

LE RÔLE DU DROIT INTERNATIONAL DANS L'ORDRE JURIDIQUE LUXEMBOURGEOIS (*)

par

Patrick Kinsch

Avocat, professeur invité à l'Université du Luxembourg

1. L'attitude des pouvoirs publics, et spécialement des tribunaux, luxembourgeois à l'égard du droit international s'explique à partir d'une donnée élémentaire de l'histoire nationale : le Luxembourg moderne – création au 19^e siècle d'une série de traités internationaux¹, évidemment trop faible sur le plan militaire pour assurer sa propre défense et tributaire sur le plan économique de son intégration dans l'économie d'un ou plusieurs Etats voisins – a toujours été trop dépendant des mécanismes de coopération internationale et de leur organisation par le droit international public pour adopter à l'égard de celui-ci une attitude autre que déferente. En particulier, la reconnaissance dès 1950 de la primauté du droit international sur le droit interne² est manifestement le reflet de nécessités propres à la situation particulière du Grand-Duché de Luxembourg. Des explications bienveillantes en ont été offertes : l'expérience acquise, par l'intégration dans le *Zollverein* (l'Union douanière germanique), puis l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Benelux, des limitations et transferts de souverainetés³ ; la conviction, partagée par tous les pouvoirs publics, que l'intégration dans un ordre international et supranational est conforme et même indispensable aux intérêts nationaux⁴.

Ainsi, c'est sa situation de très petit Etat européen qui explique dans une large mesure l'attitude du Luxembourg à l'égard du droit international.

I. – Textes constitutionnels et législatifs

2. Le droit international et plus largement les relations internationales font l'objet, dans la Constitution luxembourgeoise du 17 octobre 1868, de l'article 37, rédigé comme suit après sa révision du 25 octobre 1956 :

« Le Grand-Duc fait les traités. Les traités n'auront d'effet avant d'avoir été approuvés par la loi et publiés dans les formes prévues pour la publication des lois.

Les traités visés au Chapitre III, § 4, art. 49bis, sont approuvés par une loi votée dans les conditions de l'article 114, alinéa 2.

Les traités secrets sont abolis.

Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des traités dans les formes qui régissent les mesures d'exécution des lois et avec les effets qui s'attachent à ces mesures, sans préjudice des matières qui sont réservées par la Constitution à la loi.

· Rapport national luxembourgeois au 18^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé.

¹ L'acte final du Congrès de Vienne de 1815, le Traité de Londres de 1839 : cf. G. Trausch (dir.), *Histoire du Luxembourg*, Toulouse, 2003, p. 200 et s. (« Comment faire d'un Etat de convention une nation ? »).

² Reconnue, au Luxembourg, dès 1950 (Caas, 8 juin 1950, *Pas. lux.* 15, 41), c'est-à-dire antérieurement à sa reconnaissance dans les ordres juridiques français et belge dont les tribunaux luxembourgeois ont par ailleurs l'habitude de suivre, et non de précéder, les solutions.

³ Cf. P. Pescatore, « L'effet du droit communautaire dans l'ordre juridique interne », *F.S.Y.* n^o 27-28 (1966), p. 32, et surtout « La souveraineté nationale et les traités internationaux au fil de l'histoire luxembourgeoise (1815-1956) », *Hémecht* 19 (1967) 129, spéc. p. 163 et s.

⁴ P. Pescatore, *ibid.*

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi.

Le Grand-Duc commande la force armée : il déclare la guerre et la cessation de la guerre après y avoir été autorisé par un vote de la Chambre émis dans les conditions de l'article 114, alinéa 2 de la Constitution ».

Une brève glose de l'alinéa 2 de l'article 37 : par le renvoi qu'il opère aux articles 49bis et 114, ce texte vise les traités portant dévolution d'« attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ... à des institutions de droit international » (article 49bis). Pareils traités, puisqu'ils portent directement atteinte à l'attribution constitutionnelle des pouvoirs, doivent être approuvés dans les conditions de quorum et de majorité d'une modification constitutionnelle (article 114, alinéa 2). Cette supériorité est également exigée pour l'autorisation parlementaire d'une (très hypothétique) déclaration de guerre par le Grand-Duc, visée au dernier alinéa de l'article 37.

Une modernisation de la Constitution luxembourgeoise est en cours⁵ : mais il n'est pas prévu de modifier, à cette occasion, la substance de l'article 37, qui doit être transférée aux articles 121 à 123⁶.

Aucune disposition de la Constitution ne vise le statut du droit international public général dans l'ordre juridique luxembourgeois, ni ne précise la hiérarchie entre normes (écrites ou non écrites) du droit international et normes du droit national.

3. Les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle de 1956 montrent que le projet gouvernemental, fondé sur des recherches préalables de droit constitutionnel comparé⁷, entendait consacrer, par des dispositions constitutionnelles expresses, l'intégration dans l'ordre juridique national des « règles du droit international » et leur primauté par rapport au droit interne⁸ ainsi que le principe de la compétence des tribunaux dans l'application et l'interprétation des mêmes règles⁹. Cette initiative gouvernementale fut un échec : le rapport de la Commission parlementaire pour la Révision de la Constitution lui reprocha son perfectionnisme¹⁰, et l'avis du Conseil d'Etat proposa d'éviter toutes « anticipations » périlleuses et d'attendre le résultat de l'évolution jurisprudentielle¹¹. Cette frilosité des réactions en 1956 caractérise mieux l'attitude des institutions politiques du Luxembourg que l'enthousiasme du projet gouvernemental.

La conséquence logique de la lacune dans le texte constitutionnel est – comme le confirme l'avis du Conseil d'Etat – que ce sont les tribunaux qui sont appelés à définir le statut du droit international au regard de l'ordre juridique luxembourgeois. Ils sont amenés à définir, en même temps, une partie de leur propre statut institutionnel. Confrontés, par exemple, à la question de la primauté du droit international par rapport au droit interne, ils doivent nécessairement prendre position en se considérant soit comme subordonnés aux options politiques (ou à la simple inaction) du pouvoir législatif, soit au contraire comme organes d'un Etat sujet de droit international, chargés de veiller, dans le règlement des litiges dont ils sont saisis, au respect prioritaire des obligations internationales de celui-ci.

⁵ Proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, *Doc. parl.* n° 6030.

⁶ Les modifications sont d'ordre essentiellement rédactionnel : l'article 121 disposera que « Le Grand-Duc fait, ratifie et, sauf clause de dénonciation spécifique prévue par les traités eux-mêmes, défait les traités », et l'alinéa 2 du même paragraphe sera réécrit : « Les traités secrets sont abolis » doit être supprimé ; depuis que le texte de l'article 37 prescrit de manière générale la publication des traités, l'« abolition » des traités secrets est redondante.

⁷ V. l'étude préliminaire, *Doc. parl.* n° 516 (avec en annexe, p. 8-12, le texte des dispositions constitutionnelles françaises, italiennes, allemandes, néerlandaises et danoises), et l'exposé des motifs accompagnant le projet de révision de la Constitution, *Doc. parl.* n° 516⁴.

⁸ *Doc. parl.* n° 516⁴, projet d'un nouvel article 42 : « Les règles du droit international font partie de l'ordre juridique national. Elles prévalent sur les lois et toutes autres dispositions nationales ».

⁹ *Ibid.*, article 43 : « A moins de disposition contraire, les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer et pour interpréter, en ce qui concerne les affaires dont elles connaissent, les règles du droit international ».

¹⁰ Le rapport porte en épigraphe l'observation de Poincaré que « l'éternelle chimère des hommes est de chercher à mettre dans la Constitution la perfection qu'ils n'ont pas eux-mêmes » (*Doc. parl.* n° 516⁴, p. 1).

¹¹ *Doc. parl.* n° 516⁴, p. 7-8.

4. Au niveau infra-constitutionnel, nombreuses sont les normes législatives qui se réfèrent à des textes internationaux dont elles présupposent l'applicabilité directe en droit interne¹². Et il existe une loi-cadre qui a pour objet d'habiliter le pouvoir exécutif à intervenir par voie réglementaire, même pour déroger aux lois existantes, lorsqu'il s'agit de « l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que [de] la sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports »¹³. Mais c'est tout : pas plus que la Constitution, les textes législatifs ne résolvent les questions de principe ayant trait au statut du droit international en droit interne. Ces questions ont été résolues par la jurisprudence.

II. – Traités et autres accords internationaux

a) Les conditions de l'application des traités par les autorités internes

5. Ces conditions sont au nombre de trois : l'accord invoqué doit être obligatoire dans l'ordre international, il doit avoir été introduit en droit interne, et les dispositions qu'il s'agit d'appliquer doivent bénéficier de l'applicabilité directe.

(1) *La force obligatoire de l'accord dans l'ordre international*

6. Le texte invoqué doit être un véritable accord international obligatoire, et non une déclaration d'intention ou le produit d'une concertation purement politique. Les tribunaux jugent du respect de cette première condition d'applicabilité des textes internationaux par référence aux règles de droit international.

7. D'une part, dès lors qu'en droit international un accord donné est un accord international obligatoire, il sera reconnu comme tel en droit interne, indépendamment de sa dénomination et de sa forme.

Un arrêt d'appel de 1960 retient à propos de deux « Protocoles » belgo-néerlando-luxembourgeois et à propos des « Conclusions d'une réunion ministérielle », approuvés par une loi du 14 juin 1954, qu'avant été valablement conclus, ils avaient pu déroger aux dispositions de la Convention du 25 juillet 1921 établissant l'Union Economique belgo-luxembourgeoise :

« qu'il importe peu quelle procédure ait été utilisée pour la conclusion de ces accords, alors que la forme des engagements internationaux est librement déterminée par la pratique diplomatique et que la terminologie employée pour désigner les traités internationaux est des plus variées ; qu'en dépit de leur diversité formelle, il y a cependant équivalence matérielle entre les différents instruments utilisés pour la réalisation d'une opération juridique déterminée et que tous sont doués de la même force obligatoire »¹⁴,

et un arrêt de la Cour de cassation de 1961, plus laconique, relève « qu'aucune forme spéciale [n'est] requise en matière de conventions internationales »¹⁵.

8. D'autre part, il y a des textes qui ne constituent pas, dans l'ordre international, des accords obligatoires ; ceux-ci ne lieront par conséquent pas non plus les tribunaux luxembourgeois. C'est ce qui a été jugé à propos de la « liste CoCom », au cours des années 1980, par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui avait à statuer sur des faits de transit non autorisé de matériel stratégique vers l'Union soviétique¹⁶. Le tribunal se voyait

¹² Sur l'applicabilité directe, v. *infra*, n°^{os} 12 et s. ; pour un exemple, v. l'article 1^{er} de la loi du 20 juin 2001 sur l'extradition : « *En l'absence de traité International [...], les conditions, la procédure et les effets de l'extradition sont déterminés par la présente loi* ».

¹³ C'est là le titre de la loi du 9 août 1971.

¹⁴ Cour d'appel 3 décembre 1960, *Pas. lux.* 18, 223, 228.

¹⁵ Cass. 21 décembre 1961, *Pas. lux.* 18, 424, 429, note F.W.

confronté à des demandes, émanant des représentants de la défense, qui, selon le jugement, « se sont en conséquence obstinés à exiger que le tribunal ordonne la communication de cette liste originale au dossier ». Comme toutefois la « liste CoCom » n'est ni un traité international, ni un élément du droit dérivé d'une organisation internationale instituée par un traité, mais le simple produit d'une activité – juridiquement informelle – de « coordination » technique et politique, le tribunal n'a pas cru bon de faire droit à ces demandes, « aucune poursuite n'étant fondée sur un tel texte, n'ayant par ailleurs pas force de loi »¹⁷.

De même, un texte élaboré au sein d'une organisation internationale ne peut être considéré, devant les autorités internes, comme une norme obligatoire qu'à condition de posséder ce statut en vertu du traité constitutif de l'organisation. C'est pour cette raison que la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, est un texte que les tribunaux luxembourgeois peuvent certes prendre en considération¹⁸, mais elle ne saurait être considérée comme constituant, à proprement parler, une norme applicable devant les tribunaux ; comme l'a expliqué un jugement, « un texte écrit d'origine internationale ne peut se voir reconnaître la valeur d'une norme en droit interne qu'à la double condition de posséder cette valeur en droit international et d'avoir été dûment introduit en droit interne conformément à l'article 37, alinéa 1^{er} de la Constitution ; cette introduction en droit interne prendra la forme, s'agissant d'un texte émanant d'un organe d'une organisation internationale, de l'approbation et de la publication au Luxembourg du traité instituant l'organisation internationale en question, traité en vertu duquel le texte invoqué possède une valeur normative » ; or la première condition fait défaut à la Déclaration qui « ne possède pas ... en vertu de la Charte des Nations-Unies, un caractère normatif »¹⁹.

(2) L'introduction en droit interne

9. Comme on l'a vu²⁰, l'article 37 de la Constitution prescrit que les traités n'auront d'effet avant d'avoir été approuvés par la loi et publiés dans les formes prévues pour la publication des lois.

L'approbation parlementaire au sens de l'article 37 ne doit pas être confondue avec une législation incorporant en droit interne le contenu matériel du traité. La loi d'approbation est une loi purement formelle²¹, par laquelle le législateur se borne à approuver l'accord international conclu, et par lequel il formule le cas échéant les réserves qui accompagneront la ratification de cet accord²².

Il se déduit de la disposition constitutionnelle qu'un traité non approuvé et publié, même s'il est déjà entré en vigueur dans l'ordre international, ne peut avoir d'effet en droit interne.

¹⁶ Trib. arr. Luxembourg (corr.) 3 décembre 1987, n° 2027/87, p. 22.

¹⁷ Trib. arr. Luxembourg 3 décembre 1987, précit. ; v. déjà, dans la même affaire, le jugement du 21 mars 1986, n° 453/86, p. 5.

¹⁸ Trib. arr. Luxembourg 29 novembre 1984 et 13 juillet 1989, *Bull. Laurent* 1995, I, 25, à propos du divorce-réputation de la loi iranienne : « une telle conception, qui viole l'égalité de l'homme et de la femme devant la loi, heurte l'ordre public international puisqu'elle est contraire à la Déclaration universelle des droits de l'homme ... ». La Déclaration universelle sert, dans ces jugements, de simple référence dans le cadre de l'application d'une règle du droit interne luxembourgeois, la réserve de l'ordre public au sens du droit international privé.

¹⁹ Trib. trav. Luxembourg 12 février 2003, *Ann. dr. lux.* 14 (2004) 480, confirmé par Cour d'appel 3 février 2005, *Ann. dr. lux.* 16 (2006) 349. Un autre arrêt nie l'applicabilité de la Déclaration universelle au motif qu'elle « n'a pas été incorporée dans le droit national par une loi approuvative et ne peut donc être invoquée à l'appui d'une action en justice » (Cour Supérieure de Justice, Ass., 5 décembre 2002, *Ann. dr. lux.* 13 (2003) 676, 686), mais cette brève motivation néglige la vérification, logiquement préalable, du caractère obligatoire dans l'ordre international de l'accord concerné.

²⁰ *Supra*, n° 2.

²¹ P. Pescatore, *Conclusion et effet des traités internationaux*, Luxembourg, 1964 (réimpr., Bruxelles, 2009), p. 58 : « acte de contrôle politique et juridique de la part du [législateur] ».

²² En ce sens que « [d]u fait qu'elles affectent l'effet juridique de la convention, les réserves formulées à l'égard d'un traité nécessitent également l'approbation législative », v. le commentaire de la Constitution publié par le Conseil d'Etat, *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg, 2006, p. 160 ; v. aussi P. Pescatore, *op. cit.*, p. 55. Pour un exemple assez récent de « déclarations et réserves » prescrites par la loi d'approbation, v. la loi du 27 juillet 2003 portant approbation de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, *Mém. A* 2003, 2620, rapportée aux *Ann. dr. lux.* 14 (2004) 490.

Cette règle semble toujours avoir été considérée comme un principe général du droit²³ ; dès 1889, un arrêt de la Cour d'appel a refusé de faire application d'un « arrangement » néerlando-luxembourgeois du 7 janvier 1880, relatif à la légalisation d'actes par les agents diplomatiques et consulaires néerlandais, au motif que cet accord n'avait « fait l'objet d'aucune publication au *Mémorial*, ni d'aucune mesure d'administration générale obligeant les Luxembourgeois »²⁴. Un arrêt de 1951 déclare de même, à propos d'un accord belgo-luxembourgeois en matière économique constaté par un protocole du 23 mai 1935, que cet accord n'a « pas acquis force exécutoire dans le Grand-Duché pour n'avoir pas été légalement publié »²⁵. Le jugement de première instance²⁶ avait écarté l'application du protocole au motif que ce texte n'avait pas fait l'objet d'une ratification régulière, avec l'assentiment de la Chambre des députés. Plus récemment, le Conseil supérieur des assurances sociales a refusé de faire application d'un accord entre les autorités de sécurité sociale belges et luxembourgeoises, daté du 25 mars 1991, qui avait entendu régler la question de l'affiliation à la sécurité sociale des marins employés sur des navires navigant sous pavillon luxembourgeois, accord qui n'avait pas été publié au *Mémorial*²⁷.

10. Face à cette exigence constitutionnelle, il est difficilement concevable de reconnaître les effets, devant les autorités internes, d'un accord sous forme simplifiée, un accord « administratif » ou « exécutif », qui n'aurait pas été soumis à la procédure d'approbation parlementaire. Les accords sous forme simplifiée se rencontrent dans la pratique luxembourgeoise²⁸, mais ils doivent être introduits en droit interne dans le respect des formes prescrites par l'article 37 de la Constitution²⁹. Il est vrai qu'occasionnellement le gouvernement défend un autre point de vue³⁰, mais comme on l'a vu, ce point de vue se heurte à la jurisprudence et aussi à la pratique consultative du Conseil d'Etat. Une seule exception en jurisprudence, qui date du début des années 1950 : la double exigence de l'approbation parlementaire et de la publication a, par un arrêt du 4 juillet 1951, été jugée inapplicable à une catégorie particulière d'accords, intervenus en 1944 entre le gouvernement luxembourgeois et le commandement suprême des Forces expéditionnaires alliées et ayant trait à la réparation des dommages causés par les membres des forces alliées aux habitants luxembourgeois (« matière des "*claims*" ») : le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg ayant refusé de prendre ces accords en considération au motif qu'il s'agissait de « traités secrets »³¹, la Cour d'appel jugea « que les accords en question ne constituent, à raison de leur caractère temporaire et provisoire, que des arrangements d'un intérêt secondaire affranchis de l'approbation parlementaire »³². Formulée ainsi, sa décision est difficilement compatible avec les termes de l'article 37 de la Constitution, qui ne distingue pas selon l'« intérêt » qu'un accord international peut présenter.

11. Cette question des accords sous forme simplifiée mise à part, l'article 37 de la Constitution implique également que la ratification des traités, par laquelle l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg est définitivement engagé par ce traité, n'intervienne qu'après

²³ Et ceci même à une époque où le texte constitutionnel était moins exigeant qu'il ne l'est dans sa forme actuellement en vigueur : P. Pescatore, *op. cit.*, p. 77.

²⁴ Cour d'appel 2 août 1889, *Pas. lux.* 3, 120, 123.

²⁵ Cour d'appel 21 juillet 1951, *Pas. lux.* 15, 233, 235.

²⁶ Trib. arr. Luxembourg 20 juillet 1950, *ibid.*, p. 233-234.

²⁷ Cons. sup. ass. soc. 26 janvier 1994, *Ann. dr. lux.* 5 (1995) 385.

²⁸ Cf. l'avis du Conseil d'Etat du 17 décembre 2004, *Doc. parl.* n° 5417-1, *Ann. dr. lux.* 15 (2005) 601.

²⁹ P. Pescatore, *op. cit.*, p. 51 et s., avec des références à divers avis du Conseil d'Etat : adde l'avis du Conseil d'Etat du 29 octobre 1996 : la forme de l'échange de lettres ne modifie en rien la nature conventionnelle de l'acte en question, d'où la nécessité, au Luxembourg, de recourir à la procédure de ratification prévue par la Constitution, *Doc. parl.* n° 4247, *Ann. dr. lux.* 7 (1997) 451.

³⁰ Réponse du Ministre des Affaires étrangères, du 9 octobre 2000, à la question parlementaire n° 716, *C.R., Questions au Gouvernement*, 2000-2001, p. 78, *Ann. dr. lux.* 11 (2001) 460 : « S'agissant d'un simple accord technique et administratif entre la France et le Luxembourg [l'Assemblée Nationale française n'a pas ratifié l'Accord de 1988, à l'instar de celui de 1962, et la Chambre des Députés [luxembourgeois] n'en a pas été saisie non plus ». C'est négliger la différence entre les textes constitutionnels français (art. 53 de la Constitution de la V^e République) et luxembourgeois.

³¹ Trib. arr. Luxembourg 21 décembre 1949, *Pas. lux.* 15, 25.

³² Cour d'appel 4 juillet 1951, *Pas. lux.* 15, 149.

l'approbation parlementaire. Cependant, rien dans la Constitution n'empêche le gouvernement d'attendre, après l'approbation parlementaire, un événement futur avant de déposer l'acte de ratification. Pareille décision du gouvernement est exceptionnelle, mais il en existe un exemple dans la pratique constitutionnelle récente : lorsque le Luxembourg consentit en 1997, sous la pression amicale de ses partenaires internationaux, à signer le protocole prévoyant l'extension aux infractions fiscales du mécanisme d'entraide judiciaire mis en place par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, trois années séparèrent la loi d'approbation du 27 août 1997 de la ratification effective du protocole. Explication : le gouvernement entendait attendre le vote d'une loi de réforme de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Cette loi, qui n'a été promulguée que le 8 août 2000, avait pour objet d'améliorer le fonctionnement de l'entraide judiciaire internationale, mais aussi de renforcer les garanties de procédure dont disposent les personnes visées par l'entraide³³. Un jour après l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2000, le gouvernement déposa l'instrument de ratification du protocole additionnel de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, approuvée dès 1997 par la loi luxembourgeoise³⁴.

(3) *L'applicabilité directe de la disposition conventionnelle en cause*

12. Un récent arrêt de la Cour d'appel constate, en des termes lapidaires, que « [les] traités internationaux ... sont en principe d'application directe dans les divers droits internes »³⁵. Comme énoncé de droit comparé (« les divers droits internes »), cette affirmation manque évidemment de nuance, mais comme description du droit luxembourgeois, elle n'est pas inexacte : le droit luxembourgeois admet que les traités puissent être d'application directe et a tendance à présumer leur applicabilité directe. Un auteur a même pu soutenir, en 1984, que la jurisprudence luxembourgeoise ne connaîtrait pas la distinction entre les traités directement applicables et ceux qui ne le sont pas : tous les traités seraient susceptibles d'être appliqués par les tribunaux³⁶. Il s'est cependant avéré que cette affirmation allait trop loin.

Il est vrai que pendant longtemps les traités ont été appliqués sans que leur caractère *self-executing* eût fait l'objet d'une interrogation. En 1879, un délinquant a même été condamné à mort, sans autre discussion sur ce point, par application d'un traité assimilant la contrefaçon de monnaies allemandes à la contrefaçon de monnaies nationales, à l'époque seule punie de cette peine par l'article 132 du Code pénal³⁷. Plus généralement, les tribunaux n'ont pas hésité à donner effet à tous les traités dont les dispositions pouvaient avoir trait aux litiges dont ils étaient saisis ; et lors des travaux préparatoires à la révision constitutionnelle de 1956, il a été affirmé que « les juridictions luxembourgeoises ont fait application des conventions internationales les plus diverses et elles n'ont jamais refusé cette application pour une autre raison que pour défaut d'approbation et de publication »³⁸.

13. Depuis, les choses ont changé. Si l'attitude des tribunaux à l'égard de l'applicabilité directe des traités avait pendant longtemps été « intuitive plutôt que raisonnée »³⁹, ils ont

³³ Elle a été qualifiée par le Ministre de la justice de « bon compromis pour la place financière » : cité par D. Spielmann, « La loi luxembourgeoise du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale », *Rev. dr. pén. crim.* 2001, 915, note 1.

³⁴ D. Spielmann, art. précit., p. 926.

³⁵ Cour d'appel 11 mars 2009, n° 34284 du rôle.

³⁶ P. Pescatore, « L'application judiciaire des traités internationaux dans la communauté européenne et dans ses Etats membres », *Mélanges Pierre-Henri Teitgen*, Paris, 1984, p. 355, 383. L'auteur n'occulte pas, dans sa contribution, le fait que le contraire a parfois été jugé ; mais il écrit que ces décisions sont restées « sans lendemain ».

³⁷ Cour d'assises 3 février 1879, confirmé par Cass. 24 avril 1879, *Pas. lux.* 1, 531.

³⁸ Exposé des motifs du projet gouvernemental. Doc. parl. n° 516⁴, p. 8. — Comp. toutefois Cour d'appel 29 juillet 1904, *Pas. lux.* 6, 401, 405, qui relève qu'un traité obligeant le Luxembourg à maintenir ses règlements de chemin de fer « en concordance » avec des règlements allemands ne fait naître une obligation qu'à la charge du pouvoir réglementaire luxembourgeois, sans rendre les règlements allemands automatiquement applicables devant le juge luxembourgeois. Le traité n'était donc, techniquement, pas *self-executing*.

³⁹ P. Pescatore, « Le problème des dispositions directement applicables (Self-Executing) des traités internationaux et son application aux traités instituant les communautés », *F.S.Y.* n°s 25-26 (1965), p. 42, 48.

ensuite commencé, sous l'influence de la jurisprudence et de la doctrine française et belge, à se poser la question de l'applicabilité directe de certaines dispositions conventionnelles, et aussi à y répondre parfois par la négative. En fait, leur jurisprudence sur la question de l'applicabilité directe des traités est devenue graduellement peu cohérente, y compris et surtout pour ce qui est des traités en matière de protection des droits de l'homme. Certes, le traité régional le plus important – la Convention européenne des droits de l'homme – est considéré comme directement applicable par une jurisprudence constante. Mais d'autres traités, plus rarement invoqués, voient leur applicabilité directe tantôt affirmée, tantôt niée, au gré des compositions changeantes des tribunaux.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a, en 1991, été considéré par la Cour de cassation comme dépourvu d'applicabilité directe, au motif (très discutable) qu'il résulte « de l'article 2.2. du pacte que celui-ci ne contient aucune disposition pouvant être invoquée directement par un particulier devant une juridiction nationale, l'adhésion au pacte ayant pour seul effet de créer des obligations pour les Etats contractants »⁴⁰. Depuis lors, certaines juridictions, se référant à cet arrêt, continuent de juger que le Pacte n'est pas directement applicable en droit interne⁴¹, alors que d'autres décident au contraire – et à juste titre – que rien ne s'oppose à l'application directe du Pacte devant les tribunaux⁴², position à laquelle s'est ralliée, très ou trop discrètement, la Cour de cassation dans des arrêts de 2002⁴³ et de 2006⁴⁴.

De même, des hésitations ont existé sur l'applicabilité directe de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989⁴⁵. Avec de meilleures raisons (puisque'il semble, cette fois-ci, s'agir de dispositions à portée programmatique juridiquement justiciables), a été niée l'applicabilité directe de l'article 11 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979⁴⁶ : ou encore celle de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, selon lequel la rémunération doit procurer au minimum à chaque travailleur un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune⁴⁷. De même encore, il a été jugé que les dispositions relatives à la compétence internationale des juridictions répressives contenues dans la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ne pouvaient être invoquées par des victimes chiliennes des crimes commis au

⁴⁰ Cass. 14 mars 1991, n° 04/91 pén. ; v. déjà, pour une solution similaire, Cass. 28 juin 1990, n° 16/90 pén. – Or l'analyse des travaux préparatoires du Pacte montre qu'en réalité, la question de l'applicabilité directe est laissée ouverte par le traité et relève des lors de la pratique interne de l'Etat concerné : M. Nowak, *CCPR Commentary*, 2^e éd., Kehl/Straßbourg/Arlington, 2005, p. 57-58.

⁴¹ Cour d'appel 12 novembre 1993, *Ann. dr. lux.* 5 (1995) 390 ; Cour d'appel 3 février 2005, *Ann. dr. lux.* 16 (2006) 349 ; Trib. arr. Luxembourg 26 septembre 2006, *Ann. dr. lux.* 17-18 (2007-2008) 574, 576.

⁴² C.E. 8 février 1994 et Trib. arr. Luxembourg 31 mars 1993, *Ann. dr. lux.* 5 (1995) 389 ; Trib. arr. Luxembourg 19 octobre 1999, *Ann. dr. lux.* 10 (2000) 336.

⁴³ Cass. 11 juillet 2002, *Pas. lux.* 32, 351 ; *Ann. dr. lux.* 13 (2003) 676, avec les conclusions du Parquet général. L'affirmation de l'applicabilité directe du Pacte est implicite : la Cour de cassation rejette comme inopérant un moyen de cassation tiré de la violation de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; elle le fait non pas parce que le Pacte ne pourrait pas être invoqué devant elle, mais parce que les dispositions invoquées étaient matériellement inapplicables (« Mais attendu que les violations alléguées de la Convention européenne des droits de l'homme et de son corolaire, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne sont pas de nature à attribuer compétence au tribunal correctionnel saisi par le demandeur en cassation ») et met dès lors la Convention et le Pacte sur le même plan.

⁴⁴ Cass. 14 décembre 2006, *Ann. dr. lux.* 17-18 (2007-2008) 573 (rejet, comme étant dépourvu de fondement – et non pour défaut d'applicabilité directe –, d'un moyen tiré du Pacte).

⁴⁵ Un arrêt de la Cour d'appel (7 mars 1994, *Ann. dr. lux.* 5 (1995) 387) affirme l'applicabilité directe de cette convention, alors qu'un arrêt rendu par une autre composition de la Cour d'appel (19 octobre 1994, *Pas. lux.* 29, 391 ; *Ann. dr. lux.* 5 (1995) 398) la nie, par référence à la jurisprudence alors existante de la Cour de cassation française.

⁴⁶ Trib. ad. 26 janvier 1999, *Ann. dr. lux.* 10 (2000) 335.

⁴⁷ Trib. trav. Luxembourg 12 février 2003, *Ann. dr. lux.* 14 (2004) 480, confirmé par Cour d'appel 3 février 2005, *Ann. dr. lux.* 16 (2006) 349. Selon le tribunal, malgré la précision « apparente » de ces termes du Pacte, « il résulte du contexte général du Pacte que les dispositions de celui-ci ne sont pas directement applicables en droit interne. Elles énoncent des principes ou des règles de conduite pour les Etats signataires, manquant du caractère précis et complet des règles applicables en droit interne : les dispositions du Pacte apparaissent ainsi comme des "dispositions-programmes" ou la mise en œuvre des droits est conçue très progressivement et laisse aux Etats une grande latitude ».

Chili par le Général Pinochet (celui-ci se trouvait, à l'époque, détenu au Royaume-Uni en vue de son extradition éventuelle en Espagne) pour prétendre à une compétence universelle des juridictions répressives luxembourgeoises⁴⁸.

14. Les hésitations sur l'applicabilité directe des traités s'expliquent par l'incertitude du critère pertinent. Les tribunaux luxembourgeois hésitent entre deux critères, dont ils trouvent l'exposé dans la doctrine française et belge : d'un côté le critère de l'intention des Etats contractants, utilisé par les auteurs qui considèrent la question de l'applicabilité directe des traités comme une pure question de droit international, et pour lesquels la question essentielle est celle de savoir si les Etats ont entendu conférer aux particuliers le droit d'invoquer le traité en justice ; et, de l'autre côté, le critère plus libéral (et plus axé sur le droit interne) de la précision des dispositions du traité : une disposition conventionnelle doit, selon ce dernier critère, être réputée directement applicable dès lors qu'elle est suffisamment précise et complète pour qu'un tribunal puisse l'appliquer utilement au litige dont il est saisi, sans devoir sortir du cadre de ses attributions et faire œuvre de législateur.

On trouve les deux conceptions en jurisprudence luxembourgeoise. Selon un arrêt de la Cour d'appel du 7 mars 1994⁴⁹, il existe un « principe que la règle internationale est "self sufficient" si son dispositif énonce en lui-même une règle de conduite obligatoire pour les destinataires qui y sont visés ; tel est le cas si elle est suffisamment claire et précise pour autoriser une application interne sans autre intervention des autorités nationales ». Un jugement du tribunal administratif du 26 janvier 1999 adopte une position hybride, énonçant « qu'il est de principe que les traités conclus entre Etats ne lient que ceux-ci et ne produisent d'effet qu'entre eux, étant donné que les Etats sont les destinataires des normes dont ils sont les auteurs » ; mais qu'« [il] peut cependant arriver que des traités entre Etats accordent directement des droits ou imposent directement des obligations aux personnes privées. Il convient donc d'examiner si la Convention [sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes] a accordé des droits subjectifs à des particuliers. En l'espèce, le défaut par l'article 11 de la Convention d'exprimer un droit clair, précis et inconditionnel en faveur des particuliers, ne supposant aucune mesure d'exécution de la part des Etats, implique que les particuliers ne peuvent invoquer cet article pour en tirer directement des droits subjectifs et le juge national ne peut partant pas l'appliquer »⁵⁰.

Le critère de l'intention des parties contractantes, prétendument décelable à partir de la terminologie choisie par le traité, se trouve adopté, quant à lui, par la jurisprudence niant l'application directe du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵¹.

La position la plus restrictive est celle prise par la Cour d'appel dans l'affaire de la plainte contre Augusto Pinochet, où le critère de l'intention des parties contractantes et le critère tiré du caractère précis et complet de la norme issue du traité ont été considérés comme des conditions qui doivent être *cumulativement* remplis pour que le traité puisse être directement applicable : « Une norme de l'ordre juridique international, pour être dotée d'applicabilité directe dans l'ordre interne, doit répondre à deux conditions. D'abord il faut que telle ait été l'intention des parties, intention qui se déduit de l'interprétation des dispositions du traité (ou Convention) et des conditions pratiques dans lesquelles il a été exécuté. Il faut ensuite que le contenu de cette norme soit suffisamment précis et ne comporte pas la nécessité de recourir à des mesures d'application internes »⁵².

⁴⁸ Cour d'appel (Ch. cons.) 11 février 1999, *Ann. dr. lux.* 10 (2000) 363, avec les conclusions contraires du Parquet général. Selon l'arrêt, « aux termes de l'article 5 de la Convention invoquée, il est dit que tout Etat prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 dans le cas notamment où la victime est un ressortissant dudit Etat et que ce dernier le juge approprié. — Le Luxembourg n'a jusqu'à ce jour pas pris de disposition législative pour satisfaire à l'obligation souscrite à l'article 5 de la Convention précitée ».

⁴⁹ *Ann. dr. lux.* 5 (1995) 307.

⁵⁰ *Ann. dr. lux.* 10 (2000) 335.

⁵¹ Cf. *supra*, texte accompagnant les notes 40 et 41.

⁵² Cour d'appel (Ch. cons.) 11 février 1999, préc. (note 48), citant le précis de droit international public de Pierre-

En attendant une clarification, dans un futur indéfini, de la question par les juridictions supérieures luxembourgeoises (la Cour de cassation et la Cour administrative), on devra se contenter de cette jurisprudence divergente quant aux critères appliqués et quant aux résultats obtenus. C'est là l'état actuel du droit positif luxembourgeois. Celui-ci n'est évidemment pas satisfaisant. Il serait préférable que les tribunaux prennent conscience de ce que la question de l'applicabilité directe est, en dehors des cas exceptionnels où elle est vraiment réglée par le traité lui-même, une question qui relève de la pratique institutionnelle propre à chaque Etat. Dès lors, *ex* le critère de l'« intention des Etats contractants », et le critère de la précision des dispositions conventionnelles peut – du moins en droit luxembourgeois – prévaloir.

15. En tout cas, dès lors que les dispositions d'un traité sont considérées comme directement applicables en droit interne, rien ne distingue les droits issus du traité des droits issus du droit interne. Toute la question est de savoir si la disposition invoquée est ou non d'application directe.

■ b) L'interprétation judiciaire des traités

16. Si les traités ont devant les tribunaux internes le caractère de règles de droit objectif, il peut paraître évident que les tribunaux, dont la mission est de dire le droit, sont compétents pour les interpréter.

Ce n'est pas ainsi, cependant, que l'a toujours conçu la jurisprudence. Dans certaines décisions anciennes, les tribunaux ont laissé entendre qu'ils étaient enclins à suivre, sur ce point, une distinction alors énoncée par la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation française : « il appartient aux tribunaux d'interpréter les traités internationaux en tant qu'ils s'appliquent à un litige d'intérêt privé, et ... ils ne doivent en laisser l'interprétation aux Gouvernements contractants que quand il s'agit d'en fixer le sens au point de vue international, c'est-à-dire, quand il s'agit d'interpréter les clauses qui intéressent l'ordre public et le droit des gens »⁵³.

Quant au Ministère des Affaires Etrangères – auquel, conformément au modèle français, les tribunaux auraient dû s'adresser pour obtenir l'interprétation gouvernementale des clauses d'un traité –, il a pendant un certain temps été favorable à une restriction, d'ailleurs mesurée, du pouvoir d'interprétation des tribunaux. En 1954, la Cour de cassation s'est vu soumettre une note, émanant du Ministère, dans laquelle celui-ci estimait qu'en principe, « et sauf les exceptions ci-après », les juridictions étaient compétentes pour interpréter les traités dont elles étaient amenées à faire application :

« c) Le pouvoir d'interpréter est refusé aux juridictions chaque fois que cette compétence est exclue par les termes du traité, soit explicitement, soit implicitement. Cette compétence est refusée encore lorsque le traité ou la clause a pour objet primordial de régler les intérêts réciproques des Etats contractants, et seulement pour effet incident d'affecter des situations individuelles.

d) Il est recommandé en outre aux juridictions de recourir au Gouvernement chaque fois que l'interprétation d'un traité semble être affectée par l'exécution qu'il a reçue sur le territoire de l'autre partie contractante, et chaque fois qu'elles perçoivent des circonstances qui pourraient affecter les effets du traité et qu'elles ne seraient pas en mesure de connaître ou d'apprécier.

⁵³ Cass. 2 août 1895, *Pas. lux.* 3, 572, 575 ; v. aussi Cass. 28 avril 1914, *Pas. lux.* 9, 111, 113 ; Cour d'appel 3 juin 1927, *Pas. lux.* 11, 350, 351 ; et déjà Cass. 14 août 1877, *Pas. lux.* 1, 370. La réserve ainsi formulée l'a toujours été à titre d'*obiter dictum* ; dans chacune des affaires rappelant l'existence d'une distinction entre « litiges d'intérêt privé » et « l'ordre public et le droit des gens » il a été réaffirmé que la ligne devant « s'interpréter » n'est pas

e) L'avis du Gouvernement fait foi, à moins que le contraire n'apparaisse de son contenu. Dans tous les cas, le Gouvernement reste libre de se déclarer incompétent et de se rapporter à la prudence de la juridiction, soit pour le tout, soit pour partie, en ne rendant qu'un avis partiel.

f) L'avis du Gouvernement sera demandé d'office, par l'intermédiaire du Ministère public et l'avis sera présenté par la même voie »⁵⁴.

La Cour de cassation n'a pas pris position sur la question – elle a estimé que la question de l'interprétation du traité ne se posait pas – ; toutefois lors de l'examen de l'affaire, le Ministère public a souligné que le critère proposé par cette note gouvernementale ne paraissait « pas suffisamment précis et clair » et que la meilleure solution consisterait sans doute simplement « à dire que chaque fois que le tribunal est compétent pour statuer sur le fond du litige, il doit interpréter sans aucune réserve toutes les clauses et tous les traités dont l'interprétation est nécessaire à la solution du litige »⁵⁵.

17. Et en réalité, malgré les réserves autrefois esquissées par les tribunaux, ceux-ci n'ont jamais hésité à interpréter les traités eux-mêmes toutes les fois que cette interprétation était indispensable. Le renvoi au gouvernement, parfois envisagé d'une manière théorique, n'a jamais été pratiqué⁵⁶. Ils ont adopté cette attitude quel que soit le traité invoqué, et quelle que soit la nature de la question posée : les tribunaux se sont prononcés sur la portée du « traité de limites » du 26 juin 1816, passé à Aix-la-Chapelle entre la Prusse et les Pays-Bas, et ont affirmé le principe de la souveraineté commune des deux Etats riverains sur la Moselle⁵⁷ ; sur la portée de la clause de la nation la plus favorisée, insérée dans un traité de commerce et de navigation conclu entre les Etats du *Zollverein* et les Pays-Bas⁵⁸ ; sur la portée du traité d'adhésion du Luxembourg au *Zollverein*, en jugeant que le roi de Prusse avait excédé les pouvoirs de représentation définis par ce traité en concluant au nom du Luxembourg un accord en matière de marques avec la France⁵⁹, ou encore sur la portée de la Convention entre les Etats parties au traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, en tant qu'elle a trait à l'entrée de troupes étrangères sur le territoire d'un Etat contractant⁶⁰. L'interprétation judiciaire des traités n'est pas restreinte, et n'a jamais été restreinte, aux questions d'« intérêt privé ».

Aujourd'hui, on peut être certain que les tribunaux continueront de retenir, sans restriction, leur compétence lorsqu'il s'agira d'interpréter les traités dont ils font application⁶¹ – ce d'autant plus que le renvoi au gouvernement, tel qu'il était pratiqué en France, a été

⁵⁴ « Avis du Gouvernement sur le pouvoir des juridictions nationales d'interpréter les traités internationaux », reproduit sous Cass., 14 juillet 1954, *J.T.* 1954, 694, 698, concl. L. de la Fontaine.

⁵⁵ Concl. L. de la Fontaine, *ibid.*, p. 695. – Comp. dans le même sens, dans une affaire ultérieure, concl. F. Weiler sur Cass., 19 novembre 1959, *J.T.* 1960, 100 : une compétence judiciaire sans restriction « doit être admise comme un corollaire de la règle de la suprématie des traités sur la loi nationale ».

⁵⁶ P. Pescatore, *Conclusion et effet des traités internationaux*, op. cit. (note 21), p. 101 ; comp. F.W., obs. sous Cass., 21 décembre 1961, *Pas. lux.* 18, 424, 435-436.

⁵⁷ Trib. arr. Luxembourg 17 juin 1874, *Pas. lux.* 1, 95 (qui en déduit qu'une saisie foraine pratiquée par un huissier luxembourgeois sur des vaisseaux ancrés dans la Moselle est valable) ; J.P. Rernich 23 février 1901, *Pas. lux.* 6, 407 (compétence répressive des tribunaux luxembourgeois pour contraindre d'une infraction commise « am preussischen Ufer der Mosel, unweit des Schlosses Thom »).

⁵⁸ Cass., 11 avril 1913, *Pas. lux.* 8, 550.

⁵⁹ Cour d'appel 21 juin 1912, *Pas. lux.* 9, 80.

⁶⁰ Trib. arr. Luxembourg 22 novembre 1983, n° 904/83 ; sur appel : Cour d'appel 12 novembre 1987, n°s 8013, 8014 et 8432 du rôle, *Rev. b. dr. int.* 1990, 496, note Meyer.

⁶¹ Ce qui ne les empêchera pas d'obtenir, le cas échéant, des renseignements du gouvernement, notamment sur les travaux préparatoires du traité, la transmission de ces renseignements pouvant se faire par le Ministère public : cf. les conclusions du procureur général Weiler sur Cass., 19 novembre 1959, *J.T.* 1960, 100, 101, 3^e col., qui font état de documents inédits obtenus du gouvernement par le Ministère public ; v. aussi la référence à une « pratique suivie au Luxembourg » par P. Pescatore, *Conclusion et effet des traités internationaux*, p. 103 ; N. Wagner, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit international privé et public », rapport, luxembourgeois, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXXI (1980), p. 437, 439. Mais les renseignements de ce type ne sauraient lier le juge comme le ferait l'avis rendu par le gouvernement sur renvoi d'un tribunal se considérant comme incompétent pour procéder à l'interprétation du traité. De toute manière, il s'agit d'une procédure actuellement peu suivie, ou même tombée en désuétude.

condamné en 1994 par la Cour européenne des droits de l'homme comme incompatible avec les exigences d'un procès équitable⁶².

18. Il est entendu que la *méthode* de l'interprétation judiciaire des traités doit tenir compte de la nature propre de ces instruments qui, tout en étant appliqués par le juge interne, ne perdent pas pour autant leur nature de conventions internationales. Selon un jugement rendu en 1985 par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg « l'interprétation d'un texte international obéit à des règles d'interprétation propres différentes de celles applicables à l'interprétation d'un texte national. Il faut déterminer la portée de la Convention internationale suivant les critères autonomes d'herméneutique tirés de ladite Convention et non pas du droit national des Etats contractants. L'interprétation et l'application de la règle de droit international, en cas de doute ou d'ambiguïté, doivent se faire dans le souci de décoder le contenu international, matériel et uniforme des articles de la Convention internationale en se référant à son objet, sa finalité donc à l'intention des auteurs de la Convention. ... Dans cette démarche téléologique il convient de tenir compte à la fois de la lettre de [la disposition concernée de la convention internationale], de ses travaux préparatoires, du contexte de la Convention, et du droit comparé des Etats contractants dans l'application de la Convention ... »⁶³.

III. – Le droit international coutumier

19. Le droit international public non écrit ne joue pas le même rôle dans l'ordre juridique luxembourgeois que les traités internationaux. Mais son rôle n'est pas nul non plus.

Il est vrai qu'il existe un arrêt de la Cour d'appel du 23 avril 1947 qui a une visior extraordinairement étriquée du rôle, dans l'ordre juridique interne, du droit international et général et de la coutume internationale en particulier, laquelle ne vaudrait que « pour autant qu'elle a] été incorporée] dans la législation interne »⁶⁴. Mais cet arrêt ne peut être considéré comme représentatif de l'attitude des tribunaux luxembourgeois à l'égard du droit international coutumier. Comme l'établit une étude empirique de la jurisprudence existant en la matière, les tribunaux n'hésitent en réalité pas à faire directement application des règles de la coutume internationale là où son application est appropriée⁶⁵. Le droit des traités (au sens des règles de droit international public qui régissent la conclusion, l'entrée en vigueur l'application, la nullité, l'extinction ou la suspension des traités internationaux), qui était longtemps intégralement coutumier à l'égard du Luxembourg⁶⁶, la souveraineté territoriale, le droit de l'occupation militaire et l'immunité des Etats et (autrefois) des diplomates étrangers ont ainsi fait l'objet d'un nombre relativement important de décisions judiciaires.

⁶² Arrêt du 24 novembre 1994, *Beaumont c. France*, Série A, n° 296-B.

⁶³ Trib. arr. Luxembourg 20 décembre 1985, *Rev. fr. dr. aérien* 1986, 112, 115-116, à propos de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929. Ces motifs du jugement s'inspirent d'un arrêt de la Cour de cassation belge du 21 janvier 1977, *Pas. 1977*, I, 574.

⁶⁴ Cour d'appel 23 avril 1947, *Pas. lux.* 14, 280, 282, à propos d'un arrêté-loi du 10 janvier 1947, prévoyant la mise sous séquestre des biens appartenant à des ressortissants ennemis ou à des apatrides qui ont originellement appartenu à une nation actuellement ennemie : « Attendu que la règle de droit international n'émane pas d'une autorité supérieure qui pourrait en imposer l'observation ; Attendu plutôt que dans la réalité juridique les prescriptions du droit international et les clauses de convention internationales ne valent que pour autant qu'elles ont été incorporées dans la législation nationale (internationale law is a part of national law, principe anglo-américain, cité par du Pasquier introduction à la Théorie générale e la philosophie du Droit No 316) ; Attendu qu'en l'occurrence la question est tranchée par une disposition de notre droit positif, l'article 10 de l'arrêté-loi, sans qu'un texte précis et clair d'une loi internationale, ayant force obligatoire dans notre pays, s'y oppose ».

L'arrêt commet un évident contresens sur la maxime « *International law is a part of the law of the land* ».

⁶⁵ Pour la jurisprudence, v. les références données dans la contribution « L'application du droit international public par les tribunaux luxembourgeois », *Ann. dr. lux.* 3 (1993) 184, 258-274.

⁶⁶ Le Luxembourg n'a ratifié la Convention de Vienne sur le droit des traités que tardivement, en 2003 (lc d'approbation du 4 avril 2003, *Mém. A* 2003, 886).

Le dernier arrêt à envisager l'application d'une règle coutumière du droit international est l'arrêt de la Cour d'appel sur la possibilité (ou plutôt l'impossibilité) de poursuivre Augusto Pinochet devant les tribunaux luxembourgeois pour crime contre l'humanité⁶⁷. L'arrêt retient qu'il n'existe pas de règle coutumière du droit des gens reconnaissant la compétence répressive universelle et autorisant les autorités étatiques nationales à poursuivre et à traduire en justice, en toutes circonstances, les personnes soupçonnées de crimes contre l'humanité ; il explique, en termes généraux, que « pour la formation d'une règle coutumière internationale, il faut d'une part la preuve d'une pratique générale, constante et uniforme et, d'autre part, celle de l'*opinio iuris sive necessitatis*, de la conscience des Etats de se conformer à une règle de droit ... » – Ces deux éléments constitutifs de la coutume comme source formelle du droit international ne sont pas établies en l'espèce. – Il y a lieu de remarquer à ce propos que l'existence même de tribunaux internationaux créés par la communauté internationale pour juger des violations graves du droit humanitaire contredit la théorie de la compétence universelle avancée par le Ministère Public⁶⁸.

20. Le statut de la coutume internationale en droit luxembourgeois est en somme, sur base de la jurisprudence (s'il est permis de faire abstraction du curieux arrêt du 23 avril 1947), le suivant : 1^o à condition qu'elle existe en droit international, une règle coutumière sera reconnue par le juge luxembourgeois ; 2^o le droit international public coutumier est d'application directe devant le juge interne ; 3^o les tribunaux constatent l'existence d'une règle coutumière par leurs propres moyens, sans se référer à des actes du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif ; 4^o la constatation de l'existence d'une norme coutumière n'exige pas, à proprement parler, que la partie qui l'invoque en fasse la preuve : une règle coutumière est une règle de droit, et non un élément de fait du litige.

■ IV. – Questions de hiérarchie des normes

21. La position hiérarchique du droit international public *coutumier* en droit luxembourgeois est inconnue. Certes, l'arrêt précité de la Cour d'appel du 23 avril 1947 a retenu que « la règle de droit international n'émane pas d'une autorité supérieure qui pourrait en imposer l'observation », et en a déduit qu'une prétendue méconnaissance des principes coutumiers du droit international par la réglementation luxembourgeoise du séquestre des biens ennemis n'avait pas à préoccuper les tribunaux⁶⁹ ; mais cet arrêt ne saurait être considéré comme représentatif. Rendu en 1947, il est en réalité la dernière décision judiciaire luxembourgeoise à affirmer la primauté, devant le juge national, du droit interne sur le droit international. Depuis 1950, l'approche des tribunaux a profondément changé en ce qui concerne les traités internationaux, et il ne leur a jamais été demandé, depuis lors, de statuer sur la question de la primauté éventuelle de la coutume internationale par rapport au droit interne.

22. S'agissant des traités internationaux, leur primauté par rapport au droit interne est à présent bien établie, non seulement leur primauté par rapport aux règlements et aux lois internes, mais même (solution plus exceptionnelle en droit comparé) leur primauté par rapport à la Constitution nationale.

Cette primauté revient à tous les traités, sans que les tribunaux aient eu l'occasion, jusqu'à présent, de statuer sur une éventuelle hiérarchie entre traités eux-mêmes, ni sur l'incidence de la notion de *jus cogens* international.

■ a) La primauté du traité par rapport à l'acte administratif

23. La question de la hiérarchie entre traités et actes administratifs (réglementaires ou individuels) a toujours été résolue en faveur de la primauté des traités, puisque les actes

administratifs peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire de leur légalité ; or le contrôle de la légalité englobe un contrôle de conformité aux traités dûment introduits en droit interne⁷⁰.

■ b) La primauté du traité par rapport à la loi

24. Une distinction peut utilement être faite : il n'est pas indifférent de savoir si le dispositif législatif contraire au traité a été promulguée avant ou après l'entrée en vigueur du traité lui-même.

25. La « primauté » des traités par rapport aux lois antérieures n'a jamais fait difficulté. Même du temps où les tribunaux luxembourgeois s'interdisaient le contrôle de la conformité aux traités des lois postérieures à leur entrée en vigueur, il a toujours été admis qu'un traité nouveau pouvait déroger à une loi ancienne. Un arrêt de la Cour de cassation du 14 août 1877 le déduit de l'idée que les traités ont « force de loi » : « les traités, comme toutes les lois nouvelles, peuvent ... déroger à une loi ou aux dispositions de nos codes »⁷¹. *Lex postero derogat priori*.

Le principe de l'application des traités nouveaux, même s'ils dérogent aux lois existantes reste bien entendu actuellement admis en jurisprudence⁷², mais il n'est plus fondé sur le « force de loi » des traités, ni explicitement sur l'adage « *lex posterior* ... ». C'est que le recours à cet adage impliquait que dans le conflit entre traité et loi postérieure, le juge devrait donner la préférence à celle-ci.

26. Jusqu'en 1950, les tribunaux luxembourgeois ont adopté sur la question du conflit entre traités et lois postérieures la même position que celle qu'adoptaient les tribunaux français et belges : le conflit entre traité et loi postérieure ne peut être résolu au détriment de la loi interne⁷³, mais il peut (le plus souvent) être évité par une interprétation restrictive de la loi. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé, en 1890, qu'une loi de 1860, qui ne permettait aux sociétés anonymes étrangères d'exercer leurs droits et d'être en justice devant les tribunaux luxembourgeois que moyennant autorisation administrative, ne pouvait – malgré la généralité de ses termes – être appliquée aux sociétés allemandes : « il est ... certain que cette loi n'a pas pu ni voulu modifier la situation des sociétés anonymes allemandes, qui se trouvent régies par un traité international ; ... [la loi] n'a pu ni voulu porter atteinte aux traités internationaux, qui auraient antérieurement conféré, à titre de réciprocité l'exercice des mêmes droits aux sociétés anonymes d'un autre pays »⁷⁴. *N'a pas pu ni voulu* en réalité, la raison pour laquelle la Cour a estimé, par voie d'interprétation, que le législateur n'a pas voulu porter atteinte au traité, est que, dans l'ordre international, il ne pouvait pas légitimement vouloir y porter atteinte ; mais en 1890 les tribunaux s'interdisaient cette application ouverte de l'idée de primauté des traités par rapport aux lois. Ceci dit, aujourd'hui, encore ce mode d'interprétation conciliante, permettant de lire les lois internes de manière : ce qu'elles restent compatibles avec des traités antérieurement conclus, est à l'occasion adopté par les tribunaux⁷⁵.

⁷⁰ V. p. ex. les arrêts du Conseil d'Etat des 7 décembre 1978, *Pas. lux.* 24, 186, 194-196 ; 17 juillet 1992, *Pas. lux.* 28, 288 ; 13 janvier 1993, G.Y., *Bull. dr. h.* 1 (1993) 99 ; *Ann. dr. lux.* 5 (1995) 394 ; 28 décembre 1993, *Ann. c. lux.* 7 (1997) 461.

⁷¹ Cass. 14 août 1877, *Pas. lux.* 1, 370.

⁷² Pour des illustrations, v. Cass. 21 novembre 1991, *Bull. Laurent* 1992, II, 41 (conflit entre une loi de 1924 et le règlement communautaire) ; Trib. arr. Luxembourg 16 mars 2005, *Ann. dr. lux.* 16 (2006) 353 (conflit entre le décret de 1806 et la Convention européenne des droits de l'homme).

⁷³ Cass. 21 novembre 1919, *Pas. lux.* 11, 72, 2^e esp. : « le texte critiqué a le caractère d'une véritable loi, qui pour effet de déroger aux lois existantes avec lesquelles elle pourrait se trouver en opposition, et qui doit être observée même au cas où elle édicterait des dispositions contraires à la Constitution ou à un traité international ».

⁷⁴ Cass. 13 juin 1890, *Pas. lux.* 2, 620.

⁷⁵ Trib. arr. Luxembourg 25 juin 1997, *Ann. dr. lux.* 8 (1998) 486 ; Cass. 8 juillet 2004, *Ann. dr. lux.* 15 (2005) 61 (droit communautaire primaire) ; Cour d'appel 26 septembre 2006, *Pas. lux.* 33, 281 ; *Ann. dr. lux.* 17-18 (2006) 582.

⁶⁷ Sur cette affaire, cf. *supra*, n° 14.

⁶⁸ Cour d'appel 11 février 1999, *Ann. dr. lux.* 10 (2000) 363, 369-370.

⁶⁹ *Ann. dr. lux.* 10 (2000) 363, 369-370.

27. C'est en 1950 que le principe de la primauté hiérarchique proprement dite des traités a été reconnu pour la première fois. L'ancienne « règle d'interprétation » est devenue, comme l'a exprimé Pierre Pescatore, « règle de hiérarchie »⁷⁶. La Cour de cassation était saisie d'un pourvoi contre un arrêt d'appel, rendu en matière correctionnelle. L'arrêt attaqué avait condamné le prévenu pour contravention à un arrêté-loi sur la réglementation du commerce des œufs ; il s'agissait d'œufs importés de Belgique, mais les juges d'appel ne s'étaient pas considérés comme habilités à vérifier la conformité de l'arrêté-loi aux dispositions du Traité belge-luxembourgeois d'Union économique :

« Attendu que l'arrêt attaqué a déclaré ledit arrêté applicable au demandeur en cassation en donnant comme unique motif qu'il a le caractère d'une véritable loi et qu'il n'appartient pas au juge d'apprécier s'il n'est peut-être pas conforme aux obligations assumées par le Grand-Duché en exécution d'une convention internationale ».

Ce faisant, l'arrêt d'appel s'était borné à reprendre exactement les principes énoncés par la Cour de cassation elle-même dans un arrêt de 1919⁷⁷. La cassation de l'arrêt marque par conséquent un revirement de jurisprudence :

« Mais attendu qu'en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international et celles d'une loi interne postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale ; ... d'où il suit que l'arrêt attaqué n'est pas légalement justifié et que le pourvoi est fondé de ce chef »⁷⁸.

Peu de temps après, en 1951, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rendre, en matière fiscale, un arrêt statuant dans le même sens. Sa décision est tout aussi brièvement motivée que celle de la Cour de cassation :

« Considérant qu'en cas de conflit entre les dispositions d'une convention internationale ayant force de loi dans notre pays et celles du droit interne, les premières priment et mettent en échec l'application des dispositions dérogatoires internes même postérieures ; que l'existence du domicile fiscal de Dieudonné à Bruxelles en vertu de la convention belgo-luxembourgeoise de 1931 empêche la co-existence d'un domicile fictif [en vertu de la législation interne luxembourgeoise] dans le Grand-Duché et entraîne le mafoncé des déductions qui ont été tirées de cette fiction »⁷⁹.

Un troisième arrêt a été rendu, le 14 juillet 1954, par la Cour de cassation ; il reprend le principe de la primauté des traités, mais ajoute, par rapport à la motivation des deux décisions précitées, quelques éléments d'explication : il écarte l'idée selon laquelle l'adage « *lex posterior...* » devrait amener le juge à préférer la loi nouvelle au traité ancien, et tient à justifier sa position par référence à ce qui serait la nature même des choses :

« Attendu que s'il est vrai qu'en principe l'effet des lois successives dépend de la date de leur mise en vigueur, les dispositions contraires aux lois antérieures abrogeant celles-ci, il ne saurait pourtant en être ainsi, lorsque les deux lois sont d'une inégale valeur, c'est-à-dire lorsque l'une des lois est un traité international incorporé dans la législation interne par une loi approuvative ; qu'en effet pareil traité est une loi d'une essence supérieure ayant une origine plus haute que la volonté d'un organe interne ; qu'en conséquence, en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international et celles d'une loi nationale postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale »⁸⁰.

⁷⁶ P. Pescatore, « La prééminence des traités sur la loi interne selon la jurisprudence luxembourgeoise », *J.T.* 1953, 645 ; *Conclusion et effet des traités internationaux*, op. cit. (note 21), p. 104 et s.

⁷⁷ Cass. 21 novembre 1919, cité *supra*, note 73.

⁷⁸ Cass. 8 juin 1950, *Pas. lux.* 15, 263, 268.

⁷⁹ C.E. 28 juillet 1951, *Pas. lux.* 15, 263, 268.

⁸⁰ Cass. 14 juillet 1954, *Pas. lux.* 16, 150, 152 ; *J.T.* 1954, 694, 696, concl. L. de la Fontaine, note Pescatore.

On constate à la lecture des conclusions du Ministère public sur cet arrêt que des considérations plus techniques n'étaient vraisemblablement pas étrangères à la pensée des magistrats l'ayant rendu⁸¹. Quoi qu'il en soit, la solution adoptée par la Cour de cassation l'a été – et ce fait est exceptionnel au Luxembourg – sans que la Cour ait pu se référer à un texte constitutionnel, ni même à une solution qui aurait été bien établie à l'étranger ; au contraire, l'arrêt a été rendu une vingtaine d'années avant que la primauté des traités sur les lois postérieures soit reconnue par la Cour de cassation belge d'abord⁸², la Cour de cassation française ensuite⁸³, le Conseil d'Etat français enfin⁸⁴.

28. La jurisprudence postérieure a précisé la formule résultant des arrêts de 1950 et 1954, en intégrant la notion d'applicabilité directe des traités, qui représente en jurisprudence luxembourgeoise une découverte assez récente⁸⁵. Un arrêt de 1985 précise ainsi « qu'en cas de conflit entre les dispositions d'une loi interne et celles d'un traité international *ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne*, les normes du droit international mettent en échec l'application des dispositions internes dérogatoires au traité »⁸⁶. Et les tribunaux continuent à rendre régulièrement des décisions rappelant le principe de la primauté des traités par rapport aux lois internes⁸⁷.

■ c) La primauté du traité par rapport à la Constitution

29. C'est là sans doute l'aspect le plus surprenant de la primauté, au Luxembourg, des traités par rapport au droit interne. Il y a plusieurs manifestations en droit positif de ce que l'ordre juridique luxembourgeois subordonne l'ensemble de ses normes, y compris les normes constitutionnelles, aux traités liant l'Etat.

30. Un premier indice en est la définition de la mission de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise. Celle-ci, créée en 1996 par voie d'une révision constitutionnelle, peut être saisie « à titre préjudiciel ... par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution »⁸⁸. Le contrôle de constitutionnalité se fait exclusivement par voie d'exception, à l'égard des lois déjà promulguées. Que les lois portant approbation des traités soient exceptées du mécanisme de contrôle s'explique par le souhait d'éviter l'invalidation par la Cour constitutionnelle d'une loi d'approbation d'un traité qui aurait déjà été ratifié et serait par conséquent déjà entré en vigueur. Les travaux préparatoires de la loi de révision constitutionnelle s'en expliquent ainsi : « Il est évident que le système de contrôle prévu par le présent projet de révision ne peut s'appliquer aux traités internationaux et aux lois nationales les approuvant. En effet, une fois

⁸¹ Concl. L. de la Fontaine, précit., p. 695 : seule la primauté du traité permet d'en assurer vraiment, en droit interne, la force obligatoire. — Les conclusions de l'avocat général permettent également d'identifier quelques éléments de référence qui peuvent avoir influé sur la décision de la Cour de cassation : une opinion doctrinale (Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Paris, 1944, p. 423) et l'impression, que l'on pouvait avoir à l'époque, selon laquelle la jurisprudence française consacrait, sous l'influence de la constitution de 1946, la primauté des traités sur la loi interne.

⁸² Cass. 27 mai 1971, *Pas.* 1971, I, 886.

⁸³ Cass., ch. mixte 24 mai 1975, *D.* 1975, 497.

⁸⁴ C.E. 20 octobre 1989, *Nicolo, Rec.*, p. 190.

⁸⁵ *Supra*, n° 13.

⁸⁶ Cass. 17 janvier 1985, n° 2/85. La nouvelle formule jurisprudentielle est inspirée de la jurisprudence de la Cour de cassation belge (27 mai 1971, *Pas.* 1971, I, 886).

⁸⁷ J.P. Luxembourg 4 octobre 1993, *Bull. dr. h.* 1 (1993) 118 ; *Ann. dr. lux.* 5 (1993) 391 ; Cass. 14 avril 1994, *Pas. lux.* 29, 331 ; *Ann. dr. lux.* 5 (1995) 394 ; Cour d'appel 5 octobre 1995, *Ann. dr. lux.* 6 (1996) 512 ; *Trib. arr. Luxembourg* 14 juin 1995, *Droit et banque* 24 (1995) 73 ; *Ann. dr. lux.* 6 (1996) 513 ; Cour d'appel 11 décembre 1997, *Ann. dr. lux.* 8 (1998) 486, note ; *Trib. arr.* 3 février 1999, *Ann. dr. lux.* 10 (2000) 342 ; *Trib. arr.* 23 février 2000, *Ann. dr. lux.* 11 (2001) 487 ; *Trib. arr.* 24 janvier 2001, confirmée par Cour ad. 29 mai 2001, *Ann. dr. lux.* 12 (2002) 451 ; Cour d'appel 23 octobre 2003, *Ann. dr. lux.* 14 (2004) 499 ; *Trib. arr. Luxembourg* 13 mai 2005, *Ann. dr. lux.* 17-18 (2007-2008) 574 ; *Trib. arr. Luxembourg* 15 mai 2008, n° 145/2008 ; Cour d'appel 14 octobre 2009, n° 35042 ; Cour d'appel 16 décembre 2009, n° 35194 ; Cass. 25 février 2010, n° 117/10 (sol. impl.) – Sur le conflit entre un traité et un principe général du droit interne, v. Cass. 21 janvier 1999, *Pas. lux.* 31, 45 ; *Ann. dr. lux.* 10 (2000) 340 ; entre un traité et une règle coutumière du droit interne : *Trib. arr. Luxembourg* 7 mai 2003, *Ann. dr. lux.* 14 (2004) 501.

⁸⁸ Art. 95ter, paragr. 2, de la Constitution (révision constitutionnelle du 12 juillet 1996).

le traité approuvé et ratifié conformément aux procédures constitutionnelles et aux règles de droit international, l'Etat est engagé sur le plan international. A partir de sa ratification, le traité l'importe sur l'ensemble du droit interne. En application de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, un Etat ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité»⁸⁹.

Encore convient-il d'observer que la réticence à voir conférer à la Cour constitutionnelle le pouvoir de constater l'inconstitutionnalité d'une loi d'approbation d'un traité peut vraisemblablement s'expliquer, mieux que par la Convention de Vienne⁹⁰, par des considérations diplomatiques spécifiques à la situation d'un petit Etat qui a acquis, depuis longtemps, l'habitude de la prudence dans ses relations internationales.

31. Mais la même attitude est également adoptée par les tribunaux luxembourgeois lorsqu'ils sont, ce qui arrive occasionnellement, confrontés aux conflits entre une disposition constitutionnelle et un traité. Des 1917, un arrêt de la Cour d'appel avait laissé entendre qu'en cas de conflit entre la Constitution et un traité, la préférence devrait être donnée au traité : tout en soulignant qu'aucune disposition de la Constitution ne se trouvait violée du fait d'un traité qui prévoyait le recouvrement des droits de douane sans vote annuel de la Chambre des députés, cet arrêt relève que le moyen tiré de la violation de la Constitution est, à l'égard d'un traité, de toute façon inopérant⁹¹.

Plus récemment, la question s'est posée à nouveau à propos de poursuites pénales pour diffamation, initiées (de manière un peu inhabituelle) par un journaliste contre un membre du gouvernement. Celui-ci, cité devant le tribunal correctionnel, faisait valoir que conformément aux articles 82 et 116 de la Constitution⁹², il se trouvait à l'abri d'une citation directe devant le tribunal ; son adversaire répondait que les textes constitutionnels invoqués par le ministre méconnaissaient le droit du citant direct au procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. En première instance, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg décida de faire prévaloir la Constitution sur la Convention européenne⁹³. Mais la Cour d'appel devait décider, quant à elle, de faire prévaloir le traité sur la Constitution :

« La Cour ne saurait suivre cette argumentation.

En effet, étant donné que, une fois le traité approuvé et ratifié conformément aux procédures constitutionnelles et aux règles de droit international l'Etat est engagé sur le plan international et ne peut pas en application de la Convention de Vienne sur le droit des traités invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité, la norme de droit international conventionnel d'effet direct doit prévaloir sur la norme de droit interne, peu importe sa nature législative ou constitutionnelle »⁹⁴.

⁸⁹ Doc. parl, n° 4153, p. 4 ; *Ann. dr. lux.* 7 (1997) 452. – La Convention de Vienne n'est, en réalité, entrée en vigueur qu'en 2003 (cf. *supra*, note 66).

⁹⁰ On y reviendra, *infra*, n° 31.

⁹¹ Cour d'appel 7 mars 1917, *Pas. lux.* 10, 285, 287 : « In Erwägung übrighens, dass, wie der Vorderericht schon richtig hervorgehoben, die Zollgesetzgebung des Großherzogtums ohnehin, weil sie auf internationalen Verträgen beruht und mithin an dem Charakter derselben teilnimmt, im Falle eines Konfliktes mit der inländischen Gesetzgebung, sogar den Vorrang über letztere hat ».

⁹² Art. 82 : « La Chambre a le droit d'accuser les membres du Gouvernement. – Une loi déterminera les cas de responsabilités, les peines à infliger et le mode de procéder, soit sur l'accusation admise par la Chambre, soit sur la poursuite des parties lésées » ; – Art. 116 : « Jusqu'à ce qu'il y soit pourvu par une loi, la Chambre des Députés aura un pouvoir discrétionnaire pour accuser un membre du Gouvernement, et la Cour supérieure, en assemblée générale, le jugera, en caractérisant le délit et en déterminant la peine. – Néanmoins, la peine ne pourra excéder celle de la réclusion, sans préjudice des cas expressément prévus par les lois pénales ».

⁹³ Trib. arr. Luxembourg 10 juillet 2000, *Ann. dr. lux.* 11 (2001) 490 : « La Tribunal considère qu'aucun texte de loi ne saurait déroger, même implicitement, à la loi fondamentale et suprême que constitue la Constitution. – En effet, le Tribunal ne saurait faire sienne l'idée selon laquelle un traité international – qui produit ses effets dans l'ordre juridique interne de l'Etat au moyen d'une loi, dont la procédure d'adoption est nettement plus souple que celle régissant la Constitution – primerait cette dernière en cas de contradiction entre les deux textes ».

⁹⁴ Cour d'appel 13 novembre 2001, *Ann. dr. lux.* 12 (2002) 454. Sur pourvoi en cassation, la Cour de cassation décida que la procédure avait en tout état de cause été mal engagée, puisque ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'imposent la compétence

Le même point de vue a été défendu dans des conclusions du ministère public devant la Cour de cassation⁹⁵ et dans la pratique consultative du Conseil d'Etat⁹⁶. A tort ou à raison, il semble actuellement faire l'objet d'un consensus au Luxembourg. Son fondement juridique formel (par opposition, le cas évident, à son fondement politique) est en tout cas fragile : logiquement, la Convention de Vienne – qui ne peut régler la question des relations entre droit international et droit interne que *du point de vue du droit international public* – ne peut résoudre la question, avec effet *pour le droit constitutionnel interne*, qu'à condition que celui-ci accepte de se subordonner aux règles du droit international public. Comme le montre le droit comparé, cette auto-subordination du droit constitutionnel est loin d'aller de soi et est exclue par la plupart des ordres juridiques nationaux. Elle suppose l'adoption volontaire, par l'ordre juridique interne, d'une attitude moniste avancée sur les rapports entre droit international public et droit national. C'est cette forme de monisme – dont nous avons vu qu'elle peut s'expliquer, ultimement, par la situation particulière du Luxembourg – qui justifie la solution luxembourgeoise quant au conflit entre droit interne et droit international.

spéciale du tribunal correctionnel qui avait été saisi par le plaignant : en vertu de l'article 116 de la Constitution, la compétence appartient à la Cour supérieure de justice siégeant en assemblée générale (Cass. 11 juillet 2002, *Pas. lux.* 32, 351 ; *Ann. dr. lux.* 13 (2003) 682). Et l'assemblée générale de la Cour supérieure de justice devait mettre fin à la procédure en retenant qu'aucun droit de saisir le juge répressif par voie de citation directe ne découle de la Convention européenne des droits de l'homme ... si bien que le prétendu conflit entre la Convention et la Constitution luxembourgeoise n'avait en réalité jamais existé ! (arrêt du 5 décembre 2002, *Ann. dr. lux.* 13 (2003) 683).

⁹⁵ Conclusions du Parquet général du 27 mai 2002, *Ann. dr. lux.* 13 (2003) 677, 678, sur le pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt, précité, du 13 novembre 2001 ; v. dans d'autres affaires les conclusions du Parquet général du 22 octobre 1998, *Ann. dr. lux.* 9 (1999) 376 ; et du 8 mai 2007, *Ann. dr. lux.* 19 (2009) 365.

⁹⁶ Avis du 25 février 2003, *Ann. dr. lux.* 14 (2004) 505 (qui fait référence au « caractère supranational et par là aussi supraconstitutionnel des instruments juridiques de droit international »). V. aussi, dans la doctrine proche du Conseil d'Etat, P. Schmit (avec la collab. d'E. Servais), *Précis de droit constitutionnel*, Luxembourg, 2009, p. 87.