types de coutume constitutionnelle, admettons donc que la formule « à côté du texte écrit » est maladroite, voire erronée, et peut être ignorée par le lecteur. Si la coutume dite *praeter legem* a une identité propre, il ne peut s'agir que de ce que j'appelle la coutume constitutionnelle au sens faible : des normes coutumières de rang infra-constitutionnel, mais portant sur une matière constitutionnelle. (La thèse de la « coutume interprétative à effet pétrificateur » étant inconcevable pour les raisons évoquées plus haut, elle ne sera plus évoquée ici). Quel serait le fondement en droit positif luxembourgeois d'une telle coutume *praeter legem* ? Paul Schmit ne cite pas d'article de la Constitution luxembourgeoise. A la place, il avance deux types d'arguments.

Le premier argument est un renvoi à la doctrine. « La doctrine ne conteste pas l'existence en droit constitutionnel de la coutume, surtout si elle se présente dans la forme '*praeter legem*' ».²⁵⁸ La doctrine (on imagine : luxembourgeoise) vaut-elle argument de droit positif (luxembourgeois) ? Ce serait le cas si la doctrine citée se référait à une norme du droit positif. Or de quelle doctrine est-il question, car, comme déjà indiqué, la quasi-totalité des auteurs luxembourgeois qui se sont penchés sur le droit constitutionnel luxembourgeois (Eyschen, Frauenberg, Majerus, L. Frieden, M. Thewes, etc.) ne parlent pas de coutume ? Paul Schmit cite d'abord des propos de théorie générale de l'Etat développés dans le manuel français de Frédéric Rouvillois²⁵⁹. Or, la théorie générale de l'Etat a certes, en principe, une portée potentiellement universelle (« générale »), mais son objectif cognitif n'est pas d'indiquer pour chaque pays (en particulier pas pour le Luxembourg) le système des sources en vigueur. Son objectif est d'esquisser une classification abstraite des types de sources. La théorie générale de l'Etat ne peut donc servir de fondement pour valider la prétention de la coutume au rang de source juridique au Luxembourg. La question des sources est une question que chaque système règle lui-même, en fonction de son droit positif et de sa *rule of recognition*, et c'est la théorie particulière à cet Etat qui présente le système des sources en vigueur. Paul Schmit cite ensuite l'ouvrage luxembourgeois *Introduction à la science du droit* écrit par Pierre Pescatore. Outre des propos de théorie générale du droit, cet ouvrage se veut aussi être une théorie (particulière) du droit luxembourgeois. Comme déjà dit, Pescatore affirme que la coutume est une source « subsidiaire » en droit constitutionnel luxembourgeois, « subsidiaire » voulant dire : inférieure au texte de la Constitution²⁶⁰. Or le propos de Pescatore est des plus succincts. Il allègue davantage l'existence de la coutume qu'il ne la prouve²⁶¹. En tout cas, il ne cite aucune norme de droit positif au titre du fondement de cette coutume, pour la bonne raison qu'il estime, comme déjà dit, que la coutume nationale constitue, à côté de la coutume internationale et de la Constitution, une « source suprême » qui trouve son fondement hors du droit positif²⁶². Pescatore renvoie donc la question vers le niveau méta-juridique, sans indiquer toutefois selon quelle méthode il est possible à un juriste (luxembourgeois) de savoir pourquoi, et comment, le niveau méta-juridique au Luxembourg consacre la coutume en tant que source infra-constitutionnelle. Le mystère reste donc entier

conception se heurterait en effet à la règle de l'article 113 de la Constitution ». Cf. article 113 : « Aucune disposition de la Constitution ne peut être suspendue ».

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 83.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 83.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 84, citant F. Rouvillois, *Droit constitutionnel. Fondements et pratiques*, Paris, Flammarion, 2002, p. 121 s.

²⁶⁰ Lire P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1978, p. 101 ss.

²⁶¹ Le caractère « théorique », artificiel, de la proclamation de la coutume en tant que source du droit constitutionnel chez Pescatore se révèle également lorsqu'il est amené à faire de la dogmatique du droit constitutionnel luxembourgeois. Dans ses écrits de ce type, la coutume est très peu présente. Cf. *infra* note 299.

²⁶² P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, p. 129.

chez Pescatore. Quant à Paul Schmit, il s'avance en partie sur ce terrain délicat à travers son second argument.

Le deuxième argument avancé par P. Schmit est conséquentialiste : il a trait aux effets politiques regrettables qu'aurait le rejet de la coutume. « Il faut sans doute concéder une place relativement importante à la coutume *praeter legem* dans la Constitution luxembourgeoise. En effet, le compromis trouvé en 1868 [...] a consisté à réaffirmer sur le *plan politique* les principes démocratiques qui avaient prévalu en 1848, *tout en ménageant dans le texte écrit* le principe monarchique »²⁶³. « Nombre de pratiques institutionnelles, comme le droit de la Chambre des députés de retirer sa confiance au gouvernement en vue de l'obliger à démissionner, ne sont pas explicitement prévues dans la Constitution, mais sont unanimement reconnues comme étant *nécessaires pour assurer l'équilibre entre les pouvoirs* (...) »²⁶⁴. Ici on retrouve une constellation politique et idéologique intéressante que j'appellerai par la suite (cf. *infra* point c) « la mue libérale et démocratique de la coutume ». Puisque le texte écrit est en retard sur la pratique politique, plus démocratique, il est urgent et légitime, en démocratie, d'admettre le rôle de la coutume. Notons simplement ici qu'il ne s'agit pas d'un fondement de droit positif, mais d'un argument méta-juridique. Celui-ci mobilise, de manière implicite, un horizon axiologique – une constellation de valeurs – qui, certes, est en soi concevable, et qui n'est pas sans certains attraits, mais qui ne correspond pas, ainsi qu'on le verra (cf. *infra* point c), à la *rule of recognition* qui, au Luxembourg, sous-tend le droit positif.

A titre de conclusion d'étape, à supposer que la coutume constitutionnelle invoquée au Luxembourg doive être comprise comme une coutume constitutionnelle au sens faible, il s'avère que celle-ci est dépourvue de tout fondement, en droit positif et, comme on le verra, hors du droit positif (voir point c). Reste alors la thèse de la coutume constitutionnelle au sens fort, qui, seule, est encore susceptible de fonder les affirmations du Conseil d'Etat dans son avis du 18 juillet 2013.

b) La coutume constitutionnelle au sens fort : l'absence de fondement dans le texte de la Constitution de 1868

A première vue, le fondement de la coutume constitutionnelle au sens fort (celle qui aurait le même rang que les normes du texte constitutionnel) doit être cherché dans une norme se situant *au-delà* du texte de la Constitution, dans une norme *méta-juridique*²⁶⁵ qui fonderait et articulerait la partie écrite de la Constitution et sa partie non écrite, coutumière. Si telle est une piste de recherche (cf. *infra* point c), il en existe une autre qu'il convient d'évoquer d'abord. Celle-ci consiste – aussi surprenant que cela puisse paraître à première vue – à chercher le fondement de la coutume constitutionnelle au sens fort dans le texte de la Constitution.

Peu analysé sur le plan théorique (bien qu'il soit déjà utilisé en dogmatique), ce raisonnement peut de prime abord dérouter. Pourtant, il ne fait que transposer à la coutume constitutionnelle au sens fort un raisonnement parfaitement admis en ce qui concerne les révisions constitutionnelles. Entre les révisions et les coutumes constitutionnelles au sens fort, il existe en effet une analogie car chacune de ces sources vise, de manière différente, à modifier la Constitution (à en abroger des normes). Or, en ce qui concerne la révision, il est à noter que celle-ci occupe une position quelque peu étrange dans la hiérarchie des normes : elle est à la fois en dessous de la Constitution et au même niveau. C'est spécialement l'école de Vienne qui a attiré l'attention sur ce phénomène intrigant²⁶⁶. Les normes que sont les révisions sont produites en vertu de la Constitution et, de ce point de vue (du point de vue de

²⁶³ P. Schmit, *op. cit.*, p. 84 (souligné par moi). Lire aussi la préface, p. 11 s.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 85 (souligné par moi).

²⁶⁵ Un mot sur le mot « méta-juridique ». Par convention linguistique, et afin de faciliter la compréhension du débat, j'entends par « méta-juridique » ce qui est « au-delà du droit positif ». Le « juridique » est donc, ici, par stipulation, défini en référence au seul droit positif. Le terme « méta-juridique » ne vaut pas, *ipso facto*, adhésion à une définition positiviste du droit, puisque ce terme peut être utilisé à la fois par des positivistes et des jusnaturalistes.

leur création), elles doivent être considérées comme des normes inférieures à la Constitution²⁶⁷. La hiérarchie est établie ici en fonction du critère de la « *rechtliche Bedingtheit* ». Or, d'un autre point de vue – le critère qu'Adolf Merkl appelait « *derogatorische Kraft* », la force dérogatoire (d'aucuns parlent aussi, de nos jours, de la force d'invalidation)²⁶⁸ –, les révisions se situent au même niveau que la Constitution puisqu'elles peuvent détruire (abroger) les normes consacrées dans le texte originel de la Constitution. Le constat qu'une même norme peut, selon le critère appliqué, se situer à différents endroits de la hiérarchie des normes avait déjà été fait par Merkl²⁶⁹. En revanche, ce constat n'a jamais été invoqué ni approfondi dans le débat sur le fondement de la coutume constitutionnelle.

Le raisonnement est toutefois d'ores et déjà présent en dogmatique juridique : il est utilisé en quelque sorte de façon inconsciente, a-théorique, par divers dogmaticiens du droit qui, soit afin de fonder la coutume constitutionnelle au sens fort, soit (le plus souvent) afin de l'écartier, se réfèrent à quelque disposition du texte de la Constitution. Ainsi, au Luxembourg, pour écarter toute coutume constitutionnelle *contra constitutionem*, Paul Schmit invoque l'article 113 de la Constitution luxembourgeoise de 1868²⁷⁰. En Belgique, de nombreux auteurs aboutissent au même résultat, en invoquant l'article 33 alinéa 2 de la Constitution belge (« Tous les pouvoirs émanent de la nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution »)²⁷¹. Plus fréquemment, dans divers pays, les auteurs citent la disposition établissant la procédure spéciale de révision²⁷². A ce sujet, l'on peut en effet noter deux points.

D'une part, à ma connaissance, il n'existe aucun texte constitutionnel dans le monde qui, de manière explicite, a érigé, à titre exclusif ou alternatif (à côté de la procédure de révision), la coutume en mode d'abrogation (implicite) des normes du texte constitutionnel. En tout cas, la Constitution luxembourgeoise de 1868 est totalement muette sur une telle habilitation. D'autre part, la présence même de la procédure de révision peut être considérée, à la lumière du culte voué par le constitutionnalisme moderne à l'idéal du Code, comme excluant implicitement²⁷³ l'abrogation des normes du texte par voie coutumière. Le nouvel esprit de 1789 se caractérise en effet, tant en droit privé (excepté le droit commercial) qu'en droit public, par une récusation de cette source du droit, incertaine, obscure et ancestrale, qu'est la coutume. Dans l'esprit de la modernité, – mis à part le cas rare d'une révolution, où le souverain brise de manière violente toutes les formes –, la *souveraineté du peuple/de la nation s'exprime de manière canalisée et formalisée* : le peuple s'exprime soit par les élections soit par des votations (référendum, initiative populaire, consultation). A rebours des idées défendues par le célèbre juriste romain Julien (II^e siècle après J.C.)²⁷⁴, par la théorie

²⁶⁶ Voir en particulier C. Grabenwarter, « Die Verfassung in der Hierarchie der Rechtsordnung », in O. Depenheuer, C. Grabenwarter (dir.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 401.

²⁶⁷ Cf. A.J. Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz » (1918), reproduit in A.J. Merkl, *Gesammelte Schriften*, Berlin, Duncker & Humblot, t.1-1, 1993, p. 227 ss.

²⁶⁸ Sur les deux critères utilisés par Merkl et l'école de Vienne, cf. par ex. R. Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, 2e éd., Manz, Wien, 1974, p. 53 ss ; T. Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Wien, Manz, 1975 ; S.L. Paulson, « Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die allgemeine Rechtslehre », in R. Walter (dir.), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*, Wien, Manz, 1990, p. 93 ss ; M. Borowski, « Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl », in S.L. Paulson, M. Stolleis (dir.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, 2005, p. 122 ss ; C. Grabenwarter, op. cit., p. 391 ss ; O. Pfersmann, « Production des normes : production normative et hiérarchie des sources », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 2, 2012, p. 483 ss.

²⁶⁹ Cf. A. Merkl, « Die Lehre von der Rechtskraft. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues », *Kelsen Festschrift*, 1931, p. 277 s.

²⁷⁰ Cf. *supra* note 256.

²⁷¹ Cf. H. Dumont, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », op. cit., p. 582, 588 s.

²⁷² Voir, en France, les propos classiques de R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920-22), réimp., Paris, Dalloz, 2004, t. 2, p. 582 note 10, ou, en Allemagne, l'opinion pionnière, mais longtemps isolée, de Joseph Pözl, *Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts*, München, Literarisch-artistische Anstalt, 1851, § 14, p. 23 (sur l'acceptation de la coutume constitutionnelle au sens fort par la doctrine allemande du XIX^e siècle, cf. G. Meyer, G. Anschütz, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 7e éd., 1919, p. 58 s, 234).

²⁷³ Pour un texte constitutionnel qui, de manière explicite, affirme l'exclusivité de la procédure de révision pour la modification de la Constitution, cf. section 52 du *Constitution Act 1982* au Canada.

classique de la *common law* anglaise des XVII^e et XVIII^e siècles²⁷⁵, par René Capitant au XX^e siècle²⁷⁶ et par divers autres auteurs²⁷⁷, dans la théorie des Lumières *la coutume n'est pas conçue comme un mode d'expression de la souveraineté du peuple*²⁷⁸. Or c'est dans l'héritage culturel des Lumières que s'inscrit le texte de la Constitution luxembourgeoise et l'interprétation habituelle de celui-ci.

Rien ne permet donc de penser que le texte de la Constitution luxembourgeoise reconnaisse, même de façon implicite, la coutume constitutionnelle au sens fort. Reste alors la dernière option, celle qui consiste à se tourner vers « l'au-delà » de la Constitution luxembourgeoise.

c) L'absence de fondement méta-juridique de la coutume constitutionnelle au sens fort : la *rule of recognition* du système juridique luxembourgeois

Existe-t-il une norme méta-juridique qui, au Luxembourg, érigerait la coutume constitutionnelle au sens fort en source du droit ? Cette interrogation nous oblige à nous avancer dans une région de l'univers intellectuel du juriste qui, d'habitude, est rejetée ou, du moins, est vue avec malaise et méfiance. Pourquoi le juriste devrait-il s'intéresser à un quelconque « au-delà » du droit positif ? Existe-t-il ? On connaît les railleries des positivistes du XIX^e siècle à l'égard de ce que, de façon ironique, Gerber avait appelé le « *Vorspiel im philosophischen Himmel* »²⁷⁹. Or, déjà Kelsen, au XX^e siècle, avait ouvert une brèche dans cette posture isolationniste des positivistes en étant obligé, en vertu de la distinction entre *Sein* et *Sollen*, à introduire le concept de *Grundnorm* dans l'outillage des juristes scientifiques positivistes²⁸⁰. De la même façon, on notera la présence importante chez les constitutionnalistes, y compris « positivistes », de la figure du pouvoir constituant ou, plus généralement, du concept de souveraineté qui, tous les deux, se situent en amont et au-delà de la Constitution positive²⁸¹. La problématique présente de la coutume constitutionnelle au sens fort démontre, à son tour, que le juriste ne peut faire l'impasse d'un certain « au-delà ». Toute la question est de savoir avec quels outils l'appréhender. Afin d'y voir plus clair, il faut cerner de plus près le contexte dans lequel se pose ici la question d'un « au-delà ».

²⁷⁴ *Digeste*, liv. 1, tit. 3, 32, § 1 : « Une coutume ancienne est observée avec raison comme une loi : c'est ce qu'on appelle le droit établi par l'usage ; car puisque les lois ne nous obligent qu'à cause du suffrage de la nation, ce qui a été approuvé par tout le peuple doit obliger tout le monde ; et qu'importe en effet que le peuple ait manifesté sa volonté par le suffrage ou par un usage inviolablement observé ? Par la même raison, on a sagement établi que les lois pourraient être abrogées, non seulement par la volonté du législateur, mais aussi par le non-usage appuyé du consentement tacite de toute la nation ». http://www.histoiredudroit.fr/corpus_juris_civilis.html

²⁷⁵ Sur la prétention de la *common law*, présentée alors comme un droit coutumier, d'être un droit aussi, voire plus démocratique que le droit écrit posé par les autorités de l'Etat, cf. L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, p. 178 s. William Blackstone, dans ses célèbres *Commentaries on the Laws of England* (1^{re} éd., 1765-69, t. 1, p. 74 s), déclarait ainsi : « *For since, says Julianus, the written law binds us for no other reason but because it is approved by the judgment of the people, therefore those laws which the people hath approved without writing ought also to bind everybody. For where is the difference, whether the people declare their assent to a law by suffrage, or by a uniform course of acting accordingly ?* ».

²⁷⁶ Sur la pensée de Capitant, cf. *infra* point c.

²⁷⁷ Voir, par ex., le civiliste français Alexandre Duranton qui, au début du XIX^e siècle, dans le sillage de Julien, arguait qu'il importait peu « que les citoyens aient manifesté leur volonté par l'émission de leurs suffrages ou par leurs actes » (*Cours de droit civil français, 1825-1837*, cité d'après J.C. Maestre, « A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des Constitutions », *RDJ*, 1973, p. 1279). Voir aussi H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, p. 310 s.

²⁷⁸ Vision que résume l'article 3 de la Constitution française de 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Cf. aussi Art. 20 al. 2 Grundgesetz : « *Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt* ».

²⁷⁹ C.F. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3e éd., Leipzig, Tauchnitz, 1880, Beilage III : « Abgränzung des Staatsrechts », p. 238.

²⁸⁰ R. Walter, « Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm », in id. (dir.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Wien, Manz, 1992, p. 47 ss.

²⁸¹ E.W. Böckenförde, « Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts », repris in id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2e éd., Frankfurt, Suhrkamp, 1992, p. 90 ss. Sur le caractère méta-juridique du concept de souveraineté, cf. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 2, p. 145.

Dans d'autres contextes, la question de l'articulation du juridique (i.e. droit positif) et du méta-juridique se pose souvent comme suit. Le point de départ du droit positif est certain, acquis : il s'agit de la Constitution. Celle-ci est la porte d'entrée dans le système juridique de droit positif puisqu'elle contient les normes définissant, sinon toutes les autres sources de droit positif, du moins les plus importantes sources (la révision et, surtout, la loi), qui, à leur tour, par la suite, définiront le régime juridique des autres ou d'autres sources de droit. Quant à la Constitution elle-même, son identité ne pose pas de problème. Sa délimitation est certaine et admise de tous. Dans tel système donné, on admet que la Constitution est représentée par un certain texte (intitulé « Constitution », « Loi fondamentale », etc.), un ensemble de textes (le « bloc de constitutionnalité » en droit français actuel) ou tel ensemble de normes coutumières. La première strate de l'ordre juridique est délimitée de façon nette et précise. Ce qui pose tout au plus problème dans ce contexte est de savoir si le juriste, dans ce pays, peut se contenter de ce point de départ (certain) ou s'il doit remonter au-delà, s'il doit s'intéresser (pour quelle raison ?) à une strate méta-juridique, qui serait le point de départ méta-juridique avant le point de départ de droit positif. De manière imagée, on peut dire que, dans ce type de problématique, le juriste est positionné sur cette terre ferme qu'est le point de départ du droit positif (la « Constitution ») et il regarde vers le haut, au-delà, vers le méta-juridique. Pourquoi ? Dans les diverses théories jusnaturalistes, le juriste doit aller chercher, en partie, le sens des normes de la première strate de droit positif dans l'idéal du juste (Dieu, le cosmos, la raison, les valeurs, etc.). Chez Kelsen, le juriste scientifique, pour penser cette « Constitution » en tant que norme, en tant que *Sollen*, a besoin d'un ultime *Sollen*, d'une norme qui n'est pas/plus de droit positif, mais qui fonde la prétention à la normativité de la Constitution. Il s'agit de la *Grundnorm* (norme simplement supposée, hypothétique) qui énonce : « *Man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt* (On doit se conduire de la façon prescrite par la Constitution) ».²⁸²

A l'inverse, la problématique qui nous préoccupe ici, au Luxembourg, s'inscrit dans une autre perspective. Le juriste luxembourgeois n'a pas, sous les pieds, cette terre ferme qu'est la « Constitution ». Il existe une *controverse* sur la délimitation exacte de la première strate de droit positif du système juridique. La « Constitution », au Luxembourg, se limite-t-elle à ce texte intitulé « Constitution » (et daté de 1868, avec les ajouts textuels ultérieurs) ou englobe-t-elle également, au même niveau, la coutume constitutionnelle ? Ce dont le juriste luxembourgeois a besoin, en l'espèce, est un *critère discriminant lui permettant de délimiter la première strate du droit positif interne*. Il lui faut savoir si l'entrée dans le système juridique luxembourgeois se fait par une porte (le texte « Constitution ») ou par deux portes (le texte et la coutume). Son regard n'est pas orienté du bas (le droit positif) vers le haut (le méta-juridique), comme dans la constellation précédente, mais du haut vers le bas. Il lui faut, pour le dire avec Hart, une « *rule of recognition* ». Il lui faut un critère (normatif : une « *rule* »), qui lui permette de savoir ce qui est, et ce qui n'est pas, juridique – plus exactement : « constitutionnel » – dans son pays. Il lui faut une norme (forcément méta-juridique, pré-positive, donc : axiologique, morale) qui l'oriente vers la porte d'entrée du système de droit positif, qui lui indique la première strate de normes de droit positif de son système. Il lui faut savoir comment cerner, penser (à partir de quel point de départ ?) le droit positif.

Ce faisant, le juriste est bien obligé de s'avancer aux confins du droit positif, de se situer en amont du droit positif. Cela n'est pas impossible car le juriste le fait déjà. Au Royaume-Uni, avant l'adhésion à l'UE, les juristes avaient une réponse très nette : l'univers du juriste (britannique) était scindé en deux (théorie du dualisme) et, à l'intérieur de la sphère du droit interne, la première strate du droit positif était formée par les lois du parlement (principe de la souveraineté du parlement). Au Luxembourg, il existe déjà un début de réponse puisque tous les acteurs du système juridique (élus, juges, doctrine, etc.) admettent, depuis le XX^e siècle, voire le XIX^e siècle, que le droit international est, au sein de l'ordre juridique (conception moniste, et non dualiste), la première strate, avant même le droit constitutionnel. Ce qui pose problème au Luxembourg, à l'heure actuelle, est la définition de la première strate du droit

²⁸² H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2e éd., Wien, 1960, p. 204 ; *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 266. Voir aussi la définition, plus explicite, *RR*, 2e éd., p. 219 : « *Man soll sich der tatsächlich gesetzten und wirksamen Verfassung gemäss verhalten* » ; *TPD*, p. 287 : « On doit se conduire conformément à la Constitution effectivement posée et efficace ».

positif interne. La question n'est donc pas *si* le juriste luxembourgeois (ou tout autre juriste) a besoin de recourir à un « au-delà » ; la véritable question est de savoir *comment* le faire.

A ce sujet, d'aucuns vont penser au concept kelsénien de *Grundnorm*. Or, celui-ci est en l'espèce sans intérêt. Dès lors que son contenu (supposé) se réduit à : « On doit obéir à la Constitution posée et effective », sans que ne soit défini ce qu'il faut entendre concrètement, dans un système donné, par « Constitution », le concept de *Grundnorm* tel que conçu par Kelsen ne répond pas à la question qui nous préoccupe ici²⁸³. Il y a, également, la théorie jusnaturaliste des Lumières qui, en Raison (universelle), indique au juriste, à tout juriste, qu'au point de départ du droit positif se situe la Constitution, comprise comme un Code constitutionnel, un code qui ne laisse aucune place à une éventuelle coutume, mais qui, en revanche, s'appuie sur le droit naturel, la Raison. Or, partir de ce point de départ supposerait de souscrire à une ontologie du droit très lourde (cognitivisme éthique et universalisme). Un autre outil possible est celui de la *rule of recognition* de Hart. Celle-ci est plus intéressante pour le juriste luxembourgeois que la *Grundnorm* de Kelsen, puisque sa finalité est précisément de fournir une norme²⁸⁴ permettant d'identifier les normes du système juridique²⁸⁵ (ici : les premières normes, celles de rang constitutionnel). Elle situe en outre la réponse à la question non dans quelque raison abstraite, universelle, mais dans la communauté sociale donnée. Hart souligne en outre, à juste titre, que la définition de cette règle de reconnaissance, le plus souvent implicite, car basée sur une pratique concordante – Hart en parle en termes de « *accepted but unstated rule* »²⁸⁶ –, peut donner lieu à des controverses : « *There are certainly situations in which questions as to the precise content and scope of this kind of rule, and even as to its existence, may not admit of a clear or determinate answer* »²⁸⁷.

Ceci nous amène au cas luxembourgeois où, précisément, la définition de la *rule of recognition* doit, au regard de l'avis du Conseil d'Etat de 2013 et, plus généralement, de la discussion actuelle sur l'avenir de la Constitution, être clarifiée. Selon Hart, d'un point de vue externe, l'existence et le contenu de la règle de reconnaissance d'un système donné peuvent être constatés. La règle de reconnaissance peut être dégagée de l'observation de la pratique (sous-entendu : de la pratique historique, i.e. antérieure au moment où le juriste, praticien ou savant, se pose la question). Toutefois, le praticien, qui, lui, raisonne selon le point de vue interne, ne peut se contenter de constater simplement cette pratique, ce fait historique. Son

²⁸³ Sur le caractère abstrait de la norme fondamentale qui présuppose, mais ne détermine pas elle-même le concept concret de Constitution dans un système donné, cf. R. Alexy, « Hans Kelsens Begriff der Verfassung » in S.L. Paulson, M. Stolleis (dir.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, 2005, p. 343 ss (« *Die Abstraktheit der Grundnorm* »). Le concept de *Grundnorm* tel que défini par Kelsen entend répondre à la problématique de la validité de la première strate de normes de droit positif, elle ne prend pas en charge la question de la délimitation du droit positif (sur les trois fonctions possibles d'un concept de *Grundnorm*, cf. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2e éd., Alber, Freiburg, 1994, p. 170 ss).

²⁸⁴ Si, du point de vue externe, la *rule of recognition* acquiert le statut de « *fact* », de fait social et historique que l'observateur constate, du point de vue interne (qui nous intéresse ici), la *rule of recognition* est en revanche une « *rule* », une norme (que l'acteur du système juridique admet, ou non). Cf. à ce sujet le propos crucial, et explicite, de H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edn, Oxford, Clarendon, 1994, p. 122 : « *We need to remember that the ultimate rule of recognition may be regarded from two points of view : one is expressed in the external statement of fact that the rule exists in the actual practice of the system ; the other is expressed in the internal statement of validity made by those who use it in identifying the law* ». *Ibid.*, p. 114 : « *This amounts to replacing the simple conception that the bulk of society habitually obey the law [la théorie d'Austin, critiquée par Hart] with the conception that they must generally share, accept, or regard as binding the ultimate rule of recognition specifying the criteria in terms of which the validity of laws are ultimately assessed* ». Cette facette de la théorie de Hart est souvent ignorée (exemple : R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 194 ss), ce qui aboutit à des critiques infondées.

²⁸⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, p. 94 : « *This [rule of recognition] will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts* ». Autre définition, plus resserrée (p. 105) : « *The rule of recognition providing the criteria by which the validity of other rules of the system is assessed is in an important sense (...) an ultimate rule.* » Par « *validity* », Hart entend l'appartenance au système juridique. Lire aussi la définition citée dans la note suivante 286. Pour une analyse, cf. N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, 2nd edn., Stanford UP, 2008, chap. 10 ; Ph. Gérard, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 65-83.

²⁸⁶ Par ex. *The Concept of Law*, p. 110. Voir aussi p. 110 : « (...) *the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria* ».

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 109. Voir aussi les exemples analysés p. 117 ss.

regard est tourné vers l'avenir. Il doit se demander si, dans le cas d'espèce à trancher, il *adhère* à cette pratique (historique). Il est donc placé devant un choix normatif de nature morale, politique, idéologique : existe-t-il des raisons valables d'adhérer à cette *rule of recognition* historique, et ainsi de la perpétuer pour l'avenir, ou, au contraire, convient-il de reformuler, d'infléchir, voire de récuser cette *rule of recognition* ? La *rule of recognition* est donc fragile au sens où, nonobstant une image de stabilité, ce consensus (cette pratique partagée) doit être constamment renouvelé. La règle de reconnaissance n'est que le reflet d'un tissu de consentements sans cesse reproduits par les innombrables acteurs du système. Ce fondement ultime qu'est la *rule of recognition* doit être confirmé de jour en jour, et spécialement dans des moments historiques critiques (« existentiels ») : lors d'un coup d'Etat ou d'une révolution, violente ou pacifique. La problématique qui nous occupe au Luxembourg doit donc être subdivisée en deux questions distinctes. La première, factuelle et historique, vise à établir quel était ce consensus social fondateur avant l'avis du Conseil d'Etat du 18 juillet 2013 : la *rule of recognition* historique au Luxembourg (i.e. juste avant l'avis du Conseil d'Etat) reconnaissait-elle la coutume constitutionnelle à égalité avec le texte constitutionnel ? Sur ce point, ainsi qu'on le verra, la réponse est négative. La seconde question, qui fait appel à un jugement de valeur, est de savoir si, à la suite de l'avis du Conseil d'Etat et en vue de l'avenir de l'ordre constitutionnel luxembourgeois, il y a lieu d'opérer un infléchissement de cette *rule of recognition* historique et d'adopter une autre règle de reconnaissance qui, elle, reconnaîtrait la coutume constitutionnelle au sens fort. Pour ma part, la réponse est négative. Il n'existe, à mes yeux, aucun argument de valeur pouvant justifier un tel infléchissement.

Abordons donc la question empirique, historique : la *rule of recognition* sous-tendant, avant l'avis du Conseil d'Etat du 18 juillet 2013, le droit (constitutionnel) positif du Luxembourg consacrait-elle le rôle de la coutume constitutionnelle au sens fort ? L'interrogation n'est pas totalement dénuée de sens. Au Luxembourg, certains, à l'instar de Léon Metzler, ont prôné un tel modèle de constitutionnalisme, et ce dans un contexte politique général qui pouvait servir de terreau fertile. Mais, en l'espèce, la graine n'a pas germé. Ce modèle culturel (ce modèle de *rule of recognition*) ne s'est pas ancré dans l'imaginaire collectif qui sous-tend la Constitution luxembourgeoise.

Le terreau fertile. La révolution de la modernité aurait pu, définitivement, sonner le glas de la coutume en tant que source du droit. Mis à part le cas spécial, et historique²⁸⁸, de l'Angleterre, la coutume, en matière constitutionnelle, est vue avec méfiance par les Lumières et leurs disciples. Archaïque, obscure, la coutume renvoie à un autre âge avec lequel il s'agit de rompre. L'instrument de la césure est le droit écrit, issu d'une volonté censée être guidée par les lumières de la raison. On s'attendrait donc à ce que, au lendemain de 1789, seuls les avocats de la réaction, à l'instar de Joseph de Maistre, continuent en Europe continentale à défendre la place de la coutume en matière constitutionnelle. Or, la situation observable au XIX^e siècle est plus complexe. Par une sorte de ruse de l'histoire, sont apparus très vite certains types de configurations politiques qui ont favorisé le retour en grâce de la coutume comme un *vecteur de progrès*.²⁸⁹ C'est ce que je propose d'appeler la « mue libérale, ou

²⁸⁸ Contrairement à ce qui, en Europe continentale, continue d'être affirmé par nombre de manuels, la Constitution britannique actuelle n'est pas « coutumière ». La doctrine britannique contemporaine ne la qualifie pas de « *customary Constitution* », mais de « *unwritten Constitution* ». Celle-ci est composée d'une pluralité de sources juridiques dont, en premier lieu, les lois parlementaires (*statute law*) et la *common law* (qui est un droit jurisprudentiel, et non coutumier). La coutume, « *custom* », stricto sensu – qu'il ne faut point confondre avec les « *constitutional conventions* » (dont le rôle est crucial au Royaume-Uni, mais qui, depuis Dicey, sont considérées comme de simples usages à valeur politique, et non juridique) – n'occupe qu'une place très marginale parmi les normes juridiques de la Constitution du Royaume-Uni. Voir, par ex., A.W. Bradley, K.D. Ewing, *Constitutional & Administrative Law*, 15th edn, Pearson, 2011, p. 12 ss.

²⁸⁹ Ainsi, en Allemagne, l'importance de la coutume en tant que source du droit constitutionnel décline certes au cours du XIX^e siècle, mais elle n'est pas totalement écartée, y compris par les auteurs libéraux. Robert Mohl, qui fut l'un des ténors du libéralisme dans l'Allemagne du XIX^e siècle, admet ainsi des modifications coutumières de la Constitution à condition qu'elles soient l'œuvre des acteurs qui décident également d'une révision en bonne et due forme (le monarque d'un côté, une majorité parlementaire renforcée de l'autre). Cf. R. Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2e éd., Tübingen, Laupp, t. 1, 1840, § 10, p. 81. Pour un aperçu de la littérature allemande, cf. C. Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht ?*, op. cit., p. 14 ss. En Belgique, alors que la coutume constitutionnelle était ignorée par le premier grand traité d'Oscar Orban, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, 3 t., Liège / Paris, 1906-1911, elle a fait une réapparition remarquée sous la

moderne, de la coutume » en droit constitutionnel. Il a existé en effet des situations dans lesquelles la prétention de la coutume au rang de source de droit constitutionnel au sens le plus fort a pu apparaître séduisante aux yeux des avocats de la modernité. En quelque sorte, il y a, dans l'héritage des Lumières, une, voire plusieurs portes dérobées qui sont laissées ouvertes à la coutume et qui lui ont assuré, dans divers pays, à divers moments (et ce jusqu'à aujourd'hui), un certain *come-back*²⁹⁰.

Une configuration fréquente est la suivante. Imaginons une monarchie constitutionnelle du XIX^e siècle, telle qu'il y en a eu tant en Europe. Le système politique, dualiste, repose sur un compromis entre deux légitimités opposées : celle de l'Ancien Régime, incarnée dans le monarque et les forces sociales le soutenant, et celle, nouvelle, révolutionnaire, des idéaux de liberté et d'égalité portés par la nouvelle classe de la bourgeoisie. Selon les questions abordées, le texte constitutionnel de cette monarchie constitutionnelle s'inscrit tantôt encore dans la logique de la monarchie absolue, tantôt adhère déjà, quoique de façon incomplète, à la logique moderne. Les frictions et tensions sont inévitables, chaque pôle essayant de tirer le texte constitutionnel, la Constitution et la pratique politique vers lui. On connaît, à ce propos, les débats classiques du XIX^e siècle, en France ou ailleurs, sur la question de savoir si la Constitution englobait, ou non, la règle de la responsabilité politique des ministres devant le parlement, alors que le texte constitutionnel restait vague ou silencieux sur ce point²⁹¹. Dans ce contexte, les idées et forces du progrès peuvent emprunter divers canaux : l'interprétation (dans un sens libéral) du texte constitutionnel, la révision formelle du texte, la révolution et la réécriture du texte ou, encore, la coutume constitutionnelle (au sens fort). La coutume – ici : les usages politiques qu'ont réussi à imposer, dans les faits, les forces libérales aux forces monarchistes – peut ainsi redorer son blason aux yeux des héritiers des Lumières. Renouvelée dans son contenu, la coutume, dans le contexte esquissé, est susceptible de changer d'univers philosophique et de camp politique. En effet, l'usage politique devançant et dépassant le texte constitutionnel en termes de modernité, n'est-il pas tentant pour un juriste se réclamant des idées de 1789 de reformuler la *rule of recognition* du système et d'ériger l'usage en coutume avec force abrogatoire à l'encontre du texte constitutionnel ? On aboutit ainsi à un retournement total de la situation. Ecartée par les Lumières au profit du monopole d'un Code constitutionnel fondé sur la Raison, la coutume tient sa revanche : c'est elle qui, dans ce contexte et à cette échelle, devient le vecteur du progrès. Non seulement la coutume peut à nouveau prétendre à une place en droit, mais en outre cette place est la plus élevée qui soit dans la hiérarchie des normes (de droit positif) : elle est à la même hauteur que le texte de la Constitution, texte qui, à l'inverse de la pratique, reste empêtré dans les mailles de l'héritage monarchiste. La norme coutumière, plus récente, plus moderne, abroge la norme constitutionnelle écrite antérieure.

Au Luxembourg, une telle lecture des événements est en soi pensable et tentante à la fois pour le XIX^e siècle et à l'heure actuelle, puisque, comme chacun sait, la pratique politique luxembourgeoise est souvent en avance, en termes de démocratisation, sur les *énoncés*

plume de Paul Errera, *Traité de droit public belge*, 2e éd., Paris, Giard & Brière, 1918, p. 5 s, 219. Pour la doctrine belge post-1945, cf. *supra* note 219.

²⁹⁰ Cf. le retour en grâce de la coutume en France, patrie de la Révolution de 1789, sous la IIIe République ou encore, plus près de nous, au début de la Ve République (sous la présidence de de Gaulle). Jacques Chevallier, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1375, distingue deux types de configurations : « Les imperfections du droit législatif peuvent conduire à redonner une place à la coutume, pour deux raisons diamétralement opposées. Tantôt, on opposera au texte passager, mal rédigé et contraire aux souhaits des citoyens, la force de la tradition et la persistance des attitudes juridiques antérieures. Tantôt, on cessera d'appliquer un texte ancien, mal adapté aux besoins actuels, en considérant exclusivement les inflexions que la pratique lui a apportées. Le droit se trouve sans cesse aux prises avec les exigences contradictoires de la stabilité et du changement ; la coutume peut, selon les cas, satisfaire aux deux exigences, soit en limitant la portée des bouleversements législatifs, soit en adaptant les règles de droit à la pression des faits ». Dans le contexte de la IIIe République française, la coutume était particulièrement séduisante puisqu'elle pouvait jouer sur les deux tableaux. Cf. J. Laferrière, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944, p. 20 ss. Voir aussi, en Norvège, le cas (rare) d'une consécration officielle de la coutume par la Cour suprême dans les années 1970.

²⁹¹ Cet enjeu était central par ex. chez Paul Errera dans son acceptation de la coutume. Paul Errera, *Traité de droit public belge*, 2e éd., Paris, Giard & Brière, 1918, p. 5 s, 219. Il en allait de même en Suède, au début du XXe siècle (H.H. Vogel, « Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts : Schweden », in : A. von Bogdandy, P.M. Huber, P. Cruz Villalon (dir), *Ius Publicum Europaeum*, t. 1, 2007, p. 535 s) et aux Pays-Bas (L. Besselink, *op. cit.*, p. 355, 368).

techniques du texte de la Constitution de 1868²⁹². D'aucuns présentent, dès le départ, cette situation comme une distorsion (donc une opposition) entre, d'un côté, le « texte de la Constitution » et, de l'autre, la « coutume constitutionnelle »²⁹³. Sur ce point, il faut toutefois se garder d'une lecture trop rapide et schématique. La quasi-totalité des textes constitutionnels dans le monde sont composés, à des degrés variés, d'une part, de « principes », de proclamations très abstraites, quasi philosophiques, et, d'autre part, de « règles », de dispositions précises, techniques, qualifiées aussi par d'aucuns de « très juridiques » ou « plus juridiques ». D'ordinaire, si le texte constitutionnel est sorti d'un seul moule, il y a une cohérence profonde entre les principes et les règles : celles-ci concrétisent celles-là. Le texte codifié renferme un système énoncé, décliné et lissé par les auteurs du texte. En revanche, au Luxembourg, la situation est plus complexe : le texte luxembourgeois ressemble à un vieux tissu rapiécé. Le texte actuel de la Constitution dite de « 1868 » – il est rare de retenir la date de 1919, alors que celle-ci marque une profonde césure – englobe, d'une part, des principes qui datent clairement de l'esprit démocratique du XX^e siècle (cf. les articles 1^{er} [Etat démocratique], 32 [souveraineté de la nation], 51 [démocratie parlementaire], 33 [Grand-Duc simple symbole]) et, d'autre part, des dispositions techniques dont une partie non négligeable (pas toutes !) remontent encore à 1868, voire à une période antérieure. La mise en harmonie entre les uns et les autres, au niveau de l'énoncé verbal, n'a pas toujours été faite par le pouvoir de révision. Le texte est fait de bribes textuelles originaires de diverses époques, ce qui fait apparaître une certaine « dissonance » entre les articles. L'intertextualité est problématique. Les deux exemples les plus célèbres de dispositions techniques datant d'un passé reculé, dont la rédaction n'a pas été rafraîchie au XX^e siècle au vu du nouveau principe de la démocratie, sont, d'une part, l'ancien article 34 qui, de 1848 jusqu'à la révision de 2009, énonçait que « le Grand-Duc sanctionn(ait) et promulgu(ait) les lois », et, d'autre part, l'article 74 dont l'énoncé, comme il a été vu, est resté inchangé depuis 1868, voire depuis 1841, jusqu'à ce jour. Un autre exemple, moins connu, de cette dissonance des textes est l'article 115 Const.

Comment faut-il traiter, en tant que juriste, cette situation ? Que faire avec de tels matériaux ? Dans le champ des juristes luxembourgeois, l'on peut, de façon *idéal-typique*, identifier trois postures.

²⁹² C'est ce à quoi fait référence P. Schmit lorsqu'il écrit (p. 84) : « Il faut sans doute concéder une place relativement importante à la coutume *praeter legem* dans la Constitution luxembourgeoise. En effet, le compromis trouvé en 1868 [...] a consisté à réaffirmer sur le plan politique les principes démocratiques qui avaient prévalu en 1848, tout en ménageant dans le texte écrit le principe monarchique ». Mais son analyse est discutable sur deux points. 1^o Il oppose radicalement le texte qui, tout entier, serait marqué par l'esprit monarchique, et de l'autre la pratique qui, tout entière, serait inspirée par l'esprit démocratique. Les choses, sur les deux plans, sont plus complexes : le texte, depuis 1919, est plus démocratique et la pratique reste parfois en-deçà des exigences de démocratie (cf. la pratique du *Fürstenrecht*). 2^o L'argument est utilisé afin de fonder une coutume *praeter legem* alors qu'il débouche logiquement sur une justification de la coutume *contra legem*. Cette dernière conclusion est, à l'inverse, admise par Léon Metzler, *Mélanges de droit constitutionnel*, 1949, p. 293 ss, qui s'appuie lui aussi sur le topos de l'écart entre un texte ancien et une pratique plus juste et libérale. Ainsi, Metzler estimait par exemple que le droit du Grand-Duc de refuser la sanction de la loi – droit qui, selon Metzler, était toujours consacré dans le texte de l'article 34 Const. – était tombé en désuétude (*ibid.*, p. 299).

²⁹³ Cf. la lettre du 6 janvier 1986 de Jacques Santer, premier ministre, et de Robert Krieps, ministre de la justice, invitant toutes les forces vives à une réflexion sur la réforme de la Constitution luxembourgeoise : « N'entend-on pas régulièrement critiquer la distorsion apparente entre le texte plus que centenaire de notre Constitution et ce qu'on appelle la coutume constitutionnelle, qui a introduit un décalage assez notable entre le texte même de la Loi fondamentale et le fonctionnement réel des rouages de l'Etat ? » (cité d'après L. Frieden, *La Constitution luxembourgeoise à la veille de sa révision*, Luxembourg, 1987, p. 7). Voir aussi les interventions de deux hauts responsables socialistes lors du débat du 30 mai 1984 (doc. parl. relatifs au projet n^o 2818). Jacques Poos : « En fait, il y a une distorsion grandissante entre la coutume constitutionnelle et le texte écrit de la Constitution. Les socialistes estiment cette situation malsaine et souhaitent une adaptation du texte écrit de notre Constitution à la coutume constitutionnelle. » (*ibid.*, p. 3573). Or, si la soi-disant « coutume » est une véritable coutume constitutionnelle, il n'y a plus besoin, en droit strict, d'adapter le texte, car celui-ci est déjà implicitement modifié... C'est dans cette direction que s'avance Robert Krieps (*ibid.*, p. 3553) : « *Wa mer d'Affär seriö huelen, wa mer soen, dass e Grondgesetz eng lieweg Matière muss sin, an nët e Museumsstück, da muss een derfir suergen, dass déi Konstitioun, dat Grondgesetz periodesch un d'Realitäten adaptéiert gët, sou wéi mer se erliewen an eisem politeschen Alldag. Well soss schaaft sech dat, wat ganz bekannt as, niewent der Konstitioun 'il y aura la coutume constitutionnelle'. Mer kënnen an de verfassungsrechtliche Bicher noliesen, dass zum Beispill d'Konstitioun vun der 3. Republik a Frankräich wäitgehend ofgeännert as gin duerch d'Coutume constitutionnelle, wou Artikelen praktesch de Contraire aussoen vun deem, wat d'Buchstawe soen, well eng Coutume constitutionnelle dergéint entstanen as. Dat as, wat hei zu Lëtzebuerg geschitt as ».*

Posture idéal-typique n° 1 : si l'on considère que les principes ne sont pas de véritables normes juridiques, ainsi que l'a affirmé Pierre Pescatore et pratiqué Pierre Majerus²⁹⁴, le juriste doit se contenter des énoncés techniques du texte constitutionnel qui seuls accèdent au rang de normes juridiques (il n'y a donc point, au sein du droit constitutionnel *stricto sensu*, de « dissonance »). En conséquence, dans la mesure où nombre de dispositions techniques de la Constitution remontent au XIX^e siècle, et que leur lecture doit être, d'une part, isolée (isolée des principes, plus récents, d'ordre démocratique) et, d'autre part, muséale (le texte n'ayant pas changé, c'est donc le sens originaire, historique, qui doit être considéré comme étant toujours en vigueur), le juriste se mue en conservateur ou antiquaire du droit²⁹⁵. La phrase qu'a prononcée Pescatore en 1956, à propos du concept de « loi » – « la notion contemporaine [=1956] de la loi était acquise dès 1856 »²⁹⁶ – résume la quintessence de ce type de raisonnement. Le même raisonnement se trouvait d'ailleurs déjà chez le continuateur du petit manuel de Frauenberg : Jules Kalbfleisch (Jules Brucher)²⁹⁷. On se souvient également des propos, en droit, de Majerus en 1990 à propos du « droit de veto absolu » du Grand-Duc et de la possible utilisation par ce dernier du droit de dissolution afin de s'opposer aux vues de la Chambre des députés²⁹⁸. Ce juriste, dans son raisonnement de juriste, ignore la coutume constitutionnelle²⁹⁹. Il ne s'agit là que d'usages politiques. Dès lors, ce juriste admettra un fossé non pas au sein du droit, mais entre le droit (ce qu'il appelle encore parfois la « théorie ») et la pratique politique (la « réalité »). Ce fossé, parfois béant, est, peut-être, jugé regrettable par ce juriste sur le plan moral et politique, mais cela n'a aucune incidence sur le raisonnement juridique.

Posture idéal-typique n° 2 : celle-ci consiste, d'une part, à reconnaître la qualité de norme juridique aux principes et, ce faisant, à prôner une lecture systématique des articles (chaque disposition technique doit être lue à la lumière / dans le cadre des principes)³⁰⁰, et, d'autre part, à récuser toute validité à la coutume, que ce soit *contra* ou, même, *praeter constitutionem*³⁰¹.

Posture idéal-typique n° 3 : cette posture, à l'instar de la posture n° 1, ignore elle aussi les principes, dont l'impact juridique est marginalisé. Mais, face à des dispositions techniques dont la lecture isolée et muséale aboutirait logiquement à la continuité des prérogatives monarchiques du XIX^e siècle, ce juriste se réfère à la pratique politique qui, elle, est plus moderne, plus avancée. Or, pour pouvoir l'invoquer en droit, en tant que juriste, le seul moyen acceptable au sein de la communauté des juristes est d'ériger cette pratique en « coutume », en coutume constitutionnelle au sens fort. Ce discours a été présenté, au Luxembourg, en 1949 par Léon Metzler, ancien chef du service juridique du groupe sidérurgique ARBED, et auteur du livre *Mélanges de droit luxembourgeois*. Dans ce dernier

²⁹⁴ Voir les explications *supra* p. 513 ss.

²⁹⁵ Il n'est pas inutile de noter que ces deux juristes étaient proches du parti conservateur (parti populaire chrétien-social).

²⁹⁶ P. Pescatore, « Essai sur la notion de la loi », in *Le Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg. Livre jubilaire (1856-1956)*, Luxembourg, Bourg-Bourger, 1957, p. 372. Lire aussi p. 368, 375 note 10 (méthode littérale) et p. 372 note 6 (la méthode d'interprétation appliquée à l'art. 32 est historique). Les écrits de Pescatore ne sont toutefois pas toujours cohérents. Cf. P. Pescatore, « Les actes en apparence non constitutionnels des pouvoirs publics », *Academia*, 1948 et 1949, 2e partie, p. 17 (apologie de la méthode historique) et 3e partie, p. 127 ss (apologie de la méthode téléologique).

²⁹⁷ Cf. l'extrait cité dans la note 203.

²⁹⁸ P. Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, 6e éd., 1990, p. 151, 170 s (veto), p. 169 (dissolution). Cf. *supra* p. 514.

²⁹⁹ Sur Majerus, cf. *supra* note 254. Le cas de Pescatore est un peu plus complexe. Si, dans certains écrits, la coutume constitutionnelle est totalement absente (cf. par ex. P. Pescatore, *L'organisation générale de l'Etat au Grand-Duché de Luxembourg*, 2e éd., Luxembourg, 1953 ; « Essai sur la notion de la loi »), elle est mentionnée en revanche, de manière incidente, dans d'autres de ses écrits (cf. P. Pescatore, « Les actes en apparence non constitutionnels des pouvoirs publics », *Academia*, 1948 et 1949, 2e partie, p. 18 ; *Introduction à la science du droit*, p. 102). Pescatore pourrait donc être rattaché tantôt à la posture (idéal-typique) n° 1, tantôt à la posture (idéal-typique) n° 3.

³⁰⁰ Pour une illustration, cf., à propos du pouvoir de sanction du Grand-Duc, A. Bodry, « Une lecture erronée de la Constitution » (6 janvier 2009), publié sur le blog <http://alexbody.wordpress.com/2009/01/06/une-lecture-erronee-de-la-constitution/>. A propos de l'article 32 al. 1er Const., cf. arrêt de la Cour constitutionnelle n° 107/13 du 20 décembre 2013, *Mémorial A*, 2014, n° 2.

³⁰¹ C'est l'attitude de la Cour constitutionnelle. Voir *infra*.

livre, Metzler défend non seulement l'existence, au Luxembourg, d'une coutume constitutionnelle *praeter legem*, mais aussi *contra legem*³⁰².

Selon Léon Metzler, même dans un système à Constitution écrite et rigide, « l'utilité, voire la fécondité de la coutume ne sauraient être niées »³⁰³. L'argumentaire de Metzler s'inscrit dans la configuration d'un écart entre le texte constitutionnel (parfois rétrograde) et la réalité politique (plus libérale, plus juste). Or, selon lui, l'idéal du juste (point de départ du raisonnement du juriste) oblige à tenir compte des évolutions et, partant, à ériger les usages en coutume. « On doit combiner le système positiviste qui tend vers le maintien de l'ordre, avec le système métaphysique orienté vers une justice plus intégrale, plus satisfaisante par conséquent. Le droit (...) vit, il évolue pour s'adapter graduellement aux aspirations et aux besoins de la collectivité qu'il gouverne. La loi écrite, constitutionnelle ou non, postule une grande souplesse. Il n'est que raisonnable que le *communis consensus* incarné dans une coutume bien établie, limité par certains grands principes intangibles, devienne une source du droit, soit reconnu comme tel sur le plan juridique »³⁰⁴. A condition d'être un vecteur de justice – elle ne doit pas porter atteinte à de « grands principes intangibles » (discret renvoi au droit naturel) –, la coutume se voit ainsi offerte une place et un rang à côté du texte de la Constitution, au point de pouvoir contredire celui-ci. Selon Metzler, « la pratique, depuis longtemps, est orientée dans ce sens, en Belgique comme chez nous »³⁰⁵. Or, plutôt que de citer des discours d'acteurs ou auteurs luxembourgeois qui, de manière explicite ou implicite, souscriraient à sa thèse, Metzler se contente de citer certains événements qui, chez les uns, seront qualifiées d'usages politiques, mais qui, selon lui, relèvent de manière évidente de la coutume³⁰⁶. Metzler invoque aussi, à l'appui de sa thèse, les théories développées en France par René Capitant, Léon Duguit et Maurice Hauriou. Mentionnons, à ce titre, notamment les idées de René Capitant qui, loin de partir d'un certain idéal substantiel du juste, défend plutôt une vision iconoclaste de la souveraineté de la nation³⁰⁷.

Selon René Capitant, la nation s'exprime d'abord de manière informelle et directe par la coutume (droit non écrit), et de manière formalisée, et plus indirecte, par des procédés l'associant à la production du droit écrit (élections, référendum) : « Or, qu'est-ce que la coutume, sinon les règles directement posées par la nation, non écrites, c'est-à-dire écrites dans la pensée et la conscience des individus qui composent le groupe social, connues pour cette raison sans être publiées, obéies sans être imposées ? Qu'est-ce que la coutume sinon la conscience et la volonté nationales ? Et si la nation est souveraine, si elle est le constituant suprême, et si tous les autres pouvoirs sont nécessairement constitués par elle, n'est-ce pas la coutume, par quoi elle s'exprime, qui est à la base de tout ordre juridique ? La source de toute constitution n'est-elle pas nécessairement coutumière ? Ainsi la force constituante de la coutume n'est qu'un aspect de la souveraineté nationale »³⁰⁸. « C'est (...) par un effet de cette tendance, déjà dénoncée, à absorber tout le droit dans le droit écrit qu'on a pu ainsi confondre la démocratie avec la législation populaire écrite. Mais si l'on considère le droit dans son ensemble, si l'on recherche quelle est la participation du peuple, non plus seulement à la législation écrite, mais à l'élaboration du droit positif tout entier, écrit ou coutumier, on voit alors que le principe de la souveraineté nationale change de signification »³⁰⁹.

³⁰² Voir, en particulier, L. Metzler, *Mélanges de droit luxembourgeois*, p. 298 ss.

³⁰³ *Ibid.*, p. 297.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 297. Lire aussi p. 300.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 297.

³⁰⁶ Lire *ibid.*, p. 298-299. A noter : déjà en 1949, Metzler a pointé du doigt la problématique de l'écart entre, d'une part, l'article 36 Const. (version de l'époque), qui réservait le pouvoir réglementaire au seul Grand-Duc, et, d'autre part, la pratique du législateur qui tendait à octroyer un pouvoir réglementaire directement aux ministres, en court-circuitant le chef de l'Etat. Pour sauver cette pratique à la constitutionnalité douteuse, Metzler l'érige en coutume constitutionnelle.

³⁰⁷ R. Capitant, « La coutume constitutionnelle » (1929), republié dans *RDP*, 1979, p. 959 ss ; id., « Le droit constitutionnel non écrit », *Mélanges Gény*, t. 3, p. 1 ss, republié dans R. Capitant, *Ecrits d'entre-deux-guerres* (1928-1940), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 297 ss.

³⁰⁸ R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *RDP*, 1979, p. 968.

³⁰⁹ *Ibid.*

Il existait donc (et il existe toujours) au Luxembourg un certain terreau fertile à l'idée de la coutume constitutionnelle au sens fort. Mais la graine a-t-elle germé ? Le modèle culturel, théorisé et défendu par Léon Metzler, a-t-il été repris par les divers acteurs participant à la définition de la *rule of recognition* ? La réponse est non. D'abord un détail qui est loin d'être anodin : le livre même de Metzler est, très vite, tombé dans un total oubli. Son propos en matière de coutume constitutionnelle n'a été ni repris, ni discuté, ni même référencé par d'autres auteurs et acteurs. Certes, en 1952, la section centrale de la Chambre des députés s'est référée de façon vague au propos de Metzler³¹⁰. Les députés membres de cette commission ont-ils alors souscrit à ce qui constitue le point le plus controversé de Metzler, à savoir l'acceptation de la coutume constitutionnelle *contra constitutionem* ? Ce n'est pas dit de manière explicite. Plus explicite est en revanche l'allégation, en 1977, du gouvernement de l'existence d'une « coutume constitutionnelle » qui permettrait au législateur « par dérogation à l'article 36 de la Constitution » de confier un certain pouvoir exécutif directement aux ministres, en court-circuitant le Grand-Duc³¹¹. Or il ne s'agit là que d'une prise de position ponctuelle.

Au contraire, divers acteurs et auteurs vont récuser la thèse de la coutume *contra constitutionem*. Le Conseil d'Etat, dans deux avis de 1953, le fait sur le mode de l'évidence³¹². Au sein de la doctrine spécialisée en droit constitutionnel, qui se veut être la vitrine du système constitutionnel luxembourgeois (et donc aussi le réceptacle de sa *rule of recognition*), les auteurs soit ignorent la coutume constitutionnelle et, à plus forte mesure, la thèse de Metzler³¹³, soit mentionnent la thèse de la coutume *contra constitutionem* pour aussitôt la récuser³¹⁴. Du côté des juges, le silence est tout aussi réprobateur. Dans la mesure où ils sont amenés à appliquer « la Constitution »³¹⁵, et donc, aussi, à en définir les contours, les juges, spécialement les juges de la Cour constitutionnelle, participent au processus de cristallisation de la *rule of recognition*. Or ils n'ont point retenu l'idée de coutume constitutionnelle, en quelque sens que ce soit. En particulier³¹⁶, la Cour constitutionnelle tout au long de son existence n'a jamais érigé la pratique politique, même constante, en norme constitutionnelle coutumière *praeter* ou *contra constitutionem*. A ce titre, il est intéressant de noter que sur la problématique de l'écart entre le texte constitutionnel et la pratique législative en matière de pouvoir réglementaire des ministres – situation qui, aux yeux de Metzler³¹⁷ et du gouvernement (en 1977), était justifiable par l'existence d'une coutume constitutionnelle au sens fort –, la Cour constitutionnelle, saisie de cette affaire dès son premier arrêt, s'est contentée de conclure à l'inconstitutionnalité de cette législation, sans même entrer dans le débat sur l'existence d'une éventuelle coutume³¹⁸.

³¹⁰ Rapport de la section centrale du 2 mai 1952 sur le traité créant la CECA, Documents parlementaires relatifs au projet de loi n° 395, p. 184 ss, spéc. p. 186 : « Malgré leur caractère de rigidité et stabilité, les Constitutions ne sont pas réfractaires à l'évolution ; elles peuvent et doivent subir un effort constant d'adaptation aux besoins nouveaux, aux réalités nouvelles de la vie d'une nation. Il existe en effet en marge de la Constitution écrite un droit constitutionnel non écrit, coutumier (voir Léon Metzler, *Mélanges de droit luxembourgeois*, p. 293 et ss) ».

³¹¹ Lire l'exposé des motifs du projet de loi n° 2115 (déposé le 9.8.1977) portant institution d'un Conseil national de coordination de la politique des transports, Documents parlementaires relatifs au projet de loi n° 2115, p. 2286.

³¹² Avis du 31 juillet 1953 (CED) et avis du 23 juin 1953. Cf. les extraits cités *supra* note 222.

³¹³ Cf. P. Majerus, *op. cit.* ; J. Thill, L. Frieden, « The Grand-Duchy of Luxembourg » in L. Prakke, C. Kortmann (dir.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 549 s ; M. Thewes, « Le régime politique du Grand-Duché de Luxembourg », in Y. Guchet (dir.), *Les systèmes politiques des pays de l'Union européenne*, Paris, Colin, 1994, p. 313 ss.

³¹⁴ P. Schmit, *Précis de droit constitutionnel*, 2009, p. 83 ss ; J. Gerkrath, « Compétence et recevabilité des questions préjudicielles », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2008, n° 1-2, p. 11.

³¹⁵ C'est bien une référence générale, totalisante, à « la Constitution » qui figure dans l'article 95ter, § 1er Const. (« La Cour constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution »). Voir aussi *ibid.* art. 95ter § 2 et la référence à « la Constitution » dans la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, art. 2, 6 et 13. A noter : l'article 8 se réfère aux seules « dispositions constitutionnelles ». Sur la compétence des juges ordinaires à appliquer « la Constitution », cf. J. Gerkrath, *op. cit.*, p. 5 s.

³¹⁶ Pour ce qui est des juges ordinaires, il n'existe pour l'instant aucune étude exhaustive de la jurisprudence sur ce point. Toutefois, des aperçus partiels ne font pas apparaître une consécration de la coutume constitutionnelle. Cf. par ex., D. Spielmann, M. Thewes, L. Reding, *Recueil de la jurisprudence administrative du Conseil d'Etat luxembourgeois (1985-1995)*, Bruylant, Bruxelles, 1996, *verbo* « coutume ».

³¹⁷ Cf. *supra* note 306.

³¹⁸ Cf. arrêt n° 01/1998 du 6 mars 1998, *Mémorial A*, 1998, n° 19, p. 254 s. Dans le même sens : arrêts n° 4/98, 5/98 et 6/98 du 18 décembre 1999. La coutume n'est pas même invoquée dans les divers commentaires de cet

Reste à évoquer un dernier acteur participant à la définition de la *rule of recognition* dans un système démocratique : les citoyens, le peuple. S'il est tentant de se focaliser, en matière de *rule of recognition*, sur l'attitude des seules autorités de l'Etat³¹⁹, quitte à y englober la doctrine – tous ces acteurs/auteurs produisent un certain discours, plus ou moins articulé et théorisé, sur la *rule of recognition*, alors qu'un tel discours est difficilement discernable du côté des citoyens ordinaires –, il serait pour le moins erroné, au vu de ces difficultés d'accès aux informations, d'ignorer simplement le rôle du peuple. Celui-ci participe à la définition de la *rule of recognition*, ainsi qu'il ressort de l'étude du phénomène des révolutions et putschs (réussis ou échoués), où la masse des individus, par leur attitude de loyauté ou de révolte, confirment ou infirment leur adhésion à la *rule of recognition* historique. Il est certain que, sur la question précise de la place de la coutume constitutionnelle au sens fort, le peuple luxembourgeois ne s'est jamais explicitement prononcé. Mais le silence devrait-il valoir approbation ? S'agissant d'une thèse aussi controversée, et fragile, cela paraît peu probable.

Dès lors, il apparaît que le système luxembourgeois ne reconnaît, ni en droit positif, ni au niveau méta-juridique (par le biais de la *rule of recognition*), une quelconque coutume constitutionnelle, au sens faible ou fort. Au Luxembourg, la voie de la coutume constitutionnelle se révèle être une impasse.

Faut-il s'en plaindre ? Y a-t-il lieu d'argumenter en faveur d'un changement de la *rule of recognition* ? Le Luxembourg est actuellement engagé dans la voie d'une refonte du texte de sa Constitution. Il est donc urgent de réfléchir, pour l'avenir, à la place (exclusive ou concurrente) que doit occuper ce texte nouveau dans l'ordre constitutionnel. Serait-il judicieux, après avoir écrit un texte plus moderne, plus « à jour », qui, par la suite, pourra être modifié par la voie de la révision, de soumettre ce texte à la force abrogatoire de la coutume ? Cela reviendrait à renoncer à divers bienfaits propres à l'institution d'une Constitution écrite et rigide. Une perte serait à enregistrer sur le plan de la sécurité juridique et, surtout, de la démocratie.

Sur le plan de la sécurité : alors que l'idéal du Code constitutionnel promet un haut degré de transparence et d'accessibilité des normes du droit constitutionnel (idéal qui, bien sûr, n'est pas totalement réalisable, ne serait-ce qu'à cause de l'indétermination des mots utilisés par le texte et de l'imprévisibilité de l'avenir), ce niveau de sécurité juridique serait très fortement entamé s'il était admis que la Constitution puisse être modifiée à la fois par des révisions en bonne et due forme et par des changements informels opérés à travers la coutume constitutionnelle au sens fort. Sur le plan de la démocratie : alors que la procédure (actuelle et future) de la révision du texte constitutionnel permet, en dernier lieu, aux citoyens de faire valoir (de faire prévaloir) leur vue par rapport à celle des élus³²⁰, la reconnaissance de la coutume constitutionnelle permettrait à ces derniers de redéfinir la Constitution par le biais d'un processus informel, à la limite confidentiel (les usages des acteurs politiques ne sont pas forcément connus du grand public, même dans un pays aussi petit que le Luxembourg). Le peuple ne serait pas appelé à intervenir. Car, à l'inverse de ce que suggère la thèse de René Capitant, qui paraît être la défense la plus séduisante, car la plus démocratique, de la coutume constitutionnelle au sens fort, la coutume dont il est question est générée le plus souvent non pas par le peuple lui-même, mais par ses élus, par les autorités de l'Etat. Comme l'a fait remarquer Julien Laferrière : « Il paraît y avoir une singulière disproportion

arrêt. Cf. l'article du président de la Cour constitutionnelle de l'époque Marc Thill, « Der Verfassungsgerichtshof des Grossherzogtum Luxemburg », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 13 (2003), p. 60 ; l'article de l'avocat de l'Etat dans l'affaire n° 1/1998, Marc Thewes, « Dix ans de justice constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg », *Mélanges F. Delpérée*, p. 1491 ss ; l'article de l'actuel vice-président de la Cour constitutionnelle Georges Ravarani, « Le pouvoir réglementaire des ministres après l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 mars 1998 », *Pasicrisie luxembourgeoise*, t. 30 (1998), p. 362 ss.

³¹⁹ Hart opère un tel rétrécissement : alors qu'au début, il estime que tous les acteurs d'un Etat, y compris les individus, participent, par leur pratique concordante, au tissage de ce consensus fondamental qu'est la *rule of recognition*, par la suite, il recentre la recherche de celle-ci sur l'attitude des seules autorités de l'Etat (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, p. 114 s), voire des seuls juges (*Concept of Law, postface*, p. 256 : « a form of judicial customary rule »). La masse des individus obéirait aux normes primaires du droit, sans avoir une conception claire de l'unité et, partant, du fondement du droit. Seuls les pouvoirs publics s'attacheraient à la définition des normes secondaires, et donc à la règle de reconnaissance.

³²⁰ Cf. l'actuel art. 114 Const. qui permet aux citoyens d'exiger un référendum sur toute révision constitutionnelle. Cette procédure est reprise dans le projet de refonte de la Constitution n° 6030.

entre ces règles coutumières, envisagées dans leur contenu concret, et l'origine lointaine qu'on [leur] assigne, c'est-à-dire la volonté de la nation (...). A voir les choses dans leur réalité, ces règles coutumières sont le résultat de la façon d'agir de certaines autorités dont la nation, à la vérité, ignore la façon dont elles se comportent, ou y est indifférente»³²¹. Au pire, la nation pourrait même désavouer de telles pratiques. La thèse de Capitant n'est fondée qu'à condition de supposer une unité parfaite de vues entre élus et peuple (les premiers générant un usage « au nom du peuple »), un paradigme qui est sérieusement battu en brèche de nos jours. Pour citer Christian Tomuschat : « *Ein Organwille lässt sich nicht quasi beliebig als Ausdruck des ursprünglichen Volkswillens werten* »³²².

Faudrait-il, au moins, admettre la coutume constitutionnelle au sens faible, i.e. des habilitations ponctuelles et délimitées en faveur d'une coutume qui, sans avoir rang constitutionnel, porterait sur des matières constitutionnelles ? L'idée, en soi, est concevable³²³. Pour l'instant, toutefois, aucun des acteurs participant à la refonte du texte de la Constitution luxembourgeoise n'a émis un vœu en ce sens. Tout laisse donc à penser que, sauf revirement de dernière minute, l'idée de coutume constitutionnelle au sens faible est également dépassée. A noter aussi qu'en matière d'interprétation du futur texte constitutionnel, aucun acteur n'a proposé d'ancrer dans le texte cette construction curieuse de la « coutume interprétative à effet pétrificateur ». Là aussi, les inconvénients en termes de perte de souplesse de l'interprétation sont évidents.

* * *

Il est temps de conclure. Après des décennies, où, au Luxembourg, le texte constitutionnel a été oublié³²⁴ et délaissé (en partie au profit des usages politiques qui pesaient davantage), un retour au texte s'impose. Il y a lieu d'investir des efforts conséquents dans le travail d'écriture de la nouvelle Constitution, car ce sera ce texte qui comptera, et non quelque texte revu, de manière pragmatique (ou arbitraire), par les « usages » érigés en « coutume ». Dans ce travail de réécriture du texte constitutionnel, il y a lieu également de dépasser le style d'écriture lapidaire du XIX^e siècle, qui, souvent, se contentait de quelques formules courtes et vagues (souvent *trop* courtes et *trop* vagues). Il convient, à l'inverse, de doter le texte constitutionnel nouveau d'une précision et technicité qui, pour l'instant, lui font trop souvent défaut³²⁵. Dans un Etat de droit démocratique, le paradigme d'une « Constitution courte et obscure » (Napoléon Bonaparte) n'est plus acceptable, car il en va de la fonction de régulation et pacification des normes constitutionnelles. On l'a vu, particulièrement, à travers l'exemple de la dissolution de la Chambre des députés. Sur ce point précis, la refonte reste d'ailleurs encore à faire.

³²¹ J. Laferrière, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDJ*, 1944, p. 36.

³²² C. Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht ?*, *op. cit.*, p. 115.

³²³ Pour des exemples en droit constitutionnel étranger, cf. *supra* note 249.

³²⁴ A. Bonn, *La Constitution oubliée*, Luxembourg, Imprimerie centrale, 1968.

³²⁵ A cet égard, le constituant luxembourgeois pourrait s'inspirer utilement du style constitutionnel autrichien. En Autriche, les textes constitutionnels se caractérisent par un très haut degré de précision technique.

CONSEIL D'ETAT

=====

No 50.268

Demande d'avis du Gouvernement sur une dissolution à effet différé de la Chambre des députés.

Avis du Conseil d'Etat (18 juillet 2013)

[1] Le Conseil d'Etat a été saisi par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 11 juillet 2013 de la question de savoir si le Grand-Duc peut procéder à la dissolution de la Chambre des députés par un arrêté grand-ducal à effet différé pris sur base de l'article 74 de la Constitution.

[2] Le Conseil d'Etat ne se voit en mesure de répondre à la question précise qui lui est posée que s'il analyse celle-ci dans un contexte constitutionnel et institutionnel plus large. Il ne serait pas fidèle à son rôle que la Constitution et la loi lui confient s'il procédait différemment.

[3] Il échet de relever d'abord qu'en vertu de l'article 51 de la Constitution, le Grand-Duché « est placé sous le régime de la démocratie parlementaire ». Dans un ouvrage¹ que le Conseil d'Etat a publié à l'occasion de la célébration du 150^e anniversaire de sa création, les auteurs écrivent : « Le fonctionnement d'un Etat placé sous le régime parlementaire signifie [...] que c'est le Parlement qui joue le rôle déterminant face aux autres pouvoirs, notamment le pouvoir exécutif... Dans un Etat fonctionnant sous le régime parlementaire, l'action du Gouvernement est placée sous le contrôle du Parlement et sa survie politique dépend de la confiance que le Parlement lui accorde ». Toute disposition de la Constitution qui confie au pouvoir exécutif une possibilité d'intervention dans des domaines relevant du fonctionnement du Parlement constitue donc une exception au régime normal et doit être traitée dans un sens restrictif, afin que soit sauvegardé le rôle du Parlement.

[4] Dans l'histoire institutionnelle du pays, le Parlement va normalement jusqu'à la fin du mandat pour lequel il a été élu.

[5] Une exception à la durée fixée à l'article 56 de la Constitution a disparu depuis qu'en 2003 la décision de révision de la Constitution n'entraîne plus la dissolution de plein droit de la Chambre des députés. Encore faut-il relever que souvent la décision de révision fut reportée à la fin de la durée normale du mandat, précisément afin de ne pas rompre le rythme normal des législatures et de ne pas écourter la durée normale du mandat.

[6] La seule exception actuelle à la règle de l'article 56 de la Constitution consiste dans le droit de dissolution accordé au Grand-Duc par l'article 74. La Chambre des députés elle-même ne dispose pas du droit d'écourter la durée du mandat qui lui a été accordé par les électeurs, fût-ce par une loi. Si chaque député peut mettre individuellement un terme à son mandat, il est inconcevable, dans notre système constitutionnel, que la Chambre des députés dans son ensemble prenne elle-même cette initiative alors que le texte de l'article 56 de la Constitution aux termes duquel « les députés sont élus pour cinq ans » s'y oppose.

¹ *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg, 2006, p. 207.

[7] Quant à la dissolution anticipée, les auteurs de l'ouvrage cité plus haut avaient retenu que « De nos jours, une dissolution pourrait entrer en considération dans l'hypothèse où une coalition en place se serait rompue et qu'il serait impossible de former une nouvelle majorité gouvernementale. De nouvelles élections permettraient de sortir de l'impasse, puisque le corps électoral serait appelé à se prononcer et à décider de l'équilibre politique. Afin que la dissolution n'aboutisse pas à une période prolongée pendant laquelle le Gouvernement agirait en dehors de tout contrôle parlementaire, la Constitution veille à mettre en place rapidement une nouvelle Chambre: la dissolution doit être suivie impérativement d'une nouvelle élection générale, et cette élection doit avoir lieu au plus tard trois mois après la dissolution. »²

[8] En matière de dissolution de la Chambre des députés, le régime constitutionnel luxembourgeois est calqué sur celui de la Constitution belge d'avant la modification que celle-ci a subie en 1993 afin de rendre ce régime plus restrictif, limitant la dissolution à quatre cas d'intervention du Roi liés à une intervention préalable de la Chambre, « dans le but avoué d'accroître la stabilité parlementaire »³. L'auteur de la contribution citée ajoute que « la dissolution anticipée est un mécanisme qui doit permettre au corps électoral de résoudre, par des élections, les conflits survenant entre les assemblées, spécialement entre la Chambre des représentants et le Gouvernement. C'est dire que le droit de dissolution a une portée essentiellement fonctionnelle et qu'il ne peut être utilisé à d'autres fins. »⁴

[9] Un autre auteur belge abonde dans le même sens : « L'exercice du droit de dissolution est une garantie essentielle d'un régime d'opinion. Il assure la modération du pouvoir en permettant de remédier aux erreurs et aux abus des assemblées. Il organise une forme d'arbitrage populaire dans les conflits entre les assemblées ou entre celles-ci et le Gouvernement. Encore n'y a-t-il pas lieu de célébrer outre mesure les mérites des procédures de dissolution. Si l'on tient compte du fait que le pouvoir exécutif fédéral est un et que les ministres sont l'émanation d'une majorité parlementaire de coalition, on comprend aisément que la dissolution a aussi pour objectif de vérifier ou de rétablir la cohésion de la majorité parlementaire et gouvernementale, ainsi que sa représentativité. La dissolution des chambres devient de cette manière une technique pour résoudre les conflits nés au sein de la majorité.»⁵ A titre d'illustration des conflits qui peuvent naître, le même auteur donne l'exemple suivant : « Voici un gouvernement et sa majorité parlementaire divisés sur la politique à mener. L'impasse est totale. Le cabinet est amené à démissionner. Mais il apparaît rapidement qu'aucun remaniement ministériel n'est possible et qu'aucune solution de rechange n'est concevable. Il faut aller aux urnes, en espérant que des faits politiques nouveaux sortiront du débat électoral. »⁶

[10] Le Conseil d'Etat cite encore un troisième auteur belge, dont l'ouvrage remonte à l'époque où le texte de l'article 71 de la Constitution belge constituait le modèle du texte de l'article 74 de la Constitution luxembourgeoise. « La marche du gouvernement et le choix des hommes qui sont à la tête de l'administration générale du pays doivent être en harmonie avec le vœu de la nation, exprimé par la majorité de la Chambre qui le représente. Il arrive parfois que cette harmonie se rompt, et que la Chambre des représentants ... ne [marche] plus d'accord avec les conseils de la Couronne. Dans ce cas, force est que les Chambres se retirent devant le ministère, ou le ministère devant les Chambres. Mais qui décidera de quel côté se trouve la raison? Le ministère peut se tromper, et aucune des Chambres n'est infaillible. Le seul moyen de lever cette difficulté d'une manière qui soit conforme aux intérêts du pays, c'est de recourir au jugement de la nation. De là, ce droit attribué au Roi de dissoudre les Chambres pour appeler la nation, en la personne des électeurs, à manifester elle-même son vœu par le choix de nouveaux mandataires. »⁷

² *Ibid.*, p. 260.

³ *La Constitution belge. Lignes & entrelignes*, (dir. Marc Verdussen), Le Cri Edition, 2004, p. 152.

⁴ *Ibid.*

⁵ Francis Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, n° 1090, p. 908-909.

⁶ *Ibid.*, n° 1091, p. 909.

⁷ Gustave Beltjens, *La Constitution belge révisée*, n° 13, Ed. Jacques Godenne, Liège, 1894, p. 405.

[11] Le Conseil d'Etat retient de ce qui précède que la dissolution de la Chambre des députés est un instrument extraordinaire que la Constitution met à la disposition du Chef de l'Etat pour résoudre un conflit grave né entre la Chambre des députés et le Gouvernement, conflit que ni les acteurs politiques (les partis politiques et les groupes parlementaires) ni les institutions constitutionnelles n'arrivent à résoudre. Parole est donnée au corps électoral dont le choix jettera la base pour une nouvelle majorité et pour un nouveau Gouvernement. La dissolution de la Chambre n'est certainement pas un acte qui dépendrait du bon vouloir du Chef de l'Etat dans le sens que celui-ci serait libre de l'appliquer quand bon lui semblerait, dans n'importe quel contexte politique.

[12] Dans son ouvrage cité, Francis Delpérée met en place une typologie des dissolutions : la dissolution-consultation qui est un substitut du référendum ; la dissolution-sanction qui serait la contrepartie du droit de la Chambre de renvoyer le ministère ; la dissolution-remède « qui s'attache à résoudre un conflit grave et permanent entre les chambres législatives et l'Exécutif fédéral. Peut-être même s'efforce-t-elle d'apporter une issue à un conflit au sein même du ministère et de sa majorité. »⁸ Le Conseil d'Etat ajoute à cette typologie celle de la dissolution-opportunité que connaît notamment le Royaume-Uni et qui permet au Gouvernement, en dehors de tout conflit, de dissoudre le Parlement, notamment si des élections anticipées ouvrent de meilleures chances de réélection à la majorité gouvernementale.

[13] La dissolution que prévoit la Constitution luxembourgeoise est, dans la coutume constitutionnelle, du type de la dissolution-remède. Elle est destinée à résoudre un conflit entre la Chambre des députés et le Gouvernement. Les exemples susceptibles d'être tirés de notre histoire politique démontrent ce point :

[14] En 1856, le vote de méfiance émis à l'égard du Gouvernement Simons n'eut pas pour effet la démission du Gouvernement, mais déclencha la clôture prématurée de la session de la Chambre des députés, ce qui ouvrit au Roi Grand-Duc la possibilité de procéder à la mise en vigueur de son projet de révision de la Constitution par la voie d'une ordonnance royale grand-ducale du 27 novembre 1856, sans intervention de la Chambre, procédure non autorisée par la Constitution de 1848.

[15] En 1867, la Chambre obligea le Gouvernement Tornaco à la démission sans qu'il y eût de nouvelles élections.

[16] En 1915, le Gouvernement Loutsch, entré en fonctions le 6 novembre sans disposer d'une majorité parlementaire, fut contraint de démissionner au cours du mois de son installation, provoquant la dissolution de la Chambre à la demande du Gouvernement.

[17] En 1925, le Gouvernement Reuter démissionna en raison du rejet de la convention ferroviaire négociée avec la Belgique et la Chambre fut dissoute.

[18] En 1958, la Chambre fut dissoute à la suite de la démission du Gouvernement des ministres socialistes, solidaires d'un collègue qui s'était vu exprimer un blâme par la Chambre des députés.

[19] En 1968, les élections prévues pour 1969 furent avancées au 15 décembre 1968 sur décision du Gouvernement et de sa majorité parlementaire. Techniquement, la dissolution est intervenue sur base de l'article 114 (dissolution de plein droit de la Chambre à la suite de la déclaration de révision de l'article 52 de la Constitution). Il s'agit de la dernière élection anticipée en date au Grand-Duché de Luxembourg.

[20] En relation avec les élections anticipées le Conseil d'Etat retient que le Chef de l'Etat a dissocié habituellement la décision de dissolution de l'acte de convocation aux élections anticipées.

[21] Contrairement à l'article 71 de la Constitution belge, l'article 74 de la Constitution luxembourgeoise est muet sur l'autorité qui doit prendre l'initiative pour convoquer les

⁸ Francis Delpérée, *op. cit.*, n° 1095, p. 914.

électeurs et sur les modalités selon lesquelles cette initiative est prise. Le Conseil d'Etat entend également se prononcer sur cet aspect dans l'intérêt de la sécurité juridique qui doit, à son avis, entourer la question. Or, face aux différences relevées dans les textes constitutionnels belge et luxembourgeois, il est réduit à se rapporter à la coutume constitutionnelle indigène qui fournit dans ces conditions la seule référence utile. Il rappelle que les arrêtés grand-ducaux qui ont prononcé la dissolution de la Chambre des députés en 1915, en 1925 et en 1958 comportent tous les trois un article 2 aux termes duquel le Chef de l'Etat s'est réservé « de fixer ultérieurement la date de convocation des collèges électoraux ».

[22] Le Conseil d'Etat pourrait toutefois s'accommoder de la réunion dans un même arrêté grand-ducal de la décision de dissolution et de la fixation de la date pour la convocation des électeurs.

[23] Quant à la nature de l'arrêté de dissolution, la doctrine s'accorde à le ranger dans la catégorie des actes de gouvernement alors que bien qu'émanant du pouvoir exécutif, ceux-ci interviennent dans le cadre des rapports du Gouvernement avec le pouvoir législatif. De tels actes demeurent d'ailleurs hors du contrôle du juge administratif⁹.

[24] Une pratique de dissolution qui éloignerait le pays de la longévité institutionnelle de la Chambre des députés, qui est la garantie de la sérénité politique, et qui ouvrirait la voie vers l'utilisation de cet instrument pour placer les élections à la date jugée la plus opportune par la majorité au pouvoir sortirait du cadre constitutionnel et rencontrerait les réserves les plus sérieuses du Conseil d'Etat.

[25] En l'état actuel de la coutume constitutionnelle, l'exercice de la dissolution par le Grand-Duc a besoin d'un élément déclencheur qui ne peut être qu'un conflit patent entre la Chambre des députés et le Gouvernement, voire entre les partis de la majorité gouvernementale.

[26] L'initiative en la matière peut être prise par la Chambre des députés, qui peut voter une motion de censure ou refuser la confiance. Mais le Gouvernement aussi peut prendre l'initiative soit en démissionnant soit en proposant au Chef de l'Etat la dissolution de la Chambre des députés. Il résulte du bref historique ci-dessus que les dissolutions fondées sur l'article 74 de la Constitution – celles de 1915, de 1925 et de 1958 – sont caractérisées par le fait qu'il y a eu à la fois démission du Gouvernement et dissolution de la Chambre des députés.

[27] Au cours de l'élaboration de sa réponse à la question qui lui est posée par le Premier Ministre, Ministre d'Etat, le Conseil d'Etat a donc tenté d'identifier un tel conflit et d'établir son existence. Or, les événements politiques qui se sont déroulés au cours de la séance du 10 juillet 2013 à la Chambre des députés ne permettent pas à eux seuls de conclure indubitablement à l'existence d'un conflit grave et irréversible alors qu'aucun acte formel n'est intervenu sur initiative soit du Gouvernement soit de la Chambre des députés ni sur les conclusions et les recommandations du rapport de la commission d'enquête¹⁰ ni sur les motions présentées.¹¹ Certes, la Chambre des députés a examiné au cours de cette séance le rapport présenté par sa commission d'enquête, mais elle n'a tiré aucune conclusion de ses débats et les trois motions dont elle était saisie n'ont pas été discutées. Aucun vote n'est

⁹ Voir Jacques Salmon, *Le Conseil d'Etat*, Bruylant, 1994, p. 228.

¹⁰ Rapport de la Commission d'enquête sur le Service de Renseignement de l'Etat du 5 juillet 2013; doc. parl. n° 6565.

¹¹ La motion n° 1, présentée par le député Serge Urbany, « invite le Gouvernement de légiférer dans le sens de l'abolition du Service de Renseignement de l'Etat ».
La motion n° 2, présentée par le député Alex Bodry, « invite le Gouvernement
- à mettre en pratique les recommandations formulées dans le rapport de la Commission d'enquête ;
- en ce qui concerne le Premier Ministre, à assumer pleinement la responsabilité politique des dysfonctionnements graves constatés ;
- à demander au Chef de l'Etat de procéder à la dissolution de la Chambre des Députés et à l'organisation d'élections législatives anticipées dans le délai légal de trois mois ».
La motion n° 3, présentée par le député Félix Braz, conclut à ce que la Chambre des députés « retire sa confiance au Premier Ministre, Ministre d'Etat, chef du Gouvernement, et l'invite à assumer les conséquences personnelles qui s'imposent ».

intervenue ni sur le rapport de la commission ni sur aucune des trois motions. Le Gouvernement n'a pas posé la question de confiance, la Chambre des députés n'a pas refusé la confiance.

[28] A défaut de décision formelle de la Chambre des députés, « l'étude des motifs sur lesquels s'appuie l'acte de dissolution serait incomplète si elle se limitait à examiner le problème sous un angle essentiellement normatif et négligerait les éléments de ce problème situés en dehors du droit. Si l'on veut pénétrer le sens moderne de l'institution de la dissolution, il est nécessaire de se pencher sur les réalités politiques »¹². Le Conseil d'Etat trouve deux éléments évoquant ce problème, à savoir la déclaration du Premier Ministre à l'issue de la séance du 10 juillet 2013 et la lettre de saisine du Conseil d'Etat du 11 juillet 2013. Dans son intervention, et après avoir constaté un conflit dans les rangs de la majorité gouvernementale et une mise en cause d'une majorité au sein de la Chambre¹³, le Premier Ministre a déclaré qu'il entend convoquer le Gouvernement pour une réunion devant avoir lieu le lendemain à dix heures et qu'il se rendrait par après au Palais grand-ducal pour proposer au Grand-Duc de nouvelles élections. Dans ladite lettre de saisine, le Premier Ministre confirme que le Gouvernement a présenté au Grand-Duc une proposition visant l'organisation d'élections législatives anticipées le 20 octobre 2013.

[29] Le Conseil d'Etat prend acte que la démarche du Gouvernement est intervenue sur la base du constat par ce dernier d'un conflit grave et irréversible existant au sein de la majorité gouvernementale. L'existence d'un tel conflit est en effet une condition indispensable pour décider de la dissolution de la Chambre des députés.

[30] L'existence de ce conflit est constatée par le seul Gouvernement. Le Parlement n'a pas pris formellement position, pour ne pas avoir mis en œuvre l'un des instruments qui sont à sa disposition pour obliger le Gouvernement à la démission. Il s'agit là d'une situation qui se concilie mal avec l'esprit d'une Constitution qui se fonde sur les principes de la démocratie parlementaire, même si la lettre de la Constitution (article 74) l'accepte tout en veillant à ce que de nouvelles élections soient organisées dans les trois mois. Si la Chambre des députés avait estimé que cette situation n'était pas acceptable, elle aurait dû prendre les mesures susceptibles de la prévenir.

[31] Lorsque le Chef de l'Etat est appelé à dissoudre la Chambre des députés en application de l'article 74, alinéa 1^{er} de la Constitution, sa décision prend la forme d'un arrêté grand-ducal.

[32] A l'instar des dissolutions de 1915, 1925 et 1958¹⁴, cet arrêté devra être contresigné par au moins un membre du Gouvernement, conformément à l'article 45 de la Constitution.

[33] Le Conseil d'Etat recommande que, là encore dans le respect de la coutume constitutionnelle, le préambule mentionne que l'arrêté soit pris sur proposition du Gouvernement, et non « sur le rapport » de celui-ci.

[34] Pour ce qui est d'une décision différant l'effet de la dissolution, le Conseil d'Etat est d'avis que celle-ci ne serait pas conforme à l'esprit de la Constitution, et qu'elle ne respecterait pas davantage la coutume constitutionnelle. Du moment que les institutions sont en présence d'un conflit politique grave et irréversible, il est procédé à la dissolution avec effet immédiat. La doctrine s'exprime dans le même sens : « En droit constitutionnel belge, l'acte de dissolution est en principe un acte juridique pur et simple, c'est-à-dire qu'il est

¹² Jacques Velu, *La dissolution du Parlement*, Bruylant, 1966, p. 123.

¹³ « Ech stelle fest, dass d'Fraktioun vun de Gréngen zesumme mat deene vun de Liberalen, plus den Här Urbany an den Här Gibéryen eng Motioun abruecht hunn, fir mer d'Veutrauen ze entzéien. ... Ech stelle fest, dass d'sozialistesche Fraktioun eng Motioun abruecht huet... » (Est visée la motion n° 2 qui demande la dissolution de la Chambre des députés.) « ...Ech hätt mer nie vistelle kënnen, dass ausgerechent d'sozialistesche Partei mer géif e Fouss stellen. Hätt ech mer a 25 Joer Zesummenaarbecht net kënnen virstellen. »

¹⁴ Arrêté grand-ducal du 10 novembre 1915, portant dissolution de la Chambre des députés (Mém. 1915, n° 94, p. 1033).
Arrêté grand-ducal du 29 janvier 1925, portant dissolution de la Chambre des députés (Mém. 1925, n° 4, p. 37).
Arrêté grand-ducal du 18 décembre 1958, portant dissolution de la Chambre des députés (Mém. 1958, n° 65, p. 1565).

destiné à produire ses effets immédiatement et définitivement. (...) En droit constitutionnel belge, l'acte de dissolution ne peut jamais être affecté d'un terme. »¹⁵

[35] A quoi pourrait d'ailleurs servir le sursis accordé à la Chambre des députés en période préélectorale ?

[36] Y a-t-il une nécessité institutionnelle d'éviter la dissolution immédiate de la Chambre des députés ? Le Conseil d'Etat se permet de rencontrer l'interrogation développée dans le dernier alinéa de la lettre de saisine par les considérations que, d'une part, le Gouvernement n'a pas démissionné, qu'il n'est pas limité dans son action à la gestion des affaires courantes et qu'il continue donc de bénéficier de la plénitude des moyens qui sont à sa disposition en temps normal, et que, d'autre part, l'article 32(4) de la Constitution munit le Gouvernement des moyens formels nécessaires et suffisants pour faire face à une crise internationale sans le concours du Parlement.

[37] Même un Gouvernement démissionnaire chargé des affaires courantes et urgentes bénéficierait de pouvoirs très étendus. Il pourrait traiter en période de crise des affaires dont un retard dans leur solution nuirait aux intérêts essentiels du pays et ferait courir un danger ou causerait un préjudice grave aux intérêts fondamentaux du pays. En cas de crise internationale et s'il y a urgence, même un Gouvernement démissionnaire pourrait valablement soumettre au Grand-Duc des règlements en toute matière, même dérogoires à des dispositions légales existantes, qui se fonderaient sur l'article 32, paragraphe 4 de la Constitution¹⁶.

[38] Enfin, il doit être permis de soulever la question de savoir comment une Chambre des députés serait en mesure de dégager une majorité pour soutenir l'action du Gouvernement.

[39] La démonstration que la dissolution est nécessaire à cause du caractère grave et irréversible du conflit qui a éclaté au sein de la majorité gouvernementale est également la démonstration qu'une dissolution différée serait inconsistante et incohérente.

[40] En conclusion de ce qui précède, le Conseil d'Etat est d'avis qu'un arrêté grand-ducal dissolvant avec effet différé la Chambre des députés ne serait pas compatible avec l'esprit de la Constitution, ni avec la coutume constitutionnelle qui s'est forgée à travers l'histoire.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 18 juillet 2013.

Le Secrétaire général,
s. Marc Besch

Le Président,
s. Victor Gillen

¹⁵ Jacques Velu, *op. cit.*, p. 202-203.

¹⁶ Voir Jacques Salmon, *op. cit.*, p. 404 et suiv.